

Faculté de droit de
Douai. Thèse pour le
doctorat... le... 9 août
1876... par Gustave
Rombaut,... [Droit
romain : Du [...]]

Rombaut, Gustave. Faculté de droit de Douai. Thèse pour le doctorat... le... 9 août 1876... par Gustave Rombaut,... [Droit romain : Du sénatus-consulte velléien. - Droit français : De la séparation de biens judiciaire.]. 1876.

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.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI

THÈSE

LE DOCTORAT

CHATELAIN

LILLE

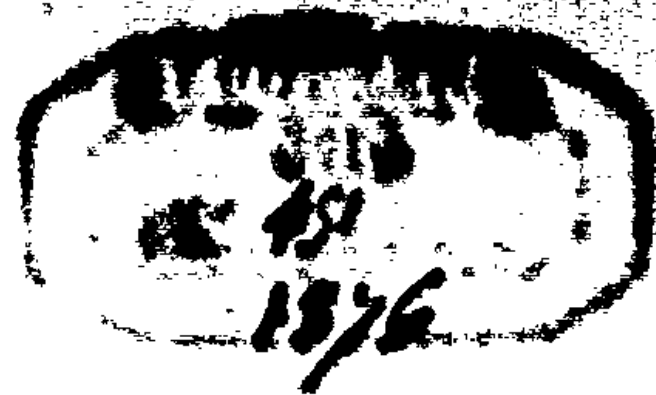
IMPRIMERIE CAMILLE ROBBE

10, rue de la Vierge

1876

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

50.
203



FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI.

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu
le Mardi 9 Aout 1876, à trois heures du soir

PAR

Gustave ROMBAUT,

Né à Aniches le 15 Janvier 1851

*Le Candidat devra en outre répondre à toutes les questions qui lui
seront faites sur les autres matières de l'enseignement.*

PRESIDENT : M. BLONDEL, Doyen.

MM. TALON

D. DE POLLEVILLE

Professeurs.

SUPPLÉANTS :

LEFEBVRE

DANJON

ESMEIN

Agrégés

chargés de cours.

LILLE

IMPRIMERIE CAMILLE ROND

Rue Notre-Dame, 219

1876



A MON PÈRE

A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE ET DE MA SŒUR

DROIT ROMAIN

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

A l'origine et jusqu'à vers la fin de la République, la femme romaine était nécessairement soumise à l'un de ces trois pouvoirs : la puissance paternelle, l'autorité du tuteur et la *manus*. Aussi longtemps que durait la puissance paternelle, la fille était traitée comme ses frères ; comme eux, elle pouvait souscrire, sans aucune autorisation, un engagement valable (F. 9, § 2, D. xiv, 6 ; F. 141, § 2, D. xiv, 1). Mais nous voyons apparaître les différences juridiques entre les deux sexes aussitôt que la puissance paternelle a disparu ; le fils pubère devient indépendant et maître de ses droits ; la fille, au contraire, quel que soit son âge, retombe sous la puissance d'un tuteur et y demeure toute sa vie. Les Romains expliquent cette tutelle par deux raisons : la première, qu'ils avouent eux-mêmes être plus apparente que réelle, c'est la *fragilitas sexûs* (Ulpien, § 1, T. 11, règles Gaius, C. 1, §§ 189 et 190) ; la seconde raison est plus sérieuse : la femme est privée de la libre disposition de ses biens et soumise à la tutelle perpétuelle de ses agnats, afin qu'elle ne puisse appauvrir sa propre famille pour enrichir la famille étrangère à laquelle elle s'unira par le mariage. On sait, en effet,

qu'à l'origine, l'État romain était une confédération de familles ayant chacune son existence propre et son gouvernement intérieur indépendant de toute autre puissance. Les terres avaient été distribuées entre ces familles de manière à établir l'égalité de fortune et d'influence, c'est cet équilibre qu'il importait de conserver ; or, la femme mariée ayant ses affections les plus fortes hors de la famille, n'eût pas manqué, si elle eût été maîtresse de sa fortune, de la faire passer, par la *manus* ou par d'autres moyens, dans la famille de son mari : voilà comment on peut comprendre la tutelle perpétuelle des femmes, qui avait pour but d'empêcher que les biens ne sortissent de la famille. Le caractère fédératif et l'importance attachée à l'équilibre des familles agnatiques se sont perdus avec le temps, et, de même que toute la marche de la législation romaine a eu pour but de remplacer la famille agnatique par la famille naturelle, de même, cette tutelle perpétuelle a été répudiée par le droit romain quand il est arrivé à sa plus grande perfection. — Ce n'est donc pas dans l'intérêt de la femme que cette tutelle légitime fut établie ; on l'institua contre elle, et dans l'intérêt du tuteur lui-même. C'est en ce sens que nous trouvons la question résolue par Gaius (§§ 190 et 192, C. 1) :

- L'opinion vulgaire, dit-il, est que les femmes doivent
- être régies par des tuteurs, parce qu'elles ont l'esprit
- trop léger pour se gouverner elles-mêmes ; mais cette
- raison est plus spécieuse que solide... Cette tutelle a
- été établie dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes, et
- afin que la femme, dont ils sont héritiers présomptifs,
- ne puisse ni leur ravir son héritage par un testament,
- ni l'appauvrir par des aliénations ou par des dettes. •

Si l'on songe, d'ailleurs, que la femme placée sous la

puissance paternelle peut contracter des engagements valables, tandis qu'une fois en tutelle elle ne peut plus s'obliger sans l'autorisation du tuteur; si, d'un autre côté, on se demande pourquoi l'autorisation du tuteur n'est requise ni pour la célébration du mariage, ni pour le choix du mari, pourquoi toutes les conventions pécuniaires dont le mariage est accompagné doivent être autorisées, on se convaincra facilement de cette idée que la tutelle des femmes fut établie contre elles, et non dans leur intérêt.

Il est probable qu'aux premiers temps de Rome, la *manus mariti* était la suite inévitable du mariage; la femme était traitée comme la fille de son mari, comme la sœur de ses enfants (Gaius, I, 111, 114) Mais les agnats tuteurs devaient être peu disposés à consentir à un mariage qui les dépouillait de tous leurs droits. D'un autre côté, ces droits étaient sacrés; on ne pouvait leur en imposer le sacrifice: il fallut donc imaginer un mariage qui n'entraînât pas le changement de famille: le consentement des tuteurs restait indispensable pour l'ancien mariage entraînant la *manus*. Désormais, la *manus* n'est plus un élément essentiel du mariage, et bientôt elle peut exister sans lui; la femme peut faire la *conventio in manum* avec une personne étrangère tout comme avec son époux.

Ces institutions, complétées par les mœurs encore pures d'une république petite et pauvre, devinrent insuffisantes à mesure que l'Etat s'agrandit et que la civilisation raffinée et corrompue des Grecs exerça son influence chez les Romains: « Dès la fin de la République (dit M. Gide dans son remarquable ouvrage sur la condition des femmes), les anciennes gentes étaient dissoutes,

» et dans la famille même tous les liens domestiques
» s'étaient relâchés à la fois ; les agnats, que ne réunis-
» saient plus des dieux et des sacrifices communs, étaient
» devenus étrangers les uns aux autres ; les mariages,
» jadis indissolubles, n'étaient plus que des unions pas-
» sagères que la cupidité ou le libertinage rompait et
» renouait tour à tour ; la puissance paternelle qui n'était
» plus sanctifiée par la religion ni tempérée par l'amour,
» était devenue un joug odieux, dont les enfants cher-
» chaient à s'affranchir par tous les moyens, fût-ce par
» la délation et le parricide. »

De même, dit Tite-Live, que l'apparition des maladies précède la découverte de leurs remèdes, de même les passions sont nées avant les lois qui devaient leur imposer un frein. On serait tenté de considérer la loi comme plus morale sous Auguste que dans les premiers temps de la république ; ce serait une erreur, et cette nécessité imposée au législateur de faire de la morale, est un signe certain de l'immoralité publique.

Dans ce changement de législation amené par la transformation des mœurs, nous pourrions citer les lois Cornelia contre le parricide, Petronia en faveur des esclaves, P. Poppœa contre le célibat, et les nombreuses lois somptuaires, mais nous devons nous borner à étudier l'une de ces lois dont l'ensemble avait pour but de ramener la femme dans le cercle étroit et dépendant où la maintenaient les anciennes institutions.

Au milieu de la dissolution générale, les femmes avaient été affranchies de la tutelle et de la *manus* ; bientôt elles furent une cause de trouble dans la ville, elles poussèrent l'audace jusqu'à assiéger les tribunaux et les portes du Sénat pour influencer les juges et les

sénateurs ; en un mot dès qu'elles eurent perdu la pudeur, elles devinrent capables de tous les crimes, et ce n'était pas sans raison que Caton l'ancien prononçait ces énergiques paroles « : *Nullam adulteram non eandem esse teneſcam.* » (Quintilien, v, 11, 39). Les Romains s'aperçurent bien vite que pour laisser les femmes libres, fallait des mœurs simples et pures, et dès lors se produisirent deux courants d'idées parallèles et en sens inverses : à mesure que la femme secouait le joug de la famille, on sentit la nécessité de remplacer cette contrainte, et le pouvoir public se substitua aux pouvoirs domestiques déçus ; indépendante de sa famille, la femme tombe sous la tutelle de l'État qui la soumet à diverses incapacités dans ses rapports avec les tiers. La dépendance primitive de la femme avait été établie dans l'intérêt de la famille, elle réglait ses rapports avec son père, son mari, ses agnats ; les lois qui vont désormais restreindre sa capacité le feront dans l'intérêt public ; la femme sera incapable, non pas comme fille, comme sœur, comme épouse, mais comme femme, *propter fragilitatem, imbecillitatem sexus.* — Caton n'avait pas réussi à faire maintenir la loi Oppia, et, quoiqu'on eût fait une série de lois somptuaires, on n'avait guère arrêté le progrès toujours croissant du luxe chez les femmes : il fallait en tarir la source en les empêchant de s'enrichir, tel fut le but de la loi Voconia. « Mais ce n'était plus le « luxe, c'était le débordement de tous les vices qu'il « fallait arrêter : de nombreuses lois portées dans ce but « par Auguste vinrent amplifier et presque absorber la « loi Vaconia. » On fit les lois Juliennes et Papiennes : les mœurs et les vertus publiques continuèrent à disparaître ; impuissant à punir la femme de ses dérèglements,

le législateur dut songer à lui interdire jusqu'aux actes, qui, sans être illicites, pouvaient la faire sortir de la réserve qui convient à son sexe; en un mot, on voulait, par les lois, imposer à la femme la situation dans laquelle les mœurs l'avaient longtemps maintenue. Ce que la pudeur ne lui enseignait plus, les lois l'ordonnèrent; désormais elle ne pourra s'occuper que de ses affaires privées, il lui sera défendu de s'ingérer dans les affaires d'autrui « *ne contra pudiciam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres* (F. 1. § 5. D. III, 1). — Un édit du préteur priva les femmes du droit de postuler, c'est-à-dire d'agir en justice pour le compte d'autrui; bientôt la prohibition fut étendue à tous les actes judiciaires que la femme pouvait faire jusqu'alors pour autrui (F. 2, D. 50. 17.); on la déclara incapable de tenir une maison de banque; on alla même jusqu'à lui contester le droit de témoigner en justice; mais les jurisconsultes le lui conservèrent en argumentant d'une disposition de la loi Julia de *adulteris* (Ulp. l. 18, de *testibus*, 22, 5) qui ne privait de ce droit que la femme condamnée pour adultère.

Ce fut sous l'influence de cette préoccupation politique qu'il fallait écarter la femme de tout office viril, que le Sénat vota la proposition des consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor. Le sénatus consulte Velléien, en frappant les femmes de l'incapacité de s'engager pour la dette d'autrui, ne fit d'ailleurs que consacrer une jurisprudence antérieure: *ita jus ante dictum esse videtur.* » Aussi devons-nous rechercher si ces précédents juridiques se trouvent dans les édits d'Auguste et de Claude, ou bien s'ils sont dans le principe ancien qui considère l'acte de s'obliger pour autrui, comme un office viril et contraire à la pudeur qui convient au sexe.

Restreindre l'influence des femmes : voilà la pensée dominante qui a guidé le législateur, et ce point est important à constater, car le S. C. Velléen va prendre une signification différente, suivant que nous admettrons ce motif, ou que nous prouverons qu'il résulte de l'idée protectrice et favorable à la femme, qui avait dicté les édits d'Auguste et de Claude. — Entre ces deux points de vue l'hésitation n'est pas possible, puisque le Sénat lui-même nous explique que c'est l'ancien principe qu'il invoque comme motif de sa décision : « *feminas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non est equum.* » — Ce qui n'empêcha pas les jurisconsultes romains de s'inspirer souvent, dans l'interprétation de cette loi, de l'intérêt de la femme, c'est-à-dire des raisons qui avaient motivé les édits d'Auguste et de Claude (l. 2 ad sc. Vell.) Quoi d'étonnant à cela ? puisque ces édits avaient été rendus inutiles, mais non abrogés, par la disposition plus étendue du S. C. Velléen qui les renfermait (F. 2, D. pr. §§ 2 et 3; F. 4, § 1; F. 21, § 1, lt.) De la combinaison de ces deux principes opposés devaient naître de nombreuses difficultés.

Le principe de l'incapacité de la femme une fois posé, il fallait en trouver des motifs inhérents à la nature même du sexe, la voie était d'ailleurs toute tracée par les Grecs, qui, suivant les doctrines d'Aristote et de Platon, ne considéraient la femme que comme un être inférieur, incapable de volonté, et digne en tous points de la protection indispensable des lois ; aussi la femme grecque était-elle reléguée dans le silence du gynécée, et soumise à un tuteur qui avait autorité sur sa personne et sur ses biens. — Les Romains n'allèrent pas jusque là ; se basant sur l'imprévoyance et la légèreté naturelles à la femme, ils

lui interdirent toute opération qui se présenterait comme un service à rendre à autrui et qui n'entraînerait pas un appauvrissement immédiat sous prétexte que la femme cède d'autant plus facilement à sa bonté naturelle qu'elle ne prévoit pas la conséquence de son engagement.

S'agissait-il d'un paiement à faire pour un tiers ou d'une donation, on la considérait comme suffisamment versée dans les affaires et assez douée de volonté pour ne pas lui imposer la protection de la loi ; s'agissait-il au contraire d'un acte à intervenir dans l'intérêt d'un tiers, et ne devant produire ses effets, comme le cautionnement, que sous condition et dans un avenir éloigné, elle était réputée incapable de prévoir les conséquences de son engagement.

Le principe du Velléen était tout autre (nous avons dit que c'était une pensée de défiance contre les femmes), il se confondit avec l'idée d'infériorité (*fragilitas sexûs*) qui avait fait défendre aux femmes d'intercéder pour leurs maris, et ces deux principes furent tempérés l'un par l'autre. Cette combinaison résulte rigoureusement de l'observation, si l'on remarque que les jurisconsultes n'appliquèrent jamais le sénatus-consulte aux actes par lesquels la femme faisait une donation ou un paiement immédiat et actuel pour autrui, au lieu de s'obliger ; or s'il est vrai que le sénat ait considéré comme un office viril et contraire à la pudeur qui convient au sexe, l'acte de s'obliger pour autrui, comment pouvait-on ne pas trouver choquant l'acte d'une femme qui se ruinait en faisant des donations ou en payant les dettes d'autrui ? — Il est évident que le motif politique s'appliquait à la donation et au paiement comme à l'engagement contracté pour autrui ; cependant la femme ne pouvait faire un

acte qui l'eût exposée à un préjudice conditionnel et éloigné, c'est donc que sous ce rapport elle était considérée comme inférieure à l'homme. — Les femmes ne peuvent s'obliger pour autrui, telle est la disposition du sénatus-consulte, en d'autres termes, elles ne peuvent faire une intercession.

D'une manière générale, on peut définir l'intercession, l'obligation contractée envers un créancier par un tiers qui se joint au débiteur pour partager la charge de sa dette, on se substitue à lui pour le libérer : *Senatus consultum locum habet, si eam obligationem, quæ in alterius personâ consistit, mulier in se transtulit vel participavit* (L. 1v, C. 1v, 29). Pour qu'une pareille intercession soit nulle d'après le sénatus-consulte Velléien, le concours de ces trois conditions est nécessaire, il faut : 1° que la femme n'ait eu l'intention, en intercedant, ni de gérer sa propre affaire, ni de faire une libéralité ; 2° que le créancier soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait connu le but de la femme ; 3° que l'intercession de la femme ne se trouve pas validée par une loi exceptionnelle. Hors ces cas, l'intercession faite par la femme est annulée par le sénatus-consulte Velléien (L. 16, D. ht.) qui ne laisse même pas subsister l'obligation naturelle, c'est ce que le jurisconsulte Julien nous dit : « *Totam obligationem senatus improbat* » ; cela résulte nécessairement du caractère de cette prohibition édictée contre les femmes ; si elles y contreviennent, il ne doit rien subsister de cet acte illicite, et la femme qui, dans l'ignorance de la loi, aurait payé une dette ainsi contractée, aurait fait un paiement nul, partant sujet à répétition (F. 8, § 3, ht ; F. 26, § 3, 40 D. xii, 6).

Nous analyserons d'abord les caractères généraux de

l'intercession, puis les caractères spéciaux de l'intercession prohibée, les exceptions au Sc. Velléien, et enfin la sanction de ce sénatus-consulte.

Caractères de l'intercession en général.

PREMIÈRE CONDITION. — L'intercession étant un acte par lequel un tiers se substitue au débiteur ou se joint à lui pour partager la charge de sa dette, il faut d'abord, pour qu'il y ait intercession de la part de la femme, qu'elle engage pour autrui sa personne ou ses biens ; dès lors elle peut, sans contrevenir au Sc. Velléien faire tout acte d'aliénation qui n'est pas l'exécution d'une obligation antérieurement contractée pour autrui, quoique qu'il diminue son patrimoine (L. 8, § 5, *in fine* D. ht. « *non quæ diminuit restituitur* » L. 1, C. ht. « *cum obligatæ non essent* »). En effet, les textes nous montrent qu'elle peut valablement faire pour un tiers un paiement, ou tout autre acte équivalent, *datio in solutum*, délégation, renonciation à un gage ou à une hypothèque (L. iv, § 1 D. L. 1, et iv C. ht. L. 5. 8, § 5, 8 pr. D.; L. xxi et xi C. ht). Qu'elle ait agi *animo domandi* ou qu'elle se soit réservé un recours contre le débiteur qu'elle a libéré, il n'importe, car elle n'est pas incapable de faire des libéralités, et bien loin de s'obliger pour autrui elle oblige envers elle le débiteur libéré, ce qui lui est également permis. (Donneau, sur la loi 9, C. ht).

La loi a confiance en la fermeté de la femme quant aux actes qui entraînent un appauvrissement immédiat, mais elle craint que la femme ne contracte trop facilement un engagement dont elle espérerait être indemnisée, et

dont les conséquences seraient reportées dans un avenir éloigné « *facilius se obligat mulier quam alicui donat* » (F. IV, §§ 1, 5, 8, et F. 5, D. ht. F. 32, § 2).

A propos de la délégation (qui est une manière d'intercéder) et de la remise de gage ou d'hypothèque, deux textes ont donné lieu à une difficulté d'interprétation ; dans la loi 5 (D. ht.) Gaius dit qu'il n'y a pas d'intercession, lorsque la femme délègue au créancier d'un tiers son propre acheteur qui lui doit encore le prix d'acquisition. De son côté, Pomponius semble admettre une décision contraire dans la loi 32, § 2, ht., voici l'hypothèse que suppose ce jurisconsulte : une femme a vendu un fonds au créancier de son mari, à la condition que le prix servirait à la libération de celui-ci ; puis, elle revendique le fonds ; ou lui oppose l'exception *rei venditæ et traditæ*, mais elle triomphe par la réplique « *aut si ea venditio contra senatusconsultum facta sit.* — Et Pomponius ajoute que la même solution serait applicable si la femme avait vendu sa chose pour éteindre la dette d'un étranger. — Comment concilier ces deux textes ? — On pourrait dire qu'il s'agit dans la loi 32 du cas où la femme aliène son fonds pour exécuter l'obligation antérieurement contractée pour son mari : sont nuls en effet, comme l'intercession elle-même, les actes d'aliénation exécutés en vertu d'une intercession. — Mais les textes ne faisant pas cette supposition, il paraît plus juste d'admettre que, dans la loi 5, il s'agit d'une femme qui, ayant d'abord vendu, sans songer à faire une intercession, délègue plus tard son débiteur au créancier de son mari, tandis que dans la loi 32 la femme fait une intercession parce qu'en vendant son fonds, elle se soumet à l'action *empti*, ce qui constitue précisément l'intercession prohibée par le Velleïen.

Puisqu'il faut que la femme s'oblige ou oblige ses biens pour qu'il y ait intercession, elle peut valablement faire remise d'un droit de gage ou d'une hypothèque (l. 8, D. et 21 C. ht.), car ce fait ne constitue pas une intercession; il est évident qu'elle ne s'oblige pas, et de plus l'acte n'intervient qu'entre deux personnes, et nous savons qu'il en faut trois pour faire une intercession (Donneau, sur la loi 11, code ht.). — La femme pourrait faire cette remise même à son mari (l. 11, code ht.), ce qui n'est pas contraire à la règle qui prohibait les donations entre époux; car la meilleure opinion est qu'il n'y a aucune donation, dit Papinien. Au premier abord, il paraît bizarre que la remise d'une hypothèque ne soit pas considérée comme une intercession, tandis que le *pactum de post ponendo*, c'est-à-dire la remise du rang d'hypothèque faite par une femme, tombe sous l'application du sc. Velléien; mais il suffit de se rappeler notre principe pour trouver cette décision rigoureuse et raisonnable: en effet, en faisant remise d'une hypothèque on fait un sacrifice immédiat; au contraire le *pacte de post ponendo* fait partie de cette catégorie d'actes qui sont interdits à la femme parce qu'elle est censée ne pas en avoir prévu les conséquences éloignées (Gide, p. 177. — Donneau sur la loi 5, C. h. t. « *obligatio pignoris species est alienationis* » — Et cette distinction va nous servir à concilier la loi 17, § 1 ht. avec notre règle que la remise de gage n'est pas une intercession: un créancier vient trouver une femme qui a sur les choses de son mari un double droit de gage; celle-ci lui dit qu'elle a sur ces choses un gage pour sa créance dotale, et ne lui parle point du second, qui est né à l'occasion d'un prêt. Le créancier, après l'avoir désintéressée de sa créance

dotale, se voit plus tard poursuivi par l'action servienne en vertu du second droit de gage; il répond par l'exception de la convention intervenue, mais la femme lui oppose la réplique du Velléen : qui doit triompher ? — Le créancier, répond Africain, s'il ignorait qu'il y eût un gage pour cause de prêt; la femme, dans le cas contraire. — Et de là on induit que le gage constitue un intercession d'après la loi 17 et contrairement à notre règle; en effet, dit-on, la femme ne peut opposer la réplique du Velléen qu'en cas d'intercession, et seulement contre un créancier de mauvaise foi; or, ce sont bien là les conditions de l'hypothèse faite par Africain. — Il y a là une erreur qui repose sur une omission; on oublie que si la femme a abandonné son droit de gage pour cause de dot, elle s'est réservé par son silence même son droit de gage pour cause de prêt : de là cette conséquence que sa déclaration suivie de la mise en gage n'est pas une intercession : en effet, quant au premier droit la remise est valable, et quant au second, les renonciations ne se présument pas, la femme, en consentant la mise en gage, n'a fait qu'une cession d'antériorité qui tombe sous l'application du sc. Velléen (l. 21, C. ht. — Donneau, sur la loi 5. C. ht. et les lois dont il tire argument).

La combinaison de la loi Julia avec le Sc. Velléen a soulevé une question importante : certains textes de Justinien (Inst. princ. *Quibus alienare licet vel non.* — l. uniq. C. de rei uxor. act. v, 13, § 15) sembleraient faire résulter de la loi Julia la double prohibition pour le mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme, et de l'hypothéquer même avec son consentement. Nous admettons, avec M. Demangeat (Condit. du

fonds dot. p. 209 et suiv. — Gaius, C. II, §§ 59, 60, 220 — Paul, Sent. II — XIII, §§ 1 à 7) que la prohibition pour le mari d'aliéner sans le consentement de la femme découle seule de la loi Julia, mais nous ne pensons pas que le Sc. Velléien soit l'unique cause de la double prohibition de donner en gage et d'hypothéquer le fonds dotal, car il est juste de supposer que le mari ne pouvait faire indirectement, par le gage ou par l'hypothèque, une aliénation que la loi Julia lui défendait de faire directement. Mais nous allons voir apparaître dans sa sphère le Sc. Velléien; sans cette disposition la femme eût pu valider par son consentement (donné après la dissolution du mariage) la constitution d'hypothèque ou de gage faite par son mari : c'est précisément en ce point que le Velléien compléta la loi Julia en frappant la femme d'une incapacité particulière. D'après la loi Julia, la femme pouvait, après la dissolution du mariage, revendiquer l'immeuble aliéné sans son consentement par le mari; mais elle pouvait aussi valider cette aliénation en accordant son consentement; elle pouvait le faire, parce que c'était là un cas de dépouillement actuel et immédiat qui ne rentrait pas dans les cas d'intercession. Il en était tout autrement lorsqu'elle donnait son consentement à l'hypothèque que son mari avait constituée sur le fonds dotal au profit de ses propres créanciers, car alors elle obligeait ce fonds sur lequel elle entendait bien conserver son droit vis-à-vis du mari et de ses ayant-cause, espérant peut-être que son mari paierait à l'échéance, et que les créanciers n'auraient pas à exécuter leur droit sur le fonds dotal, or, c'est contre le danger de cette illusion que le Velléien a voulu la protéger (Demangeat, condit. du fonds dot. p. 215 et suiv.) Nous ne devons pas consi-

dérer comme une intercession l'hypothèque établie par le mari sur le fonds dotal avec le consentement de la femme et dans son intérêt.

DEUXIÈME CONDITION. — L'intercession, c'est l'intervention (*intercedere*) d'une tierce personne entre un créancier et son débiteur, dans l'intérêt duquel elle s'oblige envers le créancier : d'où il suit que la femme ne fait pas une intercession lorsqu'elle s'oblige (elle ou ses biens), dans l'intérêt du débiteur envers un autre que le créancier, c'est ce qu'Ulpien nous expose dans la loi 8, § 1 : Une femme prie les tuteurs de son fils de ne pas vendre ses biens, et leur promet une indemnité au cas où ils seraient poursuivis pour mauvaise gestion ; elle n'a pas intercedé, dit Papinien, *nullam enim obligationem alienam recepisse, neque telerem, neque notam, sed ipsam fecisse obligationem*. Si les tuteurs sont poursuivis et qu'ils exercent leur recours contre la mère, celle-ci ne peut opposer l'exception tirée du Sc. Velléien, car elle n'a pas fait intercession (Cujas, sur la loi 8, § 1 — L. 19, pr., §§ 1 et 2, ht. D. — L. 6 pr., C. ht. — Paul, sent. 11 — xi, 2 — L. 22, C. de admin. tutor.)

Mais la loi 6 au code, §§ 1 et 2, nous offre deux espèces presque analogues à la précédente, et dans lesquelles il y a intercession : un tuteur veut s'excuser de la tutelle, la mère le prie de rester, promettant de l'indemniser de ce dont il ne serait point payé sur les biens du pupille ; ou bien une mère demandant au magistrat des tuteurs de son choix, se charge des risques de la tutelle : dans les deux cas, il y a intercession ; dans le premier la mère garantit le tuteur contre l'action *tutela directa*, et dans le second elle garantit le mineur contre l'action *tutela contraria*.

Nous trouvons encore dans la loi 13 au Code une application de la règle qu'il n'y a pas intercession lorsque la femme s'oblige envers une personne autre que le créancier. Une femme contracte un emprunt, puis, au moyen de tout ou partie de la somme empruntée, elle paie les dettes de son mari : il n'y a pas intercession, quand même le prêteur aurait connu l'intention de la femme ; en effet elle n'est pas intervenue entre son mari et le prêteur, envers lequel le mari n'avait nullement l'intention de s'obliger, elle ne s'est donc pas chargée de la dette d'autrui, *ipsa fecit obligationem* ; autrement, dit le jurisconsulte Paul, personne ne voudrait contracter avec les femmes, parce qu'on peut ignorer leurs intentions.

Cette hypothèse présente une grande analogie avec le cas où la femme s'engage à la place d'un autre, qu'elle dispense par cela même de s'obliger, et qui doit bénéficier du contrat : il faut bien distinguer les deux espèces : dans l'une comme dans l'autre, la femme crée une obligation, elle ne se charge pas d'une obligation préexistante, mais d'un côté elle fait une intercession prohibée, en ce sens qu'elle remplace le tiers dans ce contrat en apparence fait pour elle-même, tandis que dans l'hypothèse de la loi 13 elle ne tient la place de personne dans un contrat que le mari n'eut point fait et dont elle ne cache pas le but au créancier.

Caractères spéciaux de l'intercession prohibée.

Nous avons vu quels sont les éléments constitutifs de l'intercession, recherchons maintenant les circonstances dans lesquelles l'intercession faite par la femme sera prohibée par le Sc. Velléien.

**PREMIÈRE CONDITION SPÉCIALE POUR QU'IL Y AIT
INTERCESSION PROHIBÉE.**

Il faut d'abord que l'intercession de la femme ne puisse s'expliquer par l'intention de gérer sa propre affaire, ou de faire une libéralité. En effet le Sc. Velleïen ne frappe pas la femme d'une incapacité générale, c'est une disposition exceptionnelle qui lui laisse le droit de s'obliger *animo donandi* ou dans le but de gérer ses propres affaires.

Cas où la femme a fait sa propre affaire en intercedant.
— Il n'est pas toujours facile de discerner si c'est dans son intérêt ou au profit d'autrui qu'elle a intercedé ; mais on peut dire en général qu'elle a agi pour elle-même quand elle retire quelque avantage de son intercession, et alors le Sénatus-consulte n'est pas applicable.

C'est en vertu de ce principe que la femme peut :

1° Accepter une hérédité (l. 32. — 13, pr. — 19, § 3. — 21. — D. h. t.);

2° S'obliger envers un tiers dans l'intérêt de son propre créancier pour éteindre sa dette (l. 13 pr. — l. 17 § 2. — l. 24 pr. — 27, § 2 D. — l. 2, C. ht.);

3° S'engager à payer la dette d'autrui lorsqu'elle a été préalablement indemnisée (l. 22. — 16 pr. — 21 pr. D. ht. — L. 23 code).

4° Certains textes considèrent comme un acte de gestion de ses propres affaires, l'acte par lequel une femme garantit à son gendre la dot de sa fille : c'est bien la solution qui s'impose à la lecture de la loi 32 § 2, de *cond. indeb.* — 12, 6, de la loi 41 de *jure dot.*, et de la loi 12 au code *ad suc. Velleianum*. Justinien, dans la loi

25 au code ht., étendra plus tard à toutes les femmes la règle que la loi 12 édicte pour la mère.

Mais si la femme n'avait pas agi dans un but de libéralité, ou pour gérer ses affaires, un simple mobile d'affection ou d'humanité n'était pas suffisant pour rendre valable cette intercession qu'elle ne pouvait faire, ni pour son mari, ni pour son père, ni pour son fils.

Cas où la femme fait une libéralité en intercedant. — Nous avons dit plus haut que la femme n'intercède pas en aliénant ses biens, même au profit d'autrui, parce qu'elle n'est pas obligée. — Ce principe admis, il était naturel de ne point considérer comme une intercession l'engagement qu'elle prenait de payer la dette d'autrui, en faisant une *expressio*, pourvu, toutefois qu'elle renonçât à tout recours contre celui pour lequel elle s'obligeait : la prohibition du Sc. Velléen était ainsi respectée, car il ne pouvait y avoir là d'engagements irréfléchis, de ces obligations dont elle eût pu espérer ne pas supporter la charge définitive, c'est-à-dire de ces intercessions prohibées par le Velléen.

Est donc licite l'intercession faite par la femme *animo donandi*; mais il faudrait considérer comme une intercession prohibée l'acte par lequel elle se porterait caution d'un débiteur en renonçant à son recours; et il suffit de remonter au principe pour admettre cette solution, car la seule condition exigée pour qu'il y ait intercession prohibée, c'est que la femme ait pu croire qu'elle ne débourserait rien; or, dans notre hypothèse, quand même elle aurait eu une intention libérale, il a pu y avoir dans son esprit un espoir que le débiteur principal paierait sans avoir besoin de son concours, et qu'ainsi elle n'aurait pas à exercer son action contre lui.

DEUXIÈME CONDITION SPÉCIALE POUR QU'IL Y AIT
INTERCESSION PROHIBÉE.

La seconde condition, c'est la mauvaise foi du créancier, c'est-à-dire qu'il faut, pour qu'il y ait intercession prohibée, que le créancier ait su que la femme intercédait pour autrui. S'il avait eu des raisons sérieuses de croire qu'elle agissait dans son intérêt propre, elle n'aurait pas le droit de se prévaloir de l'exception qui lui est accordée par le Sc. Velléien (l. 12, D; l. 1, C. ht), ce que le rescrit des empereurs Sévère et Antonin justifie en ces termes : « *Decipientibus mulieribus senatus consultum auxilio non est* (l. 2, § 3; 23; 30; D; 5 Code. ht.) Ulpien ajoute en rapportant ce texte : « *deceptis, non decipientibus opitulatur.* » Il fallait donc, pour que la femme ne pût invoquer le Velléien, qu'elle eût agi de mauvaise foi, en déguisant son intercession (l. 20 § 1, l. 6, *in fine*, l. 7, D. ht). La loi 13 au Code semble contredire ce que nous venons d'avancer, mais nous savons que dans cette hypothèse il n'y a pas intercession parce que le mari n'eût point contracté avec le créancier, que par conséquent la femme n'est pas intervenue entre eux, *ipsa fecit obligationem*.

L'intercession déguisée peut se produire de deux manières :

1° Elle peut se faire d'abord par la femme contractant en apparence pour elle-même, et en réalité au profit d'un tiers; c'est ce que le sénatus-consulte prévoyait en parlant des *mutui dationes pro aliis*, ce qu'il faut interpréter passivement, d'après Cujas, c'est-à-dire que ces expressions doivent s'entendre en ce sens que la femme reçoit

un prêt pour en faire profiter un tiers, le créancier connaissant son intention (L. 4 pr. 11, 27 pr. 28 pr. et § 1, D. ht.)

2° L'intercession déguisée peut aussi se faire par interposition de personnes; un tiers contracte avec le créancier sur le mandat de la femme, on comprend qu'alors il ne peut être question de bonne foi chez ce mandataire; s'il agit contre la femme par l'action *mandati contraria*, sa prétention sera repoussée par elle au moyen de l'exception du Sc. Velléien, sans qu'il ait d'autre recours qu'une action de gestion d'affaires contre le débiteur qui a profité de son intercession (L. 8, § 4 et 6 — 6 et 7 — 33, § 3 — 7, D. ht.) — Pourtant, il peut arriver que ce mandataire ignore le rôle que la femme lui fait jouer; voici l'espèce assez compliquée imaginée par Africain dans la loi 19, § ult., D. ht.: *Primus* a une créance contre *Titius*, pour lequel une femme, *Seia*, veut intercéder; connaissant la prohibition du sénatus-consulte, *Primus* s'y refuse, et la femme va trouver *Secundus*, avec qui elle fait une stipulation, lui laissant ignorer qu'elle veut déguiser une intercession; puis elle lui donne mandat de compter la somme à *Primus*. — *Secundus*, qui n'a pas l'argent sous la main, fait une promesse à *Primus*. — On demande si *Secundus* sera repoussé par l'exception du Sc. Velléien, lorsqu'il demandera à la femme la somme qu'il a stipulée d'elle? — Le jurisconsulte estime qu'on peut traiter *secundus* comme un fidéjusseur de la femme; et de même qu'il est donné au fidéjusseur, quoique ayant ignoré que la femme fit une intercession, une exception pour repousser le créancier, afin qu'il n'ait pas lui-même une action de mandat contre la femme, de même *Secundus* obtiendra une exception utile contre *Primus*, et n'aura point d'action utile contre la femme, parce que celle-ci serait en danger

de ne pas être remboursée par le débiteur pour lequel elle a intercedé. — Ce raisonnement serait plus juste si *Secundus* s'était aperçu qu'il y avait eu intercession, avant de verser l'argent entre les mains de *Primus*; mais s'il avait payé auparavant, il s'agit de savoir si la femme aura le droit de le repousser, et si lui-même pourra recourir contre *Primus* par une *condictio*? Dans le premier cas, en effet, puisqu'il a eu connaissance de l'intercession avant de payer, on lui accordera l'exception du sénatus-consulte, comme au fidéjusseur d'une femme intercedante; dans le second cas, au contraire, ne vaut-il pas mieux considérer *Secundus* comme ayant promis une somme à *Seia*, qui l'aurait ensuite délégué à son créancier *Primus*? — Si *Secundus* est regardé comme un fidéjusseur, il sera repoussé par l'exception Velléienne que lui opposera la femme (L. 7; 32, § 3 D. ht.), et ne pourra recourir contre *Primus* que par la *condictio indebiti*. S'il est au contraire considéré comme un débiteur que la femme a délégué à *Primus*, *Seia* sera valablement obligée envers lui puisqu'il n'y a pas intercession; mais admettre cette interprétation, c'est donner aux femmes un moyen par trop simple de tourner le Sc. Velléien.

Aussi le jurisconsulte Africain renonce-t-il à l'idée d'un débiteur délégué qu'il avait d'abord admise, pour revenir à celle du fidéjusseur « parceque, dit-il, par la délégation, la femme ne s'oblige pas, mais dans l'espèce proposée, elle assume l'obligation d'autrui, ce que le sénat n'a certainement pas voulu. »

L'opinion d'Africain est donc que *Seia* a fait une intercession déguisée par l'intervention de *Secundus* qui s'est obligé pour elle envers *Primus*; celui-ci, qui est de mauvaise foi, se verra repoussé par l'exception, comme si la femme avait fait une intercession directe.

Il est à remarquer dans ce texte, que *Secundus*, qui intervient de bonne foi, est néanmoins repoussé par l'exception, lorsqu'il exerce son recours contre la femme.

**TROISIÈME CONDITION SPÉCIALE POUR QU'IL Y AIT
INTERCESSION PROHIBÉE.**

Il avait été apporté quelques exceptions à la déense du Sénat, par faveur pour certains créanciers; il fallait donc, outre les deux conditions déjà développées, que l'intercession ne fut pas faite dans l'une des circonstances qui suivent :

1° La femme pouvait prendre en main les intérêts de certaines personnes, avec l'autorisation du prêteur accordée *cognita causa* (L. 3, § 2 D. *de liberali causa*, 40, 12. — L. 41, *de procuratoribus*, 3, 3, D.)

Le Velléen n'était pas applicable à l'intercession faite par la femme qui se serait obligée envers un mineur de 25 ans au profit d'un tiers débiteur (L. 12 *de minoribus*, 4, 4); le mineur n'a pas à souffrir de l'application du sénatus-consulte si le débiteur primitif est solvable, car si la femme ne s'est obligée que comme caution, le mineur s'adressera au premier débiteur qui le paiera, et si la femme s'est obligée au lieu et place du premier débiteur, le mineur auquel elle opposera le sénatus-consulte se fera restituer *in integrum* et recouvrera sa première créance. Il n'en est pas de même au cas où le débiteur primitif est insolvable; si l'on donnait même dans ce cas à la femme l'exception du sénatus-consulte, le mineur serait lésé; son intérêt a été préféré à celui de la femme; elle ne pourra point se prévaloir de son incapacité contre lui.

On sait que le *procurator ad defendendum* est obligé de donner la caution *judicatum solvi*, avec garantie de fidéjusseurs ; si ces fidéjusseurs s'obligent en vertu d'un mandat que leur donne une femme, pourront-ils, lorsqu'ils seront poursuivis par le créancier, invoquer du chef de cette dernière l'exception du sénatus-consulte ? Le créancier pourra, dit la loi 6 au D., opposer une réplique de dol à l'exception du sénatus-consulte, et alléguer qu'il y a eu mauvaise foi de la part des fidéjusseurs de ne pas l'avertir qu'ils étaient délégués par une femme.

Lorsqu'une femme est déléguée comme étant débitrice du déléguant, alors qu'elle ne l'est pas, la bonne foi du créancier délégataire qui alléguera son ignorance ne le mettra pas à l'abri du sénatus-consulte, car il sera inexcusable de ne pas s'être informé si la dette existait réellement (L. 17, pr. D.)

2° Lorsque la femme intercède pour une cause pieuse, le sénatus-consulte n'est pas applicable. C'est une de ces exceptions que Justinien étendra plus tard par faveur pour la cause qui en est l'objet. On peut dire aussi que la femme fait en quelque sorte son affaire, car il y a un devoir de conscience de la part de la femme à intervenir dans les cas que nous citent les textes. Le préteur, dit la (loi 3, § 2, D. 10, 12) peut, *cognita causa*, admettre une femme à défendre en justice pour son mari ou pour un de ses cognats dans un procès sur leur qualité d'esclave ou d'affranchi, s'il ne se présente aucune autre personne pour jouer le rôle de défendeur. Il peut encore l'admettre à défendre en justice, à cette même condition qu'il ne se présente pas d'autre défendeur, dans un procès quelconque pour ses ascendants, lorsqu'ils sont empêchés par l'âge ou la maladie (L. 41, D. 3, 3.)

3° Le sénatus-consulte cesse de pouvoir être opposé au créancier de l'ancien débiteur libéré par l'intervention de la femme, et la femme perd le droit d'opposer son moyen de défense : A. lorsqu'elle succède au débiteur pour lequel elle est intervenue et prend ainsi sa place (L. 8, § 13, D.); le créancier peut alors l'actionner, soit comme héritière, soit comme débitrice en vertu de son intercession.

B. — Lorsqu'après s'être obligée, mais avant d'être poursuivie, elle a été indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée, par celui pour lequel elle est intervenue. (L. 16. pr. D).

4° La femme peut dans deux cas renoncer au bénéfice du sénatus-consulte :

A. — Lorsque, mère ou aïeule, elle peut obtenir la tutelle de ses descendants. (L. 3. C. 5, 35).

B. — Lorsqu'après avoir intercedé pour quelqu'un la femme se présente en justice pour défendre le débiteur au profit de qui elle a intercedé, et qui est attaqué par le créancier; avant de se rendre devant le préteur, le créancier exige qu'elle lui donne caution de ne pas demander au magistrat, dans la formule, *l'exceptio senatusconsulti Velleiani*; la femme se prive alors valablement du bénéfice de cette exception. (L. 32, § 4. D).

Sanction du sénatus-consulte Velléen

I. GÉNÉRALITÉS

Nous avons admis que le sénat, en prohibant l'intercession des femmes, s'était inspiré de l'idée que cet acte est contraire à la modestie et à la pudeur qui conviennent au sexe. Mais bientôt nous avons reconnu que les juris-

consultes avaient limité les conséquences de ce principe posé par le sénat en empruntant aux édits d'Auguste et de Claude un principe de faveur pour la femme. Ce fut cette idée favorable qui aida les jurisconsultes à restreindre la prohibition, qui arriva à ne plus s'étendre qu'à des hypothèses relativement peu nombreuses.

Après avoir recherché et groupé les éléments d'une intercession prohibée, il nous reste à voir les effets qu'elle produit lorsque la femme, en intercedant, a contrevenu au Sc. Velléien. Quelle est la sanction de cette loi ?

Le principe est absolu, « *totam obligationem senatus improbat* » (l. 16. D. ht.), c'est une nullité radicale, absolue, qu'édicte le Sénat ; elle est d'ordre public, car elle intéresse non-seulement la femme, mais la société : on se rappelle en effet que ce fut pour diminuer l'influence du sexe qu'on prohiba l'intercession : d'où il résulte que la femme ne pourrait ratifier par un acte postérieur une intercession que la loi frappe d'une nullité d'ordre public (l. 8, § 3, D. ht.)

Toute action sera refusée contre la femme ou contre ceux qui, de son chef, peuvent se prévaloir du Sénatus-consulte ; si le prêteur accorde une action, il y insérera l'*exceptio senatusconsulti*, et si la femme a exécuté l'obligation infirmée, la *condictio indebiti* lui sera accordée. — Cette *condictio indebiti* accordée à la femme nous montre que le Sc. ne laisse pas même subsister l'obligation naturelle, nous le prouverons ultérieurement.

Quant au créancier, il eût été injuste de le laisser dépourvu de toute action, et de ne pas lui restituer son action contre le débiteur primitif lorsque la femme refusait d'exécuter son obligation ; aussi le prêteur intervenait-il pour lui accorder une action utile contre le débiteur.

II. EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE PAR RAPPORT A LA FEMME ET AUX PERSONNES QUI PEUVENT, DE SON CHEF, INVOQUER LE BÉNÉFICE DE CE SÉNATUS-CONSULTE.

Si dans l'instance *in jure* le créancier conteste que la femme ait fait une intercession, ou s'il prétend prouver qu'elle est dans l'un des cas exceptionnels où le sénatus-consulte n'est pas applicable, le préteur délivrera l'action contre la femme en y insérant *l'exceptio senatusconsulti*. — Mais si le créancier ne répond rien à la femme qui prétend avoir intercedé, toute action soit réelle, soit personnelle, lui sera refusée, c'est ce que dit le sénatus-consulte : *ne eo nomine ab his petitio neco in eas actio detur.* »

De l'exception du sénatus-consulte Velléen et de la réplique. — Nous venons de voir comment le préteur donne à la femme un moyen de défense; ce moyen est employé par elle sous forme d'exception ou de réplique; elle l'emploie sous forme de réplique lorsqu'elle l'oppose à une exception invoquée par le créancier. Ainsi une femme, ayant constitué un gage pour sûreté de la dette d'autrui, revendique l'objet du gage entre les mains du créancier gagiste: si celui-ci répond par l'exception tirée de la constitution du gage, elle triomphera de sa résistance par la *replicatio senatusconsulti Velleiani*.

Caractères de l'exception du sénatus-consulte Velléen. —

1° Cette exception est perpétuelle, et elle a même ce caractère particulier parmi les exceptions perpétuelles, qu'elle peut être opposée après que la sentence a été rendue, au moment où l'on en poursuit l'exécution.

(L. 11, D. 14, 6). Il n'en est pas ainsi des autres, et lorsqu'un débiteur a omis de faire insérer dans la formule l'exception qui le protégeait, nous savons qu'il peut se faire restituer *in integrum* en faisant substituer à la première formule une seconde qui contienne l'exception : mais il doit le faire avant la condamnation. (L. 8, C. 8, 36).

2^e L'exception du Sc. Velléien est *rei coherens*, attachée à la chose et non à la personne (L. 7, § 1, D. 44, 1), ce qui signifie, dit Donneau, qu'elle est accordée aux femmes, non parce qu'elles sont femmes, mais parce qu'elles ont intercedé ; d'où l'on conclut rigoureusement que l'exception est donnée non-seulement à la femme qui intercede, mais encore à quiconque se trouve obligé par suite de cette intercession : aussi allons-nous voir que plusieurs personnes peuvent invoquer cette exception : en effet, elle est accordée non-seulement à la femme, mais encore, A, à ses héritiers. (L. 20, C. ht ; B, à ses mandataires (L. 15, C.) ; C, à ses fidéjusseurs (L. 14, C.) ; Gaius Cassius prétendait refuser l'exception au fidéjusseur qui s'était obligé *animo donandi*, et la lui accorder seulement dans le cas où il avait un recours contre la femme par l'action de mandat ; mais Julien, dans la loi 16, § 1, D. ht., la lui accorde dans tous les cas, *quia totam obligationem senatus improbat* ; D, l'exception peut aussi être invoquée par celui qui a hypothéqué sa chose pour garantir l'intercession de la femme. (L. 2, D. 20, 3) ; E, par celui que la femme a délégué au créancier comme son débiteur, alors qu'il ne l'était pas. (L. 8, § 4, D. ht.) ; F, par le fidéjusseur du débiteur principal, mais à deux conditions : qu'il se soit obligé sur le mandat de la femme, ce qui constitue une intercession déguisée, et que le créancier n'ait pas eu connaissance de ce

mandat, c'est-à-dire, qu'il n'ait pas été de mauvaise foi. (L. 32, § 3, D.)

A qui l'exception du sénatus-consulte Velléien peut-elle être opposée ? Elle peut l'être à toute personne qui veut exercer une action dont la cause se trouve dans l'intercession de la femme ; elle peut donc être opposée, non-seulement au créancier qui a reçu l'intercession, mais encore au fidéjusseur de la femme et à toute personne exerçant contre elle une action *negotior. gestor*, ou *mandati contraria* (L. 7 et 32, § 3, D. ht.) soit enfin à celui qui la poursuit *ex stipulatu*, dans les circonstances indiquées à la loi 10, § 3, ht., et qui est assimilé par Africain à un fidéjusseur de la femme.

De la conditio indebiti et de la rescission. — La femme qui a exécuté l'obligation qu'elle avait contractée pour autrui, a le droit de répéter ce qu'elle a ainsi payé dans l'ignorance de l'exception que lui accordait le Sc. Velléien (L. 9, C. ht.). — Il en serait de même si, toujours en ignorant son droit, elle avait délégué son débiteur (L. 8, § 3, D. ht.) — Mais l'exercice de cette répétition est facultatif, la femme peut tenir le paiement pour valable, et recourir par l'action *mandati contraria* ou par l'action *negotiorum gestorum* contre le débiteur pour lequel elle s'est obligée ; celui-ci agira prudemment en ce cas, en se faisant donner par la femme une caution destinée à l'indemniser le jour où la femme ayant changé d'avis, intenterait la *conditio* contre le créancier, qui ne manquerait pas de recourir contre le débiteur (L. 31, D. ht.)

La *conditio indebiti* est accordée non-seulement à la femme, mais encore à tous ceux qui ont exécuté l'obligation née de son intercession.

Le droit de revendication est accordé à la femme, soit pour la chose aliénée, soit pour le droit de gage concédé sur cette chose en exécution de l'intercession; par la revendication, elle reprend sa chose libre de toute charge. Le § 1 de la loi 32, nous dit même qu'elle aurait le droit de la revendiquer entre les mains d'un tiers à qui le créancier l'aurait revendue, *ne melioris conditionis emptor sit, quàm fuerit venditor*.

Le sénatus-consulte Velléen ne permet pas que la femme soit obligée même naturellement. — Nous avons dit plus haut que le Sc. Velléen ne laissait pas même subsister une obligation naturelle : *totam obligationem senatus improbat*; en effet, la femme qui a payé peut exercer la *condictio indebiti*, or, l'un des caractères de l'obligation naturelle c'est d'empêcher cette *condictio* au cas où le paiement a été effectué (L. 13, 19, de *condict. indeb.* D. 12, 6 — L. 10 de *oblig. et act.* D. 44, 7). — Ajoutons que le fidéjusseur de l'intercession faite par une femme peut opposer l'exception du Sc. Velléen, même quand il s'est obligé *animo donandi*, et nous savons que l'obligation naturelle peut très-bien être l'objet d'une fidéjussion (L. 16, § 1, D., *lit.*) Enfin on peut en général donner un gage ou une hypothèque comme garantie d'une obligation naturelle, or, la loi 2 *quæ res pign.* D., 20, 3, n'admet pas la validité du gage donné comme garantie de l'intercession d'une femme.

Tout nous conduit donc à croire que le Sc. Velléen ne laisse pas même subsister une obligation naturelle.

C'est ici le moment d'examiner la question de savoir si l'obligation de la femme qui a intercedé pour autrui, est nulle *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Quoique l'opinion

contraire soit plus généralement admise, nous pensons que l'obligation de la femme est nulle *ipso jure*. Nos arguments sont dans l'absence complète de textes établissant cette prétendue obligation *ipso jure*, et dans les termes clairs et impératifs dont s'est servi le Sénat, lui qui fonde le droit civil, et par conséquent ne doit pas craindre, comme le prêteur, de contredire ses dispositions. Le Sénat ne parle pas d'exception, et si l'on trouve dans la pratique une exception du Sc. Velléien, c'est que la question de savoir si la femme a intercedé n'est pas toujours claire et facile à résoudre, et que le prêteur aime mieux la renvoyer à l'examen du juge que la trancher lui-même.

On arrive, dans l'opinion contraire, à ce résultat singulier que les effets du sénatus-consulte varieront suivant les circonstances, d'après la nature même de l'acte qui constitue de la part de la femme une intercession prohibée. Car si la femme a intercedé, par exemple, en s'engageant par un pacte de *constitut* à payer pour un tiers, à tel jour fixe, ou bien si elle a hypothéqué son bien, ou bien encore si elle s'est portée *defensor* pour autrui, dans ces différents cas, il est bien impossible d'admettre une obligation civile, puisque le droit civil lui-même n'admet pas que la femme, pas plus que toute autre personne, puisse être ainsi obligée.

D'ailleurs, est-ce que le prêteur est tenu d'attendre que la femme invoque le Sc. Velléien pour en appliquer les effets? Pas le moins du monde. Nous verrons en effet bientôt qu'il donne au créancier, dès que celui-ci la demande, l'action qui existait contre le débiteur originaire avant l'intercession de la femme; et il la lui donne alors même que la femme aurait payé et malgré la pré-

somption qu'on pourrait tirer de là pour dire qu'elle n'entend pas user de la protection du Sc. Enfin, cette action, dite restitutoire, appartient au créancier, alors même qu'il a libéré la femme par acceptilation, car, dit Ulpien, *inanem dimisit obligationem* (L. 8, § 0. D. ht.)

De plus, les conséquences attribuées par la loi 8, § 12 à la confusion résultant de ce que le créancier succède à la femme intercedante, montrent bien encore qu'il n'y a en droit civil, *ipso jure*, aucune obligation à la charge de celle-ci. Le prêteur rend au créancier l'action primitive.

Citons encore la loi 48 de fidejus. D. 46, 1, qui ne permet pas au co-fidéjusseur de la femme d'invoquer le bénéfice de division, *cum scire potuerit aut ignorare non debuerit mulierem frustra intercedere*. Le juge peut, comme le prêteur, suppléer d'office l'exception du Sc. Velléien. Cela ne peut paraître douteux, si l'on songe que la femme peut encore opposer l'exception, même après la sentence, pour en empêcher l'exécution. D'ailleurs, si le juge reconnaissait comme valable l'intercession de la femme, il violerait le Sc. et sa sentence n'aurait aucune valeur (D. 49, 1. 1. 10, de appell. et relat.)

Un dernier argument qu'on pourrait faire valoir en faveur de l'extinction *exceptionis opæ* de l'obligation de la femme intercedante, est tiré de la loi 95, § 2, D. 46, 3, dans laquelle Papinien semble qualifier *d'obligatio civilis*, l'obligation de la femme qui a intercedé, et l'assimile à celle dont est tenu le fiduciaire qui a restitué l'hérité d'après le Trébellien. Mais il suffit d'analyser ce texte avec soin pour se convaincre que *l'obligatio civilis*, dont parle le jurisconsulte, est l'obligation du débiteur principal à qui la femme succède, et qui, lui, était tenu

ipso jure, et non pas une obligation civile qu'on voudrait faire résulter de l'intercession.

Dans les divers cas d'intercession où la femme s'oblige au lieu et place de celui qui bénéficie de son obligation, on est amené à dire qu'il est dispensé de s'obliger, s'il ne l'avait pas encore fait, ou qu'il est libéré dans le cas contraire; le créancier ne peut agir contre lui, suivant les principes généraux sur l'extinction des obligations, ni contre la femme à cause du Velléien. Mais comme il serait inique que le débiteur s'enrichît aux dépens du créancier, le préteur accorde à celui-ci une action utile, qu'on appelle *pristina actio*, *restitutoria*, ou *rescissoria* (L. 8, § 8, D. ht.)

Il nous sera facile maintenant de résoudre la question de savoir si la femme peut se soustraire à la prohibition du Sc. Velléien en renonçant au bénéfice de la nullité qu'il édicte. — Nous savons que cette nullité était d'ordre public, et il est de principe qu'un incapable ne peut s'attribuer une capacité que la loi lui dénie; d'un autre côté la prohibition du Sc. Velléien était absolue et frappait tout acte que la femme aurait fait en fraude de cette disposition : « *omnia quæ in fraudem senatus consulti excogitata probari possunt* » (F. 29, § 1, D., ht.) — Dès lors, comment peut-on prétendre que le législateur ait permis de se soustraire ouvertement à une loi qui atteignait tout acte tendant à l'éluder.

Les partisans de l'affirmative (Perezus *ad Col.* 23 ht. Dubois), argumentent indistinctement de Nouvelle et de textes du Code émanant tous de Justinien, aussi bien que des fragments du Digeste, sans tenir aucun compte du laps de temps qui les sépare, et pendant lequel s'était opéré dans les mœurs un changement qui devait amener

une transformation dans les lois. Mais la question comporte deux réponses différentes, suivant qu'on se place à l'une ou à l'autre époque, et il n'est pas étonnant que Justinien donne à la femme un moyen facile de renoncer tacitement au Sc. Velléien, quand il ne lui permet pas d'y renoncer expressément, puisqu'il se proposait d'en abroger les dispositions, ou tout au moins d'en changer le caractère. Étudions les arguments apportés par les partisans de l'affirmative : 1° On invoque d'abord la loi 3 au Code, *quando mulier tutelæ off.*, ainsi que la Novelle 118, chap. 5, qui forme au même titre l'authentique *matri et aciaæ*. — Mais il est facile de montrer que ces textes sont exceptionnels. En effet, dans la loi 22 au Code, *ad Sc. Velleian*, Justinien pose en principe que la femme qui renoncera au bénéfice du Velléien deux ans après son intercession fera un acte parfaitement valable, mais par la renonciation faite avant la troisième année, « *nihil sibi præjudicare quod adhuc ex consequentia suæ fragilitatis in secundam jacturam inciderit.* » La règle est donc que la renonciation, pour être valable, doit être faite après les deux ans qui suivent l'intercession et les deux textes proposés ne font qu'édicter une exception.

2° La loi 23 sert de base au raisonnement suivant : Justinien veut qu'on tienne pour vraie la déclaration faite par la femme qu'elle a reçu le prix de son intercession ; c'est lui permettre de renoncer au Velléien, dit-on, puisqu'elle peut faire une déclaration mensongère. — Ce raisonnement est juste, mais il se retourne contre ceux qui l'avancent à l'appui de l'affirmative, si d'une part on tient compte de la tendance de Justinien à abroger, ou du moins à modifier le Velléien, et si d'autre part on

remarque que ce moyen de renonciation tacite serait inutile s'il était permis de renoncer ouvertement au bénéfice du Velléien. Les considérations invoquées par l'empereur laissent d'ailleurs entrevoir qu'il se propose de modifier la jurisprudence antérieure.

3° Parmi les textes du Digeste invoqués dans le même sens, il n'en est qu'un seul dont on puisse sérieusement argumenter pour soutenir l'affirmative, c'est la loi 32 § 4, *ad. sc. Vell.*, qui décide que la femme peut prendre la défense de celui pour lequel elle a intercedé ; mais il faut qu'elle promette au créancier de ne pas invoquer son exception. Dès lors, dit-on, qui ne voit que l'acte par la femme de prendre la défense de ce débiteur serait nul, comme étant une nouvelle intercession ou une continuation de l'ancienne, s'il n'y avait pas là une renonciation valable au bénéfice du Velléien ; or, si on accorde ce droit au moment où le créancier exerce ses poursuites, il n'y a aucune raison de le refuser dans l'intervalle de l'intercession aux poursuites, et, bien mieux, au moment de l'intercession. — Nous ne pensons pas que les partisans de la négative puissent argumenter, comme l'ont fait Donneau et Vinnius, de la loi 23, D., *de solut.* 46, 3, ainsi conçue : *• Solutione, vel pro nobis iudicium accipiendo, et incerti, et ignorantes, liberari possumus. •* La femme, disaient ces auteurs, peut payer pour le débiteur ; en prenant sa défense en justice, elle fait la même chose que si elle payait, et si elle le fait avec la conscience de son droit qu'elle abandonne, de même qu'elle ne pourrait intenter la *condictio indebiti* après avoir payé, elle ne peut exciper du Sc. Velléien après avoir été condamnée. — Mais ce texte ne tranche pas la question, car il ne s'agit pas de savoir si en général un débiteur peut être libéré, même

à son insu, par le paiement que fait un tiers ou la défense que ce tiers prend en justice; la question spéciale au Velléen est celle-ci : la femme peut-elle, vu la prohibition de ce Sc., défendre *pro alio* comme elle peut payer pour autrui? — Or, si nous avons des textes qui lui permettent de payer pour autrui, nous en avons aussi qui lui interdisent formellement de défendre en justice *pro alio* (L. 2. § 5, ht.) Cependant la solution déduite de la loi 32, § 4, serait exacte, si nous n'avions, dans le texte même, un argument décisif pour repousser le prétendu principe de la renonciation facultative au bénéfice du Velléen. En effet, qu'était-il besoin de caution donnée par la femme au créancier si sa renonciation était valable? « *Cetero debet exceptione se non usuram.* » « Cette caution imposée à la femme, dit M. Gide, serait chose non-seulement inutile, mais inconcevable, s'il était permis à la femme de renoncer directement à son exception; car, en ce cas, pour donner pleine sécurité au créancier, elle n'aurait qu'à déclarer qu'elle renonce, et dès ce moment son exception serait perdue. »

Si la femme est obligée de fournir une *cautio*, c'est parce que même après le jugement, elle pourrait recourir à cette exception à laquelle elle vient de renoncer.

« Je conviens, au reste, ajoute M. Gide, que cette caution n'était au fond qu'un détour pour éluder la loi; toutefois, on avait ici une garantie contre la fraude, c'était le contrôle du magistrat, entre les mains de qui la caution était fournie : sans doute, les juristes romains, toujours fertiles en expédients, avaient voulu ménager ainsi au magistrat un moyen pour échapper à l'application de la loi, dans le cas où elle eût compromis des intérêts sérieux. »

Cette solution, conforme aux principes généraux et à l'esprit du sénatus-consulte, paraîtra plus évidente encore, si l'on songe qu'en permettant à la femme de renoncer à son privilège, on l'eût implicitement abrogé : Qu'est-ce en effet qu'une loi qui annule l'acte d'un incapable parce qu'il est réputé n'avoir pu en prévoir les conséquences, et qui permet à ce même incapable de renoncer à cette protection de la loi ? Est-ce qu'une pareille disposition ne sera pas lettre morte dans la pratique ? Cette clause de renonciation ne fera-t-elle pas corps avec l'acte d'intercession, de sorte que l'incapable, présumé victime de son inexpérience et protégé par la loi, sera censé apte à renoncer à cette protection, c'est-à-dire en même temps capable et incapable. Les jurisconsultes romains l'avaient bien compris, c'est ce que prouvent les lois 29, § 1, 8, § 3, D.; 9 au Code; 19, § 5, D. h.

III. — EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE PAR RAPPORT AU CRÉANCIER.

Par l'intercession de la femme le créancier ne perd pas toujours son action contre le débiteur; il peut arriver en effet que l'engagement de la femme s'adjoigne accessoirement à l'obligation principale; en ce cas, le créancier a deux actions: il conserve la première contre le débiteur, et en acquiert une autre contre la femme. — Si plus tard l'intercession de la femme est annulée, le créancier exercera son action contre le débiteur. — Mais si la femme l'avait libéré par son intercession, la rigueur du droit civil laissait le créancier dépouillé de toute action quand la femme invoquait son incapacité; le prêteur corrigeait cette rigueur du droit civil et accordait au

créancier une action utile appelée restitutoire (L. 16, § 1; L. 8, §§ 9, 12, 13, ht.) ou rescisoire, *pristina actio* (L. 16, C. ht.) — Il est des cas où la femme ne se charge pas d'une obligation ancienne, mais s'interpose pour un tiers qu'elle dispense ainsi de s'obliger; c'est une intercession déguisée qui ne devient une véritable intercession, ainsi que nous l'avons vu, que par la collusion du créancier; dans ce cas il ne peut être question d'une restitution véritable, puisqu'aucune obligation antérieure n'existait, mais on obtiendra un résultat analogue par l'institution d'une action contre le tiers, si plus tard la femme est soustraite à son obligation, c'est ce que les interprètes ont appelé l'action institutoire (L. 8, § 14, D.)

Nous avons donc, au sujet de cette restitution, à rechercher son caractère, et dans quel cas, à quel moment, à qui, et contre qui elle est donnée.

I. — CARACTÈRE DE CETTE RESTITUTION.

Donneau et Voët prétendent que c'est une véritable *restitutio in integrum*; non pas qu'elle soit l'objet d'une disposition spéciale de l'édit, mais elle serait comprise dans ces termes généraux : *Item si qua alia mihi justa causa esse videtur, in integrum restituum.* (L. 1, § 1. D. 4, 6). Cette opinion n'est pas admissible, car l'action restitutoire accordée au créancier ne réunit pas les caractères de la *restitutio in integrum*. En effet, il n'est pas question de l'action restitutoire dans le titre de *in integrum restitutionibus*, et nous ne voyons dans aucun texte que cette action restitutoire soit précédée de la *cognitio causae* qui se fait avant toute *restitutio in integrum*. (L. 3, D. 4, 1). Tandis qu'on a dans l'ancien droit, pour

intenter la *restitutio in integrum*, une année utile, et quatre ans sous Justinien, l'action restitutoire est perpétuelle (L. 10. ht.); elle peut être demandée alors même que le créancier pourrait se faire rembourser par un autre moyen, mais la *restitutio in integrum* est une dernière ressource qu'on ne peut employer qu'en l'absence de toute autre. (L. 16. pr. de minor. D. 4.4. L. 8, § 13). Dans la loi 12 de minor. D. Gaius qualifie de droit commun cette restitution d'action, *communi jure in priorem debitorem actio restituitur*, or, l'*in integrum restitutio* est tout-à-fait en dehors du droit commun, et c'est sous le nom d'*extraordinarium auxilium* qu'elle est toujours désignée par Gaius et par tous les jurisconsultes. De ce défaut de concordance nous concluons que l'action restitutoire n'est pas une *restitutio in integrum*, que c'est l'action primitive conservée ou rendue par le préteur au créancier, malgré la novation *jure cicili* qui a libéré le débiteur. On comprend ainsi pourquoi cette action est appelée *utilis* et *rescissoria* ou *restitutoria*, puisqu'elle est introduite par le préteur, qu'elle rend au créancier une action qu'il avait perdue, et qu'elle ne tient aucun compte de l'intercession de la femme. C'est ainsi, comme on le voit à la loi 50 de minor D. 4.4, que le créancier d'un mineur qui s'est obligé pour autrui, et qui a obtenu la *restitutio in integrum*, reçoit une action analogue et se trouve rétabli dans sa situation primitive; c'est ainsi que le préteur accorde une foule d'actions dans des circonstances diverses, notamment dans le cas de la *capitis deminutio* frappant un débiteur, ainsi qu'il est dit au § 38 du C. iv de Gaius.

II. — A QUI EST ACCORDÉE L'ACTION RESTITUTOIRE ?

En général, l'action restitutoire est accordée à tout créancier qui souffre de la nullité de l'intercession de la femme; elle appartient donc au créancier et à tous ses successeurs. Pourtant elle ne serait pas donnée à deux *rei stipulandi* dont l'un seulement aurait reçu l'intercession de la femme: celui-ci serait restitué; quand à l'autre, il n'aurait droit à aucune restitution, puisqu'il ne serait pas repoussé par l'exception du *Sc.*

III. — CONTRE QUI L'ACTION EST RESTITUÉE

L'action restitutoire est donnée contre tous ceux qui ont été libérés par l'intercession de la femme, afin que le créancier soit mis dans la même position que s'il n'avait pas reçu cette intercession. (L. 14, D. ht.). L'action est donc restituée :

1° Contre le débiteur principal libéré par l'*intercessio*. (L. 1, § 2, D.);

2° Contre les héritiers et autres successeurs du débiteur. (L. 10, D.);

3° Contre les fidéjusseurs. (L. 14, D.);

4° Contre tous les *correi promittendi*, lors même que la femme n'aurait intercédé que pour l'un d'eux, car elle a ainsi libéré tous les autres. (L. 20, D. ht., et loi 2, du *duobus reis*, D. 45, 2);

5° Contre la femme elle-même, lorsqu'elle a succédé au débiteur primitif, *restitutoria eam conveniri posse, sed et directa; nihil enim ejus interest qua actione conveniatur* (L. 8, § 13, D. ht.);

6° Contre le maître de l'esclave pour lequel la femme s'est obligée. (L. 9 et 32, § 5);

7° Contre celui que la femme a dispensé de s'obliger en contractant à sa place, (L. 8, § 14, D. ht.). Ce n'est pas alors une restitution, mais plutôt une institution d'action que fait le prêteur, aussi est-elle appelée action institutoire, *instituit magis quam restituit obligationem*. Et l'action ainsi donnée est celle que le créancier aurait eue contre la femme si elle eût été valablement obligée.

IV. — CAS OU LA RESTITUTION D'ACTION N'A PAS LIEU.

L'action n'est pas restituée au créancier : 1° Dans tous les cas exceptionnels où la femme a fait une intercession valable ;

2° Lorsque la femme a payé connaissant ses droits. Dans ce cas en effet la *condictio indebiti* lui est refusée. (L. 8, § 10, D.) ;

3° Lorsque la femme se présente en justice pour prendre la défense du débiteur, après avoir donné caution au créancier qu'elle n'invoquera pas l'exception du Sc. le débiteur est alors libéré. (L. 32, § 4, ht. L. 23 de solut. D. 46, 3).

Innovations de Justinien.

Pour guérir la société romaine et combattre victorieusement le mal dont elle était atteinte, il fallait un remède plus puissant, un principe de vie plus pur et plus actif que cet ensemble de lois qui réprimaient le luxe et poussaient au mariage comme à la procréation des enfants par l'appât de bénéfices pécuniaires à réaliser. — Fruits corrompus d'une civilisation avancée, les lois destinées à réprimer la débauche ne faisaient qu'exciter des raffinements de débauche nouveaux : jamais le vice ne s'était étalé avec

autant d'impudence, qu'à l'époque même où le poète, flattant l'orgueil de l'empereur, attribuait à Auguste l'honneur d'avoir restauré les mœurs antiques

*Nullis polluitur casta domus stupris
Mos et lex maculosum edomuit nefas.*

(HORACE, ode iv, liv. 4).

Toutes ces dispositions n'étaient pas faites pour l'empereur, et Horace, qui glorifiait les lois portées contre le célibat, était le plus déterminé des célibataires. Il ne suffisait pas de faire revivre la morale dans la législation, il fallait implanter dans les âmes un principe supérieur capable d'arrêter la décomposition et de régénérer la société : ce fut l'œuvre admirable et éternellement glorieuse du Christianisme.

L'incapacité velléienne, destinée dans l'intention du législateur à contenir le débordement des vices en restreignant le cercle des attributions du sexe, ne devait pas survivre à l'état de civilisation qui l'avait rendue nécessaire. Sous Justinien, les mœurs devenues meilleures et la dignité de la femme relevée par le christianisme, permirent à cet empereur de transformer complètement cette incapacité : désormais la femme pourra, du moins sous certaines conditions, intercéder pour tout le monde, excepté pour son mari : les considérations d'intérêt général ont disparu, mais la prohibition subsiste quant au mari par des raisons toutes d'intérêt privé : l'incapacité de la femme ne tient plus à son sexe, mais à sa qualité de femme mariée. Il est bon de préciser ici le but que poursuivait Justinien en transformant l'incapacité velléienne, quoique cette recherche puisse paraître étrangère à notre sujet. — Connaissant l'intention du législateur,

nous découvrirons plus facilement l'esprit des lois, et le motif des réformes successivement apportées au sénatus-consulte Velléien. — Justinien veut assurer la conservation de la dot dans l'intérêt de la famille, tel est le but constant qu'il poursuit. Pour cela, il garantit la dot non-seulement contre les dissipations du mari, mais encore contre les faiblesses de la femme ; et ce n'est pas seulement l'aliénation directe de ses biens dotaux qu'il défend, il déclare nulle toute intercession de la femme pour son mari afin qu'elle ne puisse par là consommer une aliénation indirecte : cette incapacité ne constitue plus une infériorité juridique de la femme, elle frappe les deux époux dans l'intérêt de la famille à laquelle la loi veut conserver son patrimoine, aussi ne va-t-elle pas tomber en désuétude comme le Velléien. Le sénatus-consulte avait disparu avec la société dont il était un besoin ; — au contraire, la nouvelle loi velléienne, protectrice des intérêts de la famille reconstituée sur le principe chrétien, devait se répandre jusqu'aux extrémités de l'Europe et se perpétuer jusqu'à nos jours. —

SECTION I.

INTERCESSION FAITE PAR LA FEMME AU PROFIT D'UN ÉTRANGER.
ABROGATION PARTIELLE DU VELLÉIEN.

Avant Justinien, la femme était incapable d'intercéder pour qui que ce fût ; sous Justinien la prohibition, restée absolue quant au mari, est moins rigoureuse quand il s'agit des tiers. Il peut arriver que les circonstances rendent l'intercession valable parce qu'elle a une juste cause ou qu'elle dénote une volonté sérieuse et constante de s'obliger.

A. — *Validité de l'intercession à raison de circonstances qui font présumer que l'engagement de la femme est sérieux et réfléchi.*

1^{er} CAS. — Le Velléen cesse d'être applicable lorsque la femme a renouvelé son intercession après deux ans d'intervalle.

En permettant à la femme de faire valoir son intercession par une ratification faite deux ans après, Justinien s'appuie sur ce motif que cette volonté persévérante montre que la femme s'est obligée pour elle-même et non pour autrui, *videtur non pro alienâ obligatione se obligare, sed pro sua causâ aliquid agere*. Il est impossible aussi que la nullité résultant du velléen reste une nullité radicale, d'ordre public, elle devient d'ordre privé, puisqu'il est permis à la femme de la couvrir par une ratification qui a pour effet de purger les vices de la première intercession. Je ne crois pas qu'on puisse objecter la fin de la loi 22 à cette solution qui me paraît découler de l'esprit général des réformes de Justinien.

« En sens contraire. — Perzcius, *ad h. leg.* »

2^e CAS. — S'il est prouvé que la femme ait reçu quelque chose, ou si elle a déclaré dans un acte public signé de trois témoins avoir reçu quelque chose pour prix de son intercession, elle ne peut plus invoquer le bénéfice du Velléen.

Sous le droit classique, la femme qui avait reçu un avantage appréciable de son intercession, était réputée avoir géré sa propre affaire, et ne pouvait invoquer l'exception velléienne ; on conçoit qu'il y avait là un moyen facile d'éluder la prohibition, car la femme ne

pouvait user de son privilège lorsqu'elle avait déclaré avoir reçu le prix de son intercession, vu la difficulté où elle se trouvait de prouver qu'en fait elle n'avait rien reçu.

Quant au montant de la somme reçue par la femme pour son intercession, quelqu'il soit, Justinien décide qu'elle ne pourra invoquer le bénéfice du Velléien, et lorsqu'elle aura déclaré, dans un acte public signé de trois témoins, avoir reçu quelque chose, *omni modo credendum*, la déclaration devra être tenue pour vraie. C'était là un coup bien plus grave porté à la jurisprudence classique, la loi 22 laissait à la femme deux années pour revenir sur son engagement; mais par la loi 23 Justinien enlève tout caractère d'ordre public à la prohibition Velléienne en autorisant la femme à y renoncer par une déclaration dont la preuve contraire ne sera pas admise. S'il n'est intervenu ni écrit ni titre, ce sera au créancier à prouver que la femme a reçu quelque chose, et à défaut de cette preuve, la femme pourra le repousser par l'exception du sénatus-consulte Velléien.

3^e cas. — L'intercession faite par la femme est valable, lorsqu'elle a été constatée dans un acte public signé de trois témoins: si, au contraire, ces formalités n'ont pas été remplies, alors la femme est libre de tout lien de droit, et n'a plus même besoin, pour se dégager, d'opposer l'exception du sénatus-consulte. • Cette dernière innovation de Justinien qui a suscité d'interminables débats, dit M. Gide, n'est cependant, on le voit, que le développement des précédents; s'il suffit, pour valider l'engagement de la femme, qu'elle ait manifesté une ferme volonté de s'obliger, soit en confirmant et réitérant

sa promesse, soit en déclarant qu'elle avait un intérêt personnel à intercéder, ne devra-t-il pas en être de même lorsque l'acte d'intercession présentera les meilleures garanties possibles d'une volonté libre et réfléchie, je veux dire les solennités tutélaires d'un acte public? Ainsi interprétée (et ce n'est pas là, je dois l'avouer, l'interprétation commune) rien de plus logique que cette dernière décision de Justinien, rien de plus logique que tout l'ensemble de ses réformes, elles se résument en un mot; au lieu de frapper l'intercession des femmes d'une prohibition absolue, comme l'avait fait le sénat, Justinien se contente d'entourer cet acte de formalités et de garanties. »

Il eut été plus simple, sans doute, d'abroger le Velléien pour les cas où l'intercession se ferait par acte public, signé de trois témoins, mais il fallait se garder de recueillir les souvenirs traditionnels qui s'y rattachaient. Pour amener à l'observation de la nouvelle loi ceux-là mêmes envers qui la femme s'obligeait, Justinien déclare nulle de plein droit et sans qu'il soit besoin d'invoquer l'exception, toute intercession qui ne revêt pas les formes prescrites. C'est l'explication donnée par certains auteurs.

On reconnaît unanimement que la loi 23 édicte la nullité de plein droit de toute intercession non revêtue des formalités de l'acte public, tandis qu'autrefois (du moins dans l'opinion de certains auteurs), il fallait invoquer l'exception du sénatus-consulte : Justinien aggravait donc en ce point l'ancienne loi; mais l'accord ne va pas plus loin et les opinions se divisent ici, les uns prétendant que l'acte public n'est qu'un moyen d'échapper à l'exception velléienne, les autres soutenant avec les glossateurs que

d'une part l'intercession constatée par acte public donne toujours lieu à l'exception velléienne, et que, d'autre part, l'intercession faite sans acte public est nulle de plein droit. En d'autres termes, au cas où un acte public a été dressé conformément à la loi 23, § 2, la femme est à la vérité obligée *ipso jure*, mais elle peut se défendre par le sénatus-consulte Velléien, tandis que si l'acte public n'a pas été dressé, elle n'aura pas même besoin d'une exception pour repousser l'action du créancier. Ici se forme une troisième opinion qui divise nos adversaires : l'acte public est-il nécessaire pour les cas exceptionnels où le secours du Velléien était autrefois refusé, et où Justinien admet la validité de l'intercession ?

Le glossateur Bulgarus répond négativement et admet que l'intercession vaudra par elle-même, lorsque la femme renouvellera son intercession deux ans après la première, lorsqu'elle aura reçu quelque indemnité et lorsqu'elle s'obligera *pro libertate et pro dote* (L. 24 et 25 Code.)

L'affirmative est adoptée par le glossateur Martinus, à ce titre de la généralité des termes de la loi 23, § 2 : « *Sic omnia tractari quae de intercessionibus feminarum vel celeribus legibus cauta sunt, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt.* » D'après lui, Justinien aurait encore apporté une aggravation au sénatus-consulte, puisqu'il impose la nécessité de l'acte public dans tous les cas ci-dessus énoncés, où l'intercession eut été valable, sans autre formalité d'après l'ancien droit ; on excepte pourtant, vu la précision des termes « *sive sine scriptis, sive per scripturam interposuerit* » le cas de la loi 23, *prim.*, où la femme a reçu quelque chose pour intercéder ; mais la majorité exige l'acte public pour l'inter-

cession pro dote et pro libertate bien que les lois 24 et 25 soient postérieures à la loi 23, § 2.

Tout cela est contraire à l'esprit des réformes de Justinien et aboutit à une aggravation du Velléien, tandis que l'ensemble des dispositions portées sur ce point nous montre que l'empereur voulait diminuer les prohibitions : le texte d'ailleurs ne se prête pas à une telle interprétation ; il nous sera facile de le prouver.

A-t-on omis de dresser un acte public, l'intercession de la femme est absolument nulle ; a-t-on fait cet acte public signé de trois témoins, c'est alors seulement que les femmes seront obligées ; mais Justinien ne dit pas qu'elles pourront invoquer l'exception du sénatus-consulte. Il est vrai qu'on prétend tirer cette idée des mots : *Et sic omnia tractari*, etc., qui viennent immédiatement après ; mais outre que cette formule très-vague n'est pas suffisante et que les partisans de cette opinion sont obligés d'admettre aussitôt des exceptions pour ne pas mettre Justinien en contradiction avec lui-même, il est bien plus logique et plus conforme à l'esprit de la loi de l'interpréter en ce sens : toutes les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées.

B. — Validité de l'intercession à raison de la cause qui a poussé la femme à intercéder.

L'intercession de la femme a une juste cause, lorsqu'elle est l'accomplissement d'une obligation morale, ou d'humanité ; elle est alors sanctionnée par Justinien qui la considère comme émanée d'une volonté réfléchie et denie à la femme le droit à l'exception velléienne ; c'est ce qu'il décide dans les hypothèses suivantes :

I. lorsque la femme intercéde *pro libertate*, c'est-à-dire lorsqu'elle détermine un maître à affranchir son esclave en se portant débitrice principale ou fidejussor (L. 24 Code).

II. Lorsqu'elle intercéde *pro dote* en s'obligeant à constituer ou à garantir une dot à une femme quelconque (L. 23 Code).

III. Lorsqu'elle renonce au bénéfice du Velléien pour obtenir la tutelle de ses enfants.

La pensée appliquée par Justinien pour l'intercession *pro dote* nous paraît s'adapter parfaitement à ces trois cas: *Nam si spontanea voluntate ab initio liberalitatem suam ostendit, necesse est eam suis promissionibus satisfacere* (L. 23 code ht.).

SECTION II.

INTERCESSION FAITE PAR LA FEMME AU PROFIT DE SON MARI. —
AGGRAVATION DU SENATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

La Novelle 134, chap. 8, qui forme à la suite de la loi 23 au Code l'authentique *si qua mulier* édicte la nullité absolue de l'intercession de la femme qui souscrit un emprunt contracté par son mari; il n'est admis qu'une exception à cette nullité, c'est dans le cas où il est manifestement démontré que la somme empruntée a été employée dans l'intérêt de la femme.

Les termes de la Novelle sont suffisamment explicites quand il s'agit d'un engagement pris par la femme accessoirement à celui de son mari débiteur principal, mais la difficulté surgit lorsque la femme est obligée comme

débitrice principale, conjointe ou solidaire. Est-ce alors au créancier à prouver que l'argent a été emprunté dans l'intérêt de la femme, ou bien la preuve qu'elle n'a point profité de l'argent incombe-t-elle à celle-ci ? Nous trouverons facilement la réponse à cette question dans la suite de la loi : Justinien, voulant prévenir les conséquences de la faiblesse de la femme et de l'ascendant du mari, déclare nul tout engagement pris par elle avec celui-ci, à moins qu'il ne soit manifestement démontré que l'emprunt a tourné à son profit, et remarquons bien qu'ici la prohibition des lois 22 et 23 au Code ne suffirait pas, la règle doit être plus sévère dans notre hypothèse, car la femme résistera plus difficilement aux obsessions de son mari qu'à celles d'un étranger. Rien ne pourra faire valoir l'intercession de la femme, ni la ratification après deux années, *sive semel, sive multoties hujusmodi aliquit pro eadem re fiat*, ni l'acte public signé par trois témoins, *sive privalum sive publicum sit debitum* : l'acte est absolument nul, *hoc nullatenus valere... sed ita esse ac si neque factum quicquam, neque scriptum esset*. On comprend dès lors que la femme, sous l'empire des obsessions de son mari, eût toujours pris dans l'acte la qualité de débitrice conjointe ou solidaire, si cette déclaration eût suffi à rendre son engagement valable, et dès lors l'exception rigoureuse admise par Justinien devenait la règle ; or, est-il possible de considérer la déclaration de la femme comme une preuve manifeste ? Evidemment non, et nous devons dire que la femme, obligée conjointement ou solidairement avec son mari, est présumée s'être obligée dans l'intérêt de celui-ci ; en conséquence, son engagement est nul aux termes de la Novelle 134, à moins que le créancier ne prouve clairement que l'emprunt a tourné

au profit de la femme. — C'est par l'exception que nous allons arriver à déterminer l'étendue de la règle. — Quand aux intercessions faites par la femme dans l'intérêt d'un étranger, Justinien avait maintenu dans la loi 23 au Code, l'ancienne règle qui excluait l'application du senatus-consulte Velléien, lorsque la femme avait reçu quelque chose pour prix de son intercession; mais dès que la femme s'oblige pour son mari, il ne suffit plus qu'elle ait reçu quelque chose; il faut que la somme empruntée ait tourné entièrement à son profit, de là les conséquences suivantes:

I. La femme qui intervient comme caution n'est nullement obligée envers ses créanciers.

II. En cas d'obligation contractée conjointement, le mari est tenu pour le tout et la femme n'est pas même tenue de moitié, à moins que le créancier ne prouve clairement que la moitié de l'emprunt a été employée à son avantage.

III. Si le mari et la femme ont contracté un emprunt en qualité de débiteurs solidaires, il faut, pour que la femme soit obligée vis-à-vis du créancier, que la somme ait tourné à son profit, sinon le créancier n'a d'action que contre le mari seul.

IV. Peu importe la manière dont l'emprunt a été contracté, si la femme a profité d'une portion quelconque de la somme provenant de cet emprunt, elle sera tenue jusqu'à due concurrence. Rien dans la Novelle ni dans l'Authentique ne nous paraît contredire cette solution parfaitement conforme au principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui.

Peu importe d'ailleurs à la femme, car si, ayant profité de l'emprunt, elle échappe aux poursuites du créancier, elle reste tenue envers son mari puisque les donations sont prohibées entre époux.

Nous avons vu que, sous le Velléen, la femme pouvait se substituer à un débiteur, et faire ainsi une intercession à son profit, *animo donandi*; mais la règle qui prohibait les donations entre époux annulait cette intercession lorsqu'elle était faite en faveur du mari; le motif de cette prohibition et celui de la Novelle 134, étaient identiques: on craignait les conséquences de l'ascendant que le mari exerce sur sa femme; mais d'un côté on ne se défiait que du mari, tandis que de l'autre on craignait également l'oppression du mari et les artifices de la femme. Il est certain que la donation faite par la femme au mari sous la forme d'une intercession consentie *animo donandi* était frappée de nullité, car le texte ne fait aucune exception; il étend donc la prohibition Velléienne, et l'intérêt de cette solution est celui-ci: si la donation est nulle par la règle qui défend les donations entre époux, la nullité pourra se couvrir si la femme ratifie la donation en persévérant dans sa volonté jusqu'à sa mort (l. 32, § 2, D. 24, 1), tandis qu'elle n'est pas susceptible d'être couverte si elle résulte de la Novelle 134.

Il s'est élevé une question sur le point de savoir si la Novelle 61 a été modifiée par la Novelle 134; la controverse porte sur ce point: d'après la Novelle 61, lorsque la femme a donné son consentement à une hypothèque établie par le mari sur le fonds dotal pour sûreté d'un emprunt qu'il contracte, le consentement de la femme devient valable lorsqu'elle le renouvelle deux ans après; on se demande si, depuis la Novelle 134, ce consentement

est absolument nul et non susceptible de ratification, alors même que les biens du mari seraient suffisants pour garantir la restitution de la dot. — M. Demangeat soutient que la Novelle 61 n'a été nullement modifiée par la Novelle 134, chap. 8; en effet, dit-il, il est incontestable d'abord qu'elle n'a pas trait au cas d'aliénation du fonds dotal faite par le mari avec le consentement de la femme, car elle ne vise que l'obligation de la femme, et non ses actes d'aliénation. « Enfin, ajoute-t-il, l'hypothèque du fonds dotal constituée par le mari, *colente uxore*, n'étant valable qu'autant qu'en définitive la femme ne sera pas en perte, on ne comprend pas comment Justinien aurait eu l'idée d'étendre même à ce cas, où la femme est déjà si bien protégée, la Novelle 134, chap. 8. » (Demang. Cond. du fonds dot. p. 225).

Je réponds d'abord que cette opinion est contraire à la tradition Velléienne, dont il est impossible de prouver que Justinien ait voulu s'écarter. Quant à l'objection tirée des termes de la Novelle 134, qui ne parle que de l'obligation de la femme, et non de ses actes d'aliénation, si elle était juste, elle serait également applicable au Sc. Velléien, car il ne vise expressément que les hypothèses où la femme oblige sa personne, et cependant les jurisconsultes romains décidèrent que la femme, en obligeant ses biens pour sûreté de la dette d'autrui, faisait une intercession prohibée par le sénatus-consulte. Les conséquences du système de M. Demangeat nous conduiraient à admettre que la femme ne fait pas une intercession prohibée en consentant à hypothéquer non-seulement son immeuble dotal, mais encore ses paraphernaux; or, cette conséquence est tout simplement l'abrogation de la Novelle 134: celle-ci en effet interdit à la femme de s'obliger

en général pour son mari, et si la Novelle 61 n'est pas du même coup modifiée, la femme peut se ruiner en conférant aux créanciers de son mari un droit de gage spécial sur ses biens : ce qu'elle ne pourrait faire par l'engagement personnel, elle le fera par l'engagement spécial et réel.

Nous devons donc admettre que le consentement donné par la femme à l'hypothèque établie par son mari sur l'immeuble dotal pour sûreté d'un emprunt, est absolument nul, comme l'hypothèque consentie par la femme, dans les mêmes conditions, sur son bien paraphernal.

Justinien avait permis à la femme, sous certaines conditions, de renoncer au bénéfice du Velléen lorsqu'elle intercédait pour autrui ; pouvait-elle faire cette renonciation lorsqu'elle s'obligeait pour son mari ? — La négative n'est pas douteuse si l'on prend en considération l'esprit de la Novelle et les termes dans lesquels elle était conçue. — Cette décision n'a pas été admise dans notre ancienne jurisprudence ; c'est un point qu'il importait de noter.

Ce que devint le sénatus-consulte Velléen

Ici se termine notre étude sur le sénatus-consulte Velléen : nous ne le suivrons pas dans ses destinées ultérieures, cet examen ne rentrant pas nécessairement dans notre sujet.

Disons cependant en quelques mots, pour clore ce travail, qu'il survécut longtemps encore à la société romaine. Admis dans notre ancien droit, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans la plupart des pays coutumiers, il était loin cependant d'être

appliqué partout de la même manière. Diversement modifiées suivant les lieux et les coutumes, ses dispositions, en effet, avaient donné lieu à de nombreuses divergences dans la jurisprudence des Parlements.

En général, dans notre ancien droit, les renonciations au sénatus-consulte étaient permises. Un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 29 Juillet 1593, avait statué en ce sens, et en même temps enjoint aux notaires « d'informer les femmes qu'elles ne pourraient s'obliger pour leurs maris sans renoncer expressément au Velléien, à l'Authentique *si qua mulier*, sous peine d'en répondre en leur nom et d'être condamnées aux dommages-intérêts des parties. » — Les procès infinis que suscitérent ces renonciations, qui devinrent de style dans les contrats de mariage, et les recours en dommages-intérêts auxquels les notaires se voyaient continuellement exposés, amenèrent l'édit du mois d'Août 1606, rendu par Henri IV, sur la proposition du chancelier de Sillery, qui abrogea toutes les dispositions du sénatus-consulte Velléien, et les lois romaines postérieures qui s'y référent. Merlin nous rapporte que « cet édit a d'abord été » enregistré au Parlement de Paris, et il a été exécuté » dans tout son ressort, sauf dans l'Auvergne et dans la » Marche. Il a été ensuite enregistré au Parlement de » Bourgogne le 7 Août 1609. — Un édit de Décembre » 1683, enregistré au Parlement de Bretagne le 23 du » même mois, ordonne pour son ressort l'exécution de » l'édit de 1606. Un autre édit de Novembre 1704, » enregistré au Parlement de Franche-Comté le 3 Jan- » vier suivant, rappelle la disposition de l'édit de 1606 » et prononce la validité de l'obligation des femmes. » Répertoire, sénat. Velléien, § 1, N° 7).

Mais en Normandie, où cet édit ne fut jamais enregistré, on continua d'observer rigoureusement le Sc. Velléien. Le code Napoléon, dans l'art. 1123, a définitivement fait disparaître de France les derniers vestiges de l'incapacité velléienne.

Elle existe encore dans quelques pays étrangers, notamment en Allemagne et en Espagne, et elle a été maintenue par le code sarde dans les art. 2054 et 2055.

DROIT FRANÇAIS

DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

La séparation de biens est une mesure offerte à la femme contre l'abus que le mari pourrait faire des prérogatives que la loi lui accorde. Mauvais administrateur, il est possible qu'il laisse dépérir les biens de sa femme, qu'il abatte les futaies, démolisse les maisons, fasse de mauvais placements; prodigue, il peut, surtout sous le régime de communauté, entamer le capital et dissiper follement les biens qui lui ont été confiés pour les faire fructifier, et subvenir aux charges du mariage. Il peut arriver aussi qu'il devienne insolvable, quoiqu'il offre, au moment du mariage, des garanties suffisantes pour les reprises de sa femme; les créances de celle-ci se trouveraient ainsi compromises. Ces deux considérations étaient assez puissantes pour que la loi fit fléchir l'immutabilité des conventions matrimoniales, et permit à la femme dont la dot est mise en péril, de se la faire restituer et d'en reprendre l'administration, sans qu'elle fût obligée d'attendre la dissolution du mariage.

Mais cette mesure protectrice de la femme pouvait devenir un danger pour les créanciers : de là des règles

exceptionnelles destinées à faire connaître la demande en séparation de biens.

Nous savons d'ailleurs que la séparation de biens résulte nécessairement de tout jugement qui prononce la séparation de corps ; mais les cas dans lesquels la séparation de corps peut être demandée, et les formes de cette demande se rattachant au titre du mariage, nous devons nous borner à exposer : 1° dans quels cas la séparation de biens proprement dite peut être demandée ; 2° de quelle manière elle doit l'être ; 3° quels sont les effets, relativement aux biens, de la séparation de corps ou de biens prononcée ; 4° dans quels cas la séparation de biens peut cesser ; 5° quels sont les droits d'enregistrement applicables à la séparation de biens.

CHAPITRE PREMIER

Dans quel cas la séparation de biens peut être demandée.

La séparation met fin au régime, quel qu'il soit, établi par le contrat de mariage, son origine se trouve dans le droit romain qui ne connaissait que le régime dotal. (L. xxiv. D. *Soluto matrimonio*. — Lois 27 et 30 au Code, *de jure dotium*. — Novelle 97, chap. 6).

Le but de la séparation judiciaire est de soustraire la dot de la femme aux conséquences du mauvais état où se trouvent les affaires du mari. Particulièrement sous le régime de communauté, c'est un des contre-poids par lesquels la loi équilibre les pouvoirs étendus donnés au mari comme chef de la communauté.

La cause de la séparation de biens est donc un

désordre d'affaires tel qu'il compromette la dot de la femme ou même les biens qui pourraient lui advenir. Dès lors on comprend que la femme seule puisse la demander, et c'est là une différence avec la séparation de biens accessoire. « Il n'y a que la femme, » dit Pothier au N° 513 de son traité de la communauté, qui puisse demander contre son mari la séparation de biens; le mari ayant seul en sa libre disposition tous les biens de la communauté n'est pas recevable à la demander. Lebrun néanmoins rapporte trois cas dans lesquels il estime que le mari peut être reçu à demander la séparation de biens. « après les avoir cités, Pothier ajoute « Lebrun prétend que dans ces trois cas le mari peut demander la séparation, avec cette différence néanmoins, que la femme qui se fait séparer de biens, renonce à la communauté tant pour le passé que pour l'avenir, au lieu que le mari ne peut renoncer à la communauté pour le passé, et il est tenu de toutes les dettes de sa femme qui y sont entrées; il ne peut se décharger de la communauté que pour l'avenir. » Pothier doutait fort que cette doctrine eût prévalu, et il citait un arrêt déclarant la sentence et toute la procédure nulles, nonobstant l'usage de la province d'admettre ces demandes, attesté par la Thaumassière en ses maximes.

Quoiqu'il en soit, aujourd'hui l'art. 1443 et la suite des textes ne laissent pas de doute à cet égard: la femme seule peut demander la séparation de biens; alors même qu'elle n'aurait point reçu de dot en mariage, ni aucun bien depuis, le désordre des affaires du mari serait suffisant pour autoriser sa demande. Il est évident qu'elle y a un intérêt, ne fût ce que celui de conserver sa

part de la communauté; mais il est possible aussi qu'elle exerce une industrie, qu'elle possède certains talents dont elle veut conserver les produits pour les administrer elle-même dans l'intérêt de la famille, au lieu de les abandonner à un mari prodigue ou incapable (Pothier, comm. N° 512). Il n'est même pas nécessaire qu'elle ait à sauvegarder les produits de son travail personnel, car elle peut du jour au lendemain recevoir des donations ou des successions qu'il importe de soustraire à l'administration du mari (Colmar, 11 Mai 1835; Bordeaux, 1^{er} Mai 1848).

Puisque la séparation de biens a pour objet de rendre à la femme l'administration de sa dot mise en péril par la mauvaise gestion du mari ou par l'état désastreux de ses affaires, il est logique de faire droit à la demande de la femme, formulée même à une époque où les biens du mari sont encore suffisants pour garantir les reprises; en effet, la prudence commande et les termes de la loi permettent à la femme de ne pas attendre les conséquences de ce péril de la dot, il suffit qu'il existe; d'ailleurs les créances en reprise peuvent augmenter, ou bien, en sens inverse, le mari peut diminuer les garanties hypothécaires, « soit par le défaut d'entretien » de ses biens, soit par des coupes de bois déréglées, « soit par la transformation d'immeubles productifs en » simples propriétés d'agrément. » Le secours offert par la loi serait illusoire, si la femme, pour en user, devait attendre que son patrimoine fût perdu en totalité ou même en partie. — Peu importe que la fortune du mari se trouve compromise par sa maladresse, par sa faute, ou par la force des choses; on ne doit point s'arrêter à cette considération: les droits de la femme sont-ils suffisamment

garantis, vu l'état de la fortune du mari ? Voilà toute la question ; et nous allons plus loin : la séparation devrait être prononcée, alors même que la cause en serait dans les actes de la femme, car c'était au chef de la communauté d'empêcher ses prodigalités. Le mari ne pourrait pas non plus s'opposer à la séparation en alléguant telle ou telle faute commise par sa femme contre ses prérogatives d'époux ; ce sont là deux ordres d'idées absolument indépendants ; les droits que le mariage donne à l'homme comme mari ne détruisent en aucune façon les droits que la loi accorde à la femme contre lui pour assurer la conservation de sa fortune.

Dans une étude sur la séparation de biens, nous ne pouvons omettre une question importante qui a soulevé de vives controverses dans la pratique, et qui n'est pas moins discutée dans la doctrine ; la solution nous est rendue très-facile par le travail de notre honorable professeur, M. D. de Folleville, qui a résolu cet important problème : dans un article publié par la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, M. de Folleville se demande si l'interdiction du mari peut être considérée comme une cause de séparation de biens. Disons le tout d'abord, pour des raisons que nous développerons au cours de la discussion, nous adoptons l'avis de l'honorable professeur ; nous nous bornerons d'ailleurs à résumer en premier lieu les arguments apportés par la majorité des auteurs pour soutenir la négative, et en second lieu les raisons sur lesquelles M. de Folleville appuie l'opinion contraire.

1° Les partisans de la négative invoquent les art. 1441 et 1443, dont le premier ne mentionne pas l'interdiction du mari au nombre des causes de dissolution de la com-

munauté, et le second ne permet à la femme de demander la séparation qu'autant que sa dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que ses biens ne soient bientôt plus suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme; or, dit-on, l'état de démence du mari ne constitue ni le péril de la dot, ni le désordre des affaires.

2° On ajoute que l'interdiction peut cesser sur la demande en main levée, lorsque l'infirmité qui la motivait a disparu, tandis qu'il faut le consentement des deux époux pour faire tomber le jugement de séparation, et l'on en conclut que le fait d'enlever définitivement au mari un pouvoir qu'il a loyalement exercé constituerait une injustice. Ce moyen d'obtenir la séparation de biens par l'interdiction serait d'ailleurs d'autant plus dangereux que la femme peut, aux termes de l'art. 490, provoquer elle-même l'interdiction de son mari, et même sa séquestration, depuis la loi du 30 juin 1838 (Art. 32) : on comprend dès lors combien il importe de ne pas attribuer à l'exercice de ces droits un effet aussi considérable, et de ne pas donner à la femme l'espoir d'arriver à la séparation de biens par l'interdiction ou la séquestration de son mari;

3° A l'art. 1865, N° 4, que nous invoquons pour soutenir l'affirmative, on répond que notre question n'offre pas d'analogie avec le cas de dissolution de société : l'existence des sociétés est subordonnée, dit-on, à la permanence de la volonté des parties, tandis que l'immutabilité est le principe de l'association conjugale; nous savons en effet que la séparation de biens n'est admise qu'exceptionnellement, moyennant la preuve bien établie du péril de la dot et d'un désordre dans les affaires du mari;

4° On allègue enfin que la femme dont le mari aura été interdit se trouvera dans l'une des deux situations suivantes : ou bien le conseil de famille l'aura nommée tutrice de son mari, ce qui rendra inutile la séparation de biens ; ou bien elle aura été jugée incapable de remplir cette fonction, et alors les pouvoirs étendus que lui restituerait la séparation de biens doivent, à plus forte raison, lui être refusés.

Tci est le résumé des motifs apportés pour dénier à la femme le droit de demander la séparation de biens au cas d'interdiction ou de séquestration de son mari.

Cette doctrine ne nous a pas convaincu, et nous pensons, avec M. de Folleville, que l'interdiction du mari est, à elle seule, un motif suffisant pour demander la séparation de biens.

1° Nous invoquons en premier lieu la tradition historique qui admettait l'interdiction du mari au nombre des causes de séparation de biens (Pothier N° 509 et 510, comm.) ; or, le code Napoléon n'a fait que reproduire l'ancien droit en déterminant, dans l'art. 1443, les conditions générales de la demande en séparation.

2° Notre opinion est d'ailleurs conforme aux principes qui régissent le contrat de société, et le législateur considère l'association conjugale comme une société, cela ressort clairement de l'art. 1837. — L'objection tirée de l'art. 1441 n'est pas sérieuse, car il s'agit précisément de savoir si la séparation de biens, cause de dissolution de la communauté, ne peut pas être provoquée par suite de l'interdiction du mari. Si nous recherchons les motifs qui ont dicté le § 4 de l'art. 1865, il nous est facile de voir qu'ils trouvent leur fondement naturel dans cette idée, que la considération des personnes, de leurs

aptitudes et de leurs talents, est un des éléments essentiels du contrat de société. C'est pourquoi le législateur mentionne l'interdiction d'un associé parmi les causes de dissolution de la société; et dès lors ne voit-on pas que si l'interdiction d'un associé est une cause de dissolution des sociétés ordinaires, il en doit être de même, à plus forte raison, de l'association conjugale, dans laquelle le mari a des pouvoirs plus étendus qu'un associé ordinaire? Rien de plus raisonnable que notre prétention, qui tend, non pas à faire considérer l'interdiction comme une cause de dissolution *ipso jure*, mais à permettre à la femme d'intenter une demande que les juges apprécieront.

3° Qu'est-ce donc que le péril de la dot et le désordre des affaires du mari? C'est un état tel qu'il y ait lieu de craindre pour la dot et les reprises de la femme; or, il est impossible de soutenir que l'interdiction ou la séquestration du mari ne constitue pas cet état dont parle l'art. 1443; comment concevoir en effet une bonne administration émanant d'un homme atteint d'imbécillité, de démence ou de fureur? M. Demangeat fait sur ce point une remarque fort judicieuse : « Le texte même de » l'art. 1443, joint à l'art. 1445 *in fine*, dit l'éminent » jurisconsulte, conduit certainement à dire que si, le » mari étant déjà en démence et compromettant la dot » de sa femme par une administration désordonnée, la » séparation de biens était demandée avant que le tribu- » nal ne fût saisi de la demande en interdiction, la sépa- » ration devrait être prononcée; or, on conviendra qu'il y » a quelque chose de bizarre à subordonner la dissolu- » tion de la communauté à la circonstance que la demande » en séparation est antérieure ou postérieure à la » demande en interdiction. » N'oublions pas que le

législateur n'a pas voulu tracer aux juges une règle exacte et rigoureuse dans l'art 1443, mais plutôt poser un principe général dans lequel ils peuvent faire rentrer, d'après leur libre appréciation, tout ce qui est de nature à rendre la séparation nécessaire. En dernière analyse, les juges de la demande en séparation n'ont qu'une question à résoudre : la dot de la femme est-elle compromise ? Si la réponse est affirmative, la séparation doit être prononcée ; or, nous ne voyons pas en vertu de quelle prohibition l'interdiction du mari ne pourrait pas être considérée comme un danger pour la dot. Nous savons, d'ailleurs, et sur ce point la doctrine et la jurisprudence sont d'accord, que le péril de la dot ne doit pas s'entendre exclusivement d'une perte imminente, il suffit que la dot ou les reprises éventuelles de la femme puissent être compromises. M. de Folleville cite même un arrêt remarquable de la cour de Bordeaux, « rendu le 1^{er} Mai 1848 » (Dall. 1848 — 2 — 102) accueillant une demande « anticipée en séparation de biens formée par une femme, « dont la dot n'avait pas encore été remise entre les « mains du mari, parce que les dettes considérables « contractées par celui-ci paraissaient de nature à faire « craindre que les revenus de la dot, si on les livrait, ne « fussent en grande partie détournés de leur destination, « l'entretien du ménage. » Il peut y avoir péril de la dot et désordre des affaires du mari donnant lieu à la séparation de biens, non seulement par suite de mauvaise gestion, d'imprudences ou de folles dépenses, mais aussi par suite de revers impossibles à prévoir ; d'un autre côté, il y a mauvaise administration lorsque le capital de la dot est compromis, et même, selon la jurisprudence, lorsque les fruits et revenus de la dot sont dissipés dans

des prodigalités ou dans des spéculations hasardeuses au lieu d'être employées à l'entretien de la famille. Désordre d'affaires qui mette en péril l'avoir actuel ou même éventuel de la femme, telle est en définitive la cause qui permet de prononcer la séparation de biens; « or, dit » M. de Folleville, si telle est la portée certaine de » l'art. 1443, interprété par la doctrine et par la juris- » prudence, n'est-il pas vrai de dire avec nous que l'état » de démence ou d'interdiction du mari (quelle que soit » du reste sa position de fortune, quelles qu'aient pu être » ses qualités précieuses d'administrateur dans le passé) » suffit par lui-même et par lui seul à inspirer les craintes » les mieux fondées, soit par rapport à la conservation » des biens des deux époux, soit par rapport à la bonne » distribution des revenus affectés par le vœu du légis- » lateur au soutien des charges de la vie commune? » N'est-il pas exact d'affirmer avec la loi romaine (No- » velle 97, chap. vi), que le mari, privé désormais des » dernières lueurs de l'intelligence, s'achemine fatale- » ment vers la misère, *inchoat male substantia uli, vergit » ad inopiam?* Eh quoi!!! son incapacité est assez » avérée, son état mental assez gravement atteint, au vu » et au su de tous, pour que ses parents se décident à » lui faire enlever par la justice l'administration de ses » propres biens, ce qui aboutit à le replonger, lui majeur » et capable, dans les liens étroits de la tutelle et de la » pupillarité; et l'on voudrait refuser à la femme le droit » d'invoquer ce même péril si bien constaté, comme un » titre à reprendre l'administration indépendante de sa » fortune personnelle!!! Une pareille conclusion nous » paraît manifestement inadmissible. »

4° Si maintenant nous considérons le véritable carac-

tière du mandat marital, notre solution apparaît plus évidente encore, car ce mandat n'est pas purement légal : en désignant le mari comme associé-gérant, la loi n'a point fixé définitivement ses pouvoirs, elle laisse à la femme la faculté de lui conférer des droits plus ou moins étendus suivant le degré de confiance qu'il inspire, et ce n'est qu'à défaut de stipulation expresse que le législateur, s'inspirant des fins du mariage, décide que le régime adopté est la communauté. Dès lors la femme dont le mari est frappé d'interdiction peut faire le raisonnement suivant : c'est en vue des qualités, des talents et de l'expérience de mon mari que j'avais accepté tel régime matrimonial ; s'il eût été connu de mes parents et de moi-même comme un mauvais administrateur ou un prodigue, je n'eusse accepté que la séparation de biens ou un autre régime ; c'est donc en considération de sa personnalité que je lui ai conféré tels et tels pouvoirs ; or, de même que j'aurais le droit d'adopter d'autres conventions matrimoniales si, le premier mariage dissous, j'en contractais un second avec un homme incapable, de même je ne dois pas être forcée de laisser entre les mains d'un tuteur et d'un conseil de famille, des pouvoirs que j'avais conférés à mon mari, et à lui seul (Demangeat. — Revue pratique, t. xi, p. 251). — Voilà, selon nous, l'un des principaux arguments de l'affirmative ; le mandat du mari est à la fois légal et conventionnel, et, ce qui est plus décisif encore, essentiellement personnel. Ce mandat est irrévocable après la célébration du mariage, la justice seule a le droit de le révoquer s'il est prouvé que le mari compromet les intérêts de la famille. Du caractère personnel de ce mandat, il est naturel de conclure qu'une fois la révocation admise, la femme doit reprendre la

libre administration de son patrimoine, sans qu'on puisse lui imposer un nouveau mandataire (2003) qui administrerait malgré elle, et en qui elle n'aurait peut-être aucune confiance.— Mais elle a, dit-on, la garantie du conseil de famille. — Nous répondons que la femme ne s'est confiée qu'à son mari et que c'est à lui seul qu'elle a donné le droit d'administration sur ses biens ; lorsque ce chef est devenu incapable, elle doit reprendre les pouvoirs qu'elle lui avait confiés.

5^e Enfin, l'opinion que nous combattons peut aboutir à des conséquences pratiques qui suffiraient seules à la faire repousser ! Si le tuteur nommé au mari administre mal les biens de la femme, la difficulté n'est que reculée, et la séparation, suivant M. Demolombe, devra être demandée contre lui. Mais alors on est en contradiction avec l'art. 1443 qui donne l'action en séparation de biens à la femme, vis-à-vis de son mari exclusivement, en la fondant sur le désordre de ses affaires. L'obligation où l'on se trouve d'accepter cette solution, que le législateur n'avait pas prévue, démontre suffisamment la nécessité de donner à l'art. 1443 une large interprétation et de faire rentrer dans les principes généraux qu'il renferme, la question qui nous occupe ; pourquoi attendre en effet que le tuteur ait mal administré ? Ne vaut-il pas mieux laisser aux juges le droit d'apprécier l'opportunité de la demande intentée par la femme après l'interdiction de son mari ?

On a bien proposé de remplacer le droit de demander la séparation contre le tuteur du mari interdit par une autre prérogative : la femme, a-t-on dit, ne peut introduire sa demande en séparation que contre son mari, mais elle pourra solliciter la révocation du tuteur. —

Cette nouvelle prétention a été sagement combattue et victorieusement repoussée par M. le premier Avocat général de Prandière; dans ses conclusions développées devant la cour de Lyon le 11 Nov. 1869 (Dev. 1870, 2, 4) ce magistrat a clairement démontré que la femme n'a point qualité pour provoquer la destitution de son mari interdit, et qu'alors même qu'elle serait officieusement appuyée, les difficultés pratiques qu'elle rencontrerait rendraient ce remède illusoire.

Le principe absolu sur lequel repose notre opinion n'admet aucun tempérament, et la femme conserve le droit de demander la séparation de biens, même lorsqu'elle est nommée tutrice de son mari. On objecte qu'elle est à la tête des affaires; mais nous répondons qu'elle a intérêt à se soustraire au contrôle rigoureux organisé par les art. 420, 450, 456 et suivants, et à la surveillance du subrogé-tuteur et du conseil de famille, pour se placer dans la situation avantageuse et indépendante que fait l'article 1449 à la femme séparée de biens.

• Nous concluons donc, avec notre honorable professeur, en décidant que l'interdiction judiciaire du mari
• est une juste cause de demande en séparation de biens
• pour la femme, soit que la tutelle ait été confiée à un
• tiers, soit que la femme elle-même ait été désignée
• pour remplir cet office. •

La difficulté résolue pour l'interdiction judiciaire se présente également au cas d'interdiction légale : les mêmes motifs nous font admettre la même solution, et, quoique le cadre de cette étude soit très-restreint, nous pouvons résumer ici quelques arguments spéciaux à la seconde question : N'est-il pas injuste d'abord de soumettre la fortune de la femme, qui est innocente, à la surveil-

lance du tuteur et du subrogé-tuteur nommés à son mari interdit ? et ne suffit-il pas de rappeler le principe de la personnalité des peines pour qu'on aperçoive l'injustice d'un système qui ferait supporter à la femme une partie de la peine méritée par son mari, fût-ce même une partie de la peine accessoire ? — Pourquoi la femme ne pourrait-elle pas demander la séparation de biens, alors qu'elle peut intenter une action pour obtenir la séparation de corps, qui la placerait de plein droit sous le régime de séparation de biens ? Lui refuser cette action, c'est se mettre en contradiction formelle avec ce principe élémentaire : qui peut le plus peut le moins.

• Nous persistons donc, dit M. de Folleville, dans nos
• premières affirmations, et nous terminons cette étude en
• posant le principe général que voici : Toutes les fois
• que le chef de l'association conjugale est frappé d'une
• incapacité personnelle absolue, soit à raison de l'ébran-
• lement de ses facultés intellectuelles (c'est l'hypothèse
• de l'interdiction judiciaire), soit à raison de son
• indignité et de ses fautes (c'est l'hypothèse de l'inter-
• diction légale), il y a lieu pour la femme de pouvoir
• demander et obtenir sa séparation de biens, par appli-
• cation des articles 1443 et suivants. •

La dénomination de séparation judiciaire implique qu'elle ne peut être volontaire ; elle doit être poursuivie en justice. A défaut de l'art. 1443, les principes qui consacrent l'immutabilité des conventions matrimoniales nous eussent dicté la même règle, car la séparation volontaire serait une violation de l'art. 1395. — C'est en appliquant ce principe que le législateur dit, dans l'art. 870 du code de procédure, que l'aveu du mari ne fera pas preuve au cours de l'instance en séparation de biens.

Mais nous ne devons pas oublier que la séparation de biens résulte forcément de la séparation de corps, qui peut être demandée par le mari comme par la femme ; c'est avec cette restriction qu'il faut entendre la règle posée plus haut que la femme seule peut demander la séparation de biens.

La loi, considérant que le droit de demander la séparation, quoiqu'il touche principalement aux intérêts pécuniaires de la femme, n'en produit pas moins pour celle-ci des conséquences très-graves au point de vue moral, a voulu lui laisser la libre disposition de cette ressource, qu'elle attache exclusivement à sa personne en ne permettant pas à ses créanciers de l'invoquer en vertu de l'art. 1166. La femme est seule juge des sacrifices d'argent qu'elle peut faire dans l'intérêt du ménage et de ses enfants. — Quoi qu'on en ait dit, cette disposition est sage, il ne fallait pas sacrifier aux intérêts matériels des créanciers les intérêts moraux d'une famille. — Mais il n'est pas juste, dit-on, que la femme puisse acheter cette bonne harmonie du ménage aux dépens de ses créanciers. — Nous répondons qu'en contractant avec une femme commune, les créanciers ont dû calculer les conséquences du régime adopté par leur débitrice. Ils sont d'ailleurs protégés par l'art. 1416 qui leur permet d'exercer les droits de leur débitrice en cas de faillite ou de déconfiture du mari. Il eût été inique, en effet, de laisser la femme libre d'abandonner aux créanciers de son mari des biens qui devaient être le gage de ses propres créanciers.

En principe donc les créanciers personnels de la femme ne peuvent demander la séparation de biens, cependant l'art. 1416 admet deux exceptions :

Première exception au principe que les créanciers de la femme ne peuvent demander la séparation de biens.— La femme peut autoriser ses créanciers à faire la demande en son nom, ce qui est parfaitement conforme à l'esprit de la loi, car la femme reste ainsi juge des sacrifices qu'elle peut faire; mais il ne faut pas oublier que ses créanciers ne font pas valoir les droits de leur débitrice en vertu de l'art. 1166 : ils ne sont que ses mandataires, et, conformément à la règle « nul ne plaide par procureur, » les actes de procédure doivent porter le nom de la femme. Si elle agit conjointement avec les créanciers, elle fait l'action sienne dans une certaine mesure, et doit contribuer aux dépens si le procès est perdu.

Si elle n'intervient que pour leur permettre d'agir, eux seuls supporteront la condamnation; mais il ne serait pas vrai de dire qu'elle ne peut se prévaloir de la séparation prononcée, car c'est son droit que les créanciers ont exercé en son nom et avec son autorisation, et d'ailleurs il est impossible d'admettre que la séparation soit prononcée vis-à-vis des créanciers sans qu'elle le soit à l'égard de la femme.

Puisque les créanciers de la femme n'exercent l'action qu'en vertu d'un mandat, nous admettons qu'elle peut le révoquer à son gré, quoique ses créanciers soient des mandataires *in rem suam*; leurs intérêts restent subordonnés à ceux de la femme, et la procuration donnée par celle-ci ne peut être irrévocable puisqu'elle a pour objet des droits dont la femme est seule juge.

De ce droit exclusif et indépendant d'appréciation résulte pour elle la faculté d'arrêter le procès, lors même que les créanciers auraient abandonné, pour l'entamer,

des poursuites efficaces ; et qu'on ne se récrie pas au nom de l'équité, car ils ont dû connaître les droits de la femme et la gravité des intérêts sur lesquels ils reposent ; ils ont donc pu apprécier le danger auquel ils s'exposaient, et partant ils doivent s'imputer les conséquences de leur imprudence, si la femme, pour des raisons d'un ordre que la loi considère comme très-élevé, arrête des poursuites qui n'ont plus de but ou qui aboutiraient à un résultat directement contraire à celui qu'elle désire.

Il est évident que nous n'admettons pas la même solution au cas où la femme a commis une fraude, et, dans cette hypothèse, comme lorsqu'elle ne s'est déterminée que par caprice, elle devra indemniser ses créanciers. — Hors le cas de fraude, elle ne leur doit rien, car elle a usé d'un droit qu'elle n'avait pas aliéné.

Lorsque la femme meurt après avoir introduit une demande en séparation de biens, l'instance peut-elle être continuée par ses héritiers ? Un arrêt de la cour de Douai (Dall. 1831, 2, 161), répond négativement à cette question qui avait été résolue affirmativement par un arrêt du Parlement de Paris du 28 mars 1746. — Sans doute l'instance ne peut être introduite contre le gré de la femme ; mais c'est elle-même qui a intenté le procès qu'elle poursuivait encore au moment de sa mort, et nous devons présumer qu'elle ne se fût pas désistée ; les héritiers ne font donc que répondre à ses intentions en prenant sa place ; ils ont pour eux ce principe de droit : *actiones semel inclusæ in iudicio saltem permanent*, principe auquel il n'est pas fait exception pour la séparation de biens. — Ajoutons qu'ils peuvent tirer un argument d'analogie de l'art. 330 qui permet aux héritiers de continuer une action en réclamation d'état, quoi qu'elle

ne soit pas transmissible. — On ne peut contester qu'ils y aient intérêt, car il s'agit pour eux de faire supporter au mari les frais de l'instance et de donner pour point de départ à la dissolution de la communauté le jour de la demande plutôt que la mort de la femme.

Deuxième exception au principe que les créanciers de la femme ne peuvent demander la séparation de biens. —

« Si le désordre des affaires du mari a éclaté, disent
« MM. Rodière et Pont, il ne serait pas juste que le
« silence de la femme pût nuire à ses créanciers ; aussi
« l'art. 1446 ajoute-t-il dans sa seconde partie : « Néan-
« moins 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. »
Dans ces circonstances, les ménagements seraient superflus, et le silence de la femme ne ferait que favoriser les créanciers du mari aux dépens de ses propres créanciers : c'est pourquoi le législateur permet à ceux-ci d'agir, la femme n'ayant plus aucun motif légitime pour les en empêcher.

La loi détermine exactement les caractères de la faillite, mais il est difficile de préciser à quel moment et sous quelles conditions il y a déconfiture du mari ; elle ne résulte pas nécessairement de telle ou telle situation, mais on peut dire que cet état se réalisera toutes les fois que la ruine du mari sera certaine et notoire. La cour d'Aix a jugé, par un arrêt du 12 mars 1822, dont le pourvoi a été rejeté, qu'un simple procès-verbal de carence ne suffisait pas pour établir la déconfiture et permettre aux créanciers de la femme d'exercer les droits que leur accorde l'art. 1446.

Il faudrait bien se garder de croire que les droits ainsi exercés par les créanciers de la femme se confondent avec la demande en séparation de biens; leur but est d'empêcher les créanciers du mari de se faire payer sur les biens de la femme en même temps que sur la fortune du mari qui est mise en liquidation. La femme a le droit de se faire colloquer pour le montant de sa dot, et c'est ce droit que les créanciers invoquent jusqu'à concurrence de leurs créances. — La séparation de biens n'étant pas prononcée, il s'en suit qu'ils ne sauraient être admis à faire opérer le partage de la communauté, leur droit se limite à la nue-propriété des reprises de la femme qu'ils peuvent exiger même sur les biens personnels du mari; quant aux revenus, ils appartiennent au chef de la communauté ou à ses créanciers. Toutefois, la femme réclame généralement la séparation de biens en cas de faillite de son mari; on a même proposé de simplifier, dans cette hypothèse les formes de la séparation de biens, afin de dégrever la faillite du mari des frais énormes de la procédure, mais le rapport présenté sur cette question le 24 février 1872, admis d'abord à la prise en considération, a été définitivement rejeté.

Reste une hypothèse non réglementée par le législateur, dans laquelle le caractère personnel de la demande en séparation de biens doit s'effacer : c'est le cas d'interdiction de la femme. Aux termes de l'art 506, le mari d'une femme interdite est de droit son tuteur, ce qui rend la séparation plus nécessaire si la fortune de la femme est en péril; or celle-ci est dans l'impossibilité absolue de manifester sa volonté, donc, pourrait-on dire, la séparation de biens ne peut pas être prononcée; mais qui ne voit que ce serait interpréter faussement la loi que de

ne pas faire cesser la mauvaise administration du mari, au moment où ce changement est le plus nécessaire. En conséquence, nous croyons que la Cour de Paris a bien jugé en décidant, par un arrêt rendu le 21 août 1811, que dans ces circonstances la séparation avait pu être demandée par le subrogé-tuteur de la femme interdite, sans qu'il eût au préalable obtenu l'autorisation du conseil de famille (448 c. — 883 proc.)

Supposons maintenant que la femme elle-même demande la séparation de biens, et voyons quelles sont les fins de non recevoir qui pourront lui être opposées. — Ayant échoué dans une première demande, elle veut la renouveler : l'exception de la chose jugée lui est-elle opposable ? — Oui, incontestablement si elle appuie sa nouvelle prétention sur les mêmes faits qui servaient de base à la première, l'art. 1351 est ici applicable. Mais il en est autrement si la femme allègue des faits survenus depuis le premier jugement, car il n'y a plus alors identité de cause; sans doute la nature du procès n'a pas changé : ce qu'on prétend, c'est enlever l'administration au mari, mais il diffère du premier en ce qu'il a pour base de nouvelles circonstances qui n'existaient pas au moment où la femme a été déboutée; il s'agit bien encore du péril de la dot, de l'insuffisance des biens du mari pour répondre des reprises, mais les faits constitutifs de cet état de choses ne sont plus les mêmes, « la véritable cause du procès a changé. »

Nous n'admettrions pas davantage le mari à se prévaloir de ce fait que la femme a quitté le domicile conjugal, pour repousser une demande en séparation de biens; le droit qu'a le mari de faire réintégrer à sa femme le domicile conjugal ne peut avoir aucune influence sur le droit

de la femme à formuler sa demande : chacun conserve donc ses prérogatives, et nous ne croyons pas qu'on puisse argumenter contre nous de l'art. 269, qui a trait à la séparation de corps.

Il en serait de même au cas où la femme aurait diverti ou recelé des objets dépendant de la communauté ; elle pourrait être condamnée à rapporter ces objets, mais nous ne pouvons voir là une fin de non-recevoir à sa demande en séparation, la loi n'ayant pas prononcé cette déchéance.

Enfin nous ne considérons pas comme une fin de non-recevoir opposable à la femme la renonciation qu'elle aurait faite au droit de poursuivre la séparation de biens ; en effet cette faculté, quoique personnelle à la femme, est aussi établie dans l'intérêt de la famille, et l'on peut dire qu'en ce sens elle touche à l'ordre public ; en pratique d'ailleurs, si le système opposé devait prévaloir, le mari et ses créanciers ne manqueraient pas d'employer tous les moyens en leur pouvoir pour arriver à cette renonciation, et rendre complètement vaine cette ressource si légitime et si nécessaire que la loi accorde contre la mauvaise administration du mari. Est-il besoin d'ajouter que nous ne refusons pas à la femme le droit de se désister d'une demande formée par elle ? Cette hypothèse diffère essentiellement de la précédente, car l'instance peut être rendue inutile par suite d'un changement dans les affaires du mari, ou par d'autres circonstances.

« La femme, dit Pothier, peut former contre son mari
« la demande en séparation de biens pour les mêmes
« causes pour lesquelles, par le droit romain, la femme
« pouvait demander durant le mariage la restitution de
« sa dot. »

L'art. 424 de la coutume de Bretagne, portait que les

époux sont communs en meubles et acquêts jusqu'à ce que le mari soit troué mal usant de ses biens.

Les femmes, dit l'art. 291 de la coutume de Tours, peuvent renoncer aux meubles et acquêts du vivant de leurs maris, si lesdits maris tournent à pauvreté.

Les dispositions de notre ancien droit ne faisaient que traduire les textes du droit romain déjà cités : L. 29 au Code, de *jure dotium* ; L. 24 D. *solutio matrimonii* ; L. 22, au même titre, et enfin la Novelle 97, chap. vi, dont un passage, *circo incohante male substantia uti*, prouve clairement que la loi romaine n'attendait pas la consommation de la ruine du mari pour autoriser la séparation de biens.

L'ancienne jurisprudence admettait également la séparation de biens dès que le mari tournait vers sa ruine, *cum maritus tergit ad inopiam* (Roussilhe, de la dot, N° 472. — Pothier, comm. N° 520.)

La dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (art. 1540). — Sous le régime de communauté, la dot comprend non-seulement les biens de la femme qui lui restent propres, et dont la jouissance appartient à la communauté, mais aussi les biens qui sont tombés en communauté ; elle ne les a mis en commun que pour les faire fructifier, afin de subvenir d'abord à l'entretien de la famille, et de partager plus tard les bénéfices de l'association conjugale ; aussi admettons-nous qu'elle peut demander la séparation de biens lorsque le mari compromet l'actif de la communauté, peut-être la seule ressource de la famille. Ce n'est pas que pour une opération malheureuse, pour un inventaire se soldant en pertes, le mari commerçant puisse être exposé à la séparation de biens, — mais nous distinguons parfaitement, disent MM. Rodière et Pont, des pertes

même très-fortes subies par le mari, quand il est en mesure de les supporter sans que son crédit soit atteint, d'un état de désordre dans ses affaires. » Si ce désordre est tel qu'il y ait lieu de craindre la perte complète de la fortune du mari, la séparation de biens s'offre à la femme qui veut assurer l'avenir de sa famille; autrement il faudrait dire que la loi n'accorde aucun secours à la femme dont la fortune, composée de meubles, est tombée dans la communauté, conséquence injustifiable que pros- crivaient formellement les anciennes coutumes, en n'au- torisant le mari à disposer des meubles de la communauté que jusqu'à ce qu'il *fût trouvé mal usant de ses biens*.

La dot comprend donc non-seulement les revenus et fruits des propres de la femme, mais encore les capitaux mobiliers tombant en communauté, soit qu'elle les ait apportés en se mariant, soit qu'elle les ait reçus depuis son mariage : il suffit qu'ils soient destinés aux besoins de la famille.

Sous le régime dotal, la dot ne comprend pas les paraphernaux puisque la femme s'en est réservé l'admi- nistration et la jouissance (1576), et que, par conséquent, elle ne les apporte pas au mari pour soutenir les charges du mariage. Elle ne pourra donc pas invoquer la sépara- tion de biens si elle n'a que des paraphernaux, et, en supposant que le mari ait touché ses revenus, elle ne peut agir que par l'action en paiement. Dans le cas où elle lui aurait laissé l'administration de ses biens, elle est libre de la lui enlever, en retirant les pouvoirs tacitement ou expressément concédés.

Après avoir vu ce qui constitue la dot, il nous reste à compléter nos observations sur les circonstances qui, la mettant en péril, permettent à la femme de demander la séparation de biens.

Le péril de la dot, qui résulte des dissipations ou de la mauvaise administration du mari, peut exister alors même que ses biens garantiraient suffisamment la restitution, s'il y a lieu de craindre qu'il ne devienne lui-même insolvable.

Quant aux caractères de la mauvaise administration, il est difficile de les déterminer exactement, mais on peut affirmer que la loi n'a pas voulu forcer la femme à attendre que sa dot fût tout-à-fait compromise, pour demander la séparation de biens; il suffit que l'administration de son mari lui inspire des craintes sérieuses et bien fondées.

Ce principe admis, peut-on dire qu'il y a péril de la dot lorsque le mari, la laissant intacte comme capital, en dissipe les revenus au lieu de les employer aux besoins du ménage? La jurisprudence et la doctrine ont consacré l'affirmative (Dalloz, 1847, 1, 140; 1850, 2, 16); cette opinion est conforme à cette idée que la dot se compose des fruits et revenus aussi bien que du capital; car il est essentiel sans doute que la restitution de ce capital soit assurée; mais, outre qu'il est naturel de compter sur son augmentation par le travail et l'économie des époux, la femme n'est-elle pas en droit de croire que les revenus serviront à lui assurer, ainsi qu'à sa famille, une existence convenable? et ne serait-il pas contradictoire d'admettre la séparation de biens quand le capital est légèrement entamé, tandis qu'on la refuserait au cas où les revenus seraient follement dépensés, le capital restant intact?

En consacrant cette opinion, la doctrine et la jurisprudence n'ont fait que suivre l'ancien droit; voici, en effet, ce que nous lisons dans la très-ancienne coutume de Bretagne (chap. 22): « Les meubles sont, par cous-

- tunc, au mary attribués, et en peut faire sa volonté,
- faisant providence advenante à sa femme durant le
- mariage entre eux, jusqu'à tant que le mari soit
- trouvé mal usant des choses. »

La femme est donc autorisée à prévenir la perte de sa dot, mais il faut qu'elle démontre le péril, soit par la dissipation du capital, soit par le détournement des revenus, soit en prouvant que les ressources du mari vont devenir insuffisantes pour le remboursement de ses reprises. Il ne faudrait donc pas faire de la femme un censeur de son mari; « elle n'a pas le droit de l'appeler
• en quelque sorte en jugement devant elle, et de le
• condamner s'il n'a pas été assez bon économe pour
• remplir la recette en entier. Ce serait dégrader, ce
• serait avilir l'état et le pouvoir des maris, ce serait les
• mettre en quelque sorte sous le joug de leurs femmes
• et les réduire à la simple qualité d'intendants ou de
• trésoriers de leurs biens, dont on les pourrait dépouiller
• si on n'était pas content de leur administration.

- La loi rougirait d'avoir donné un pareil empire à la
- femme, et l'on n'en trouve pas le moindre vestige dans
- les textes... (Cochin, t. 5, p. 142, plaidoyer pour le
- marquis du Pont de Chatel). »

Nous sommes moins absolu en ce sens que la femme peut, à notre avis, demander la séparation quand la dot a été l'objet de la moindre dissipation.

Par la même raison qu'elle dissout provisoirement la communauté, nous pensons que l'absence du mari autorise la femme non commune à demander la séparation de biens, lors même que le mari aurait laissé des biens suffisants pour répondre de la dot. Dès que le mari abandonne les charges du mariage, il nous paraît juste

de lui retirer ce que la femme n'avait apporté que pour les besoins de la famille. Mais cette solution ne s'applique que pour le cas où le mari est en faute, car s'il s'agissait par exemple, d'un mari fait prisonnier de guerre, la femme n'aurait qu'un droit, prendre l'administration provisoire et la restituer au mari à son retour.

La contumace du mari entraînant le séquestre de tous ses biens, il n'est pas juste que les biens de son conjoint soient aussi soumis au séquestre parce que le mari en avait l'administration et la jouissance ; les principes nous suffisent d'ailleurs pour décider qu'en pareil cas la femme peut demander la séparation. « En résumé, disent MM. Rodière et Pont, la séparation de biens peut être demandée : 1° toutes les fois que le mari administre mal, quand même sa solvabilité actuelle serait incontestable ; car la prépondérance accordée par la loi au mari dans l'union conjugale, relativement aux biens, est uniquement fondée sur cette présomption qu'il administrera mieux que n'administrerait la femme ; 2° toutes les fois que, sans aucune faute imputable au mari, les pertes éprouvées par ce dernier sont naitre, relativement à la conservation de la dot, des craintes qu'à l'époque du mariage on ne pouvait pas concevoir, et qui paraissent très-sérieuses.

CHAPITRE II.

Des formalités auxquelles les séparations de biens sont soumises.

La demande en séparation de biens devait être soumise à des règles spéciales, et portée à la connaissance des

tiers qu'elle intéresse à un double point de vue : elle est souvent un moyen frauduleux employé pour soustraire aux créanciers du mari une partie de son avoir, et de plus elle modifie la capacité et les pouvoirs des deux époux ; les créanciers du mari ont besoin de savoir que ce dernier est menacé d'un dessaisissement qui diminuera leurs sûretés. Il importait surtout que la loi donnât à la sentence une grande publicité.

Cette nécessité avait été comprise dans l'ancien droit : un arrêt du parlement de Rouen en date du 30 août 1555, prescrivait : 1^o que les lettres de séparation que la femme devait obtenir en chancellerie fussent publiées à haute voix dans les places et marchés ; 2^o que le mari et la femme remissent au procureur du roi l'indication des noms, prénoms et résidences de leurs créanciers, pour qu'ils fussent appelés en l'instance, afin de constater l'antériorité des lettres ; 3^o enfin, que les époux remissent au greffe un état détaillé de leurs meubles. Si les créanciers et le mari convenaient des faits de dissipation articulés par la femme, la séparation pouvait être valablement prononcée (Bérault, sur Normandie, art. 251 ; Denizart, v^o Séparation).

Les coutumes d'Orléans (art. 198), du Berry (titre 1, art. 48 et 49) et du Bourbonnais (art. 73), ordonnaient la publication dans les juridictions ordinaires ; celle de Dunois (art. 58) prescrivait la publication au prône de la messe paroissiale. Ces dispositions furent étendues aux commerçants par l'ordonnance du commerce de 1673, art. 2, tit. VIII, qui enjoignait de publier à l'audience de la juridiction consulaire ou dans les hôtels de ville les séparations prononcées contre des négociants.

Le législateur de 1804 s'est bien gardé d'abandonner

d'aussi sages mesures : il les a prescrites dans l'art. 1445 ; mais le conseil d'état, dans sa séance du 13 vendémiaire an XII (Loché, lég. civ., t. xiii, p. 199), décida que les autres formes de publicité seraient réglementées par le code de procédure civile ; aussi est-il essentiel de rapprocher le titre du code de procédure consacré à cette matière, des dispositions du code Napoléon.

Dans un premier paragraphe, nous exposerons les règles de la demande en séparation jusqu'au jugement, puis nous verrons, dans le second, celles qui concernent le jugement, sa publicité et le recours particulier auquel il peut donner lieu.

§ 1. — Des formalités de la demande en séparation jusqu'au jugement.

La demande en séparation de biens est loin de présenter les mêmes caractères que la demande en séparation de corps ; mais si les conséquences en sont moins graves, si les motifs allégués ne portent pas nécessairement atteinte à la considération du mari, il n'en est pas moins vrai que la femme articule souvent contre lui des faits de nature à jeter le trouble dans la famille ; car, pour ne parler que du résultat moral, outre que la demande peut rendre public le mauvais état des affaires du mari, qu'il importe de cacher, n'arrivera-t-il pas le plus souvent que le mari se montrera très-sensible à cette prétention de la femme, qui veut restreindre ses pouvoirs. Il importait donc de soumettre la femme à une règle telle, qu'elle conservât son entière liberté d'action, tout en se voyant forcé de recevoir des conseils aussi sages que désintéressés ; c'est dans ce but que la loi l'oblige à demander

une permission préalable au président qui lui présentera toutes les observations qu'il jugera convenables (865 proc.)

Les termes de l'art. 865 du Code de procédure ne permettent pas de douter qu'une demande en séparation de biens introduite directement par ajournement ne soit radicalement nulle; mais il est également incontestable que le président doit se borner à présenter ses observations, et qu'il soit obligé d'accorder son autorisation, si la femme persiste dans sa volonté malgré les avis du juge, dont l'appréciation peut être mal fondée; il eût été arbitraire de laisser au président le droit de trancher seul une question aussi importante; il suffit que la loi lui ait donné le droit d'user de son ascendant moral pour détourner la femme d'une poursuite qui lui paraît injuste ou imprudente.

Nous trouvons dans ce droit du président la condamnation d'une pratique assez répandue consistant en ce que la femme, au lieu de présenter elle-même sa requête, s'en remet de ce soin à son avoué, ce qui rend inutiles les observations du président; c'est là un abus fâcheux qui devrait cesser, au moins dans le cas où les moyens de la demande en séparation ne paraissent pas très-puissants. En droit, cet usage est contraire à l'esprit de la loi, et en pratique il pourrait arriver que telles observations de nature à arrêter la femme fussent inutiles, étant ainsi faites à l'avoué.

L'annulation d'une instance en séparation de biens entraîne-t-elle la nullité de l'autorisation que la femme avait obtenue du président du tribunal pour introduire cette instance? Nous le pensons; il peut s'écouler entre l'ordonnance et la nouvelle demande un laps de temps considérable pendant lequel les affaires du mari changeront de face; comment admettre d'ailleurs que la même

ordonnance puisse servir pour deux ou trois demandes en séparation de biens ? La Cour de Montpellier avait cependant consacré cette opinion, mais la Cour de Nîmes l'a repoussée dans un arrêt du 21 Mars 1848 (Dall. 1848 — 2-184.) Mais l'autorisation du président une fois obtenue, la femme n'est plus obligée de renouveler cette formalité pour donner à son action tous les développements qu'elle comporte, et attaquer le jugement par la voie de l'appel, de la requête civile ou du pourvoi en cassation.

La permission du président habilite complètement la femme, même mineure, à demander la séparation de biens, et le curateur ne lui est nécessaire, aux termes de l'art. 482, qu'autant qu'elle veut toucher le montant de ses reprises, après avoir obtenu la séparation. Dans ce cas, le curateur sera nommé par le conseil de famille, suivant la règle ordinaire.

Si le mari se refuse à fournir les aliments nécessaires, le président peut autoriser la femme à le citer à bref délai devant le tribunal pour exiger une provision alimentaire, ou pour le forcer à bailler les fonds nécessaires à la demande, si la femme n'en a pas les moyens et que l'avoué ne veuille pas en faire l'avance.

Il est presque superflu d'ajouter qu'une fois l'autorisation obtenue, la demande est formée par exploit d'ajournement sans préliminaire de conciliation (art. 40 proc. N° 7) : la formalité de l'autorisation préalable expliquerait déjà cette dérogation, mais elle se comprend mieux encore si l'on songe que la séparation ne peut résulter du consentement mutuel des époux.

Quoique la loi n'exige pas que la copie de l'ordonnance du président accompagne l'exploit d'ajournement, il est bon de la donner.

Le tribunal compétent est celui du domicile du mari ; la femme n'en a pas d'autre, et le mari étant défendeur au procès, on doit appliquer la règle : *actor sequitur forum rei*. Tout autre tribunal est incompétent, et alors même que le mari aurait accepté une autre juridiction, ses créanciers pourraient intervenir dans l'instance pour opposer le déclinatoire. Comment, en effet, permettrait-on à la femme de porter sa demande en séparation et de remplir les formes de publicité prescrites par la loi, devant un tribunal qui ne serait pas celui du mari ? Comment opposer à des créanciers qui n'auraient eu aucune connaissance de la demande, et qui n'auraient pu exercer leur droit d'intervention, la déchéance établie par l'art. 873 du code de proc. ? — On ne pourrait employer un meilleur moyen pour rendre inutile la publicité des demandes en séparation de biens, et tromper les créanciers les plus vigilants. — Il est évident que si une instance avait été poursuivie dans de telles conditions, les créanciers ne sauraient être déchus de leur droit de former la tierce opposition par l'expiration du délai d'un an que prescrit l'art. 873.

Les art. 866, 867 et 868 du Code de procédure indiquent les formes de publicité que l'avoué doit donner à la demande une fois formée ; il est bon d'expliquer en détail ces dispositions : « Le greffier du tribunal, porte l'art. 866, inscrira sans délai, dans un tableau placé à cet effet dans l'auditoire, un extrait de la demande en séparation, lequel contiendra : 1° la date de la demande ; 2° les noms, prénoms, profession et demeure des époux ; 3° le nom et demeure de l'avoué constitué, qui sera tenu de remettre à cet effet ledit extrait au greffier dans les trois jours de la demande. »

S'il n'existe pas dans le tribunal un cadre destiné à recevoir ces sortes de publications, l'avoué affichera la demande dans un endroit à ce destiné, mais non à la porte extérieure de l'auditoire, d'où il serait trop facile de l'enlever.

• Pareil extrait, continue l'art. 867, sera inséré dans
• les tableaux placés à cet effet dans l'auditoire du
• tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de
• première instance, et dans celles des notaires, le tout
• dans les lieux où il y en a : lesdites insertions seront
• certifiées par les greffiers et par les secrétaires des
• chambres. • Quoique la loi n'indique pas le délai dans lequel ces dernières insertions doivent être faites, on peut croire qu'il est le même pour celles-ci que pour les premières, à moins que le tribunal de commerce ne siège dans un autre lieu, auquel cas on ajouterait le délai supplémentaire des distances.

Il ne faut pas interpréter ces mots : *le tout dans les lieux où il y en a*, en ce sens que l'insertion au tribunal de commerce n'est pas indispensable lorsqu'il ne siège pas dans le même endroit que le tribunal civil, et que l'affichage dans la chambre des avoués et des notaires n'est pas absolument requis par la loi quand le domicile du mari ne se trouve pas au même lieu que ces chambres ; ce n'est pas là l'idée de la loi, et nous verrons à propos de l'art. 872 que ces insertions de l'art. 867 ne peuvent être omises que s'il y a impossibilité absolue, par exemple parce qu'il n'y aurait pas de tribunal de commerce dans le ressort, ou parce que la chambre des avoués et des notaires n'aurait aucun local destiné aux réunions.

Enfin l'art. 868 dit : • Le même extrait sera inséré,

• à la poursuite de la femme, dans l'un des journaux
• qui s'impriment dans le lieu où siège le tribunal; et,
• s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux établis dans le
• département, s'il y en a. » l'avoué agira prudemment
en faisant l'insertion dans le numéro du journal qui
suivra les trois jours de la demande.

Pour constater la remise qui leur est faite, les secrétaires et greffiers ne doivent pas faire de procès-verbaux, ils ne passeraient pas en taxe; l'avoué justifiera des affiches et des insertions en conservant un exemplaire sur lequel les secrétaires des chambres des avoués et des notaires, et les greffiers des tribunaux civils et de commerce auront accusé la réception d'un exemplaire semblable.

Nous voici arrivés à ce moment de la procédure où la demande en séparation de biens a été signifiée au mari, et publiée dans les formes légales; le procès va s'instruire suivant les règles ordinaires, sauf pourtant certaines modifications. En premier lieu, la loi veut que les créanciers du mari soient avertis de la demande, et qu'ils aient le temps d'en peser les motifs, pour intervenir, s'ils le jugent convenable; peut-être sont-ils absents ou éloignés, aussi l'art. 809 ordonne-t-il qu'il ne soit rendu aucun jugement avant l'expiration du délai d'un mois. Le tribunal ne peut commencer l'instruction avant que les créanciers ne soient en mesure de contredire aux prétentions de la femme, c'est pourquoi le délai d'un mois doit s'appliquer aux jugements préparatoires ou interlocutoires. Mais il ne s'étend pas aux actes conservatoires que la femme peut requérir et que le tribunal ordonne lorsqu'il les juge nécessaires; il est possible, par exemple, qu'il ordonne le versement de certaines sommes

la Caisse des Dépôts et Consignations, autorise des saisies-arrests, etc. Malgré l'avis opposé de quelques auteurs, nous croyons que la femme doit communiquer sa requête au mari et que ces mesures provisoires ne peuvent être exécutées sans que celui-ci en soit averti; et qu'on n'objecte pas que la nature de ces actes requiert célérité, cela ne suffit pas pour faire passer outre à ce principe élémentaire de procédure que nul jugement ne peut être rendu sur requête non communiquée, à moins d'une disposition contraire.

Nous ne pensons pas que le président du tribunal puisse faire apposer les scellés sur les effets mobiliers de la communauté, et nous repoussons par conséquent l'argument d'analogie qu'on veut tirer de l'art. 270 du code Napoléon, car si l'on peut argumenter ainsi et se servir d'une disposition relative au divorce, lorsqu'il s'agit de la séparation de corps, nous croyons qu'il en est tout autrement de la séparation de biens et qu'un simple argument tiré d'une analogie très-contestable ne suffit pas pour accorder au président du tribunal un droit dont les conséquences sont très-graves pour le mari.

C'est suivant le calendrier grégorien que le mois doit être compté, de quantième à quantième, et de telle sorte que le délai soit franc, c'est-à-dire qu'il faut y comprendre le terme *ad quem*, et que le jugement ne peut être rendu au plus tôt que le lendemain du dernier jour.

Le plus souvent la femme ne connaîtra pas les créanciers qui ont intérêt à être avertis, et comme il lui serait préjudiciable de prolonger le délai au delà d'une certaine mesure, l'intervalle d'un mois ne paraît pas susceptible d'augmentation à raison de la distance des lieux où les créanciers du mari ont leur domicile. Les créanciers qui

n'ont pas été avertis assez tôt conservent d'ailleurs le droit d'attaquer le jugement de séparation de biens prononcé ou même exécuté en fraude de leurs droits.

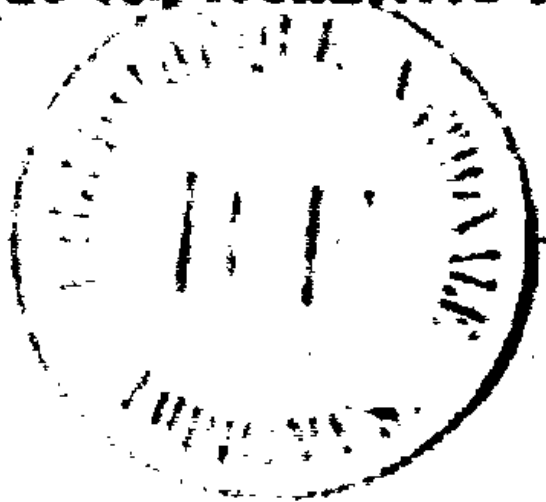
Les formalités prescrites pour la demande en séparation de biens doivent être accomplies sous peine de nullité aux termes de l'art 869 : cette peine serait-elle encourue si l'avoué n'avait pas fait la remise de l'extrait au greffe du tribunal civil dans les trois jours de la demande, comme l'exige l'art. 866 ? — Des auteurs soutiennent la négative en disant qu'omettre une formalité ou laisser s'écouler, avant de l'accomplir, le délai prescrit, sont deux négligences bien différentes quant à la gravité : autre chose est la formalité elle-même, autre chose le délai dans lequel elle doit être observée. — Mais nous croyons, avec les partisans de l'affirmative, qu'en imposant un délai pour l'accomplissement de certains actes de procédure, la loi considère cet acte comme incomplet si le délai n'est pas observé, c'est-à-dire qu'il fait corps avec la formalité elle-même : « Les formalités, dit Ferrière, « sont des conditions dont les actes doivent être revêtus « pour rendre un acte parfait ou une procédure régulière. » — Le doute disparaît d'ailleurs complètement en présence de l'art. 1445, car si l'effet de la séparation de biens remonte au jour de la demande, il importe que les tiers soient avertis le plus tôt possible de l'instance. On a bien proposé de faire rétroagir le jugement aux trois jours qui auraient précédé l'insertion, mais c'est ouvrir la voie à l'arbitraire, et il n'est pas permis de violer un texte aussi formel que l'art 869. La raison qui nous fait admettre cette opinion sur l'article 869 n'existant plus quant aux insertions dont parlent les art. 867 et 869, nous pensons qu'en ce qui les concerne le retard apporté

par l'avoué ne suffirait pas pour entraîner la nullité de la demande ; on n'étend pas les peines par analogie.

• La nullité ne pourra être opposée que par le mari ou par ses créanciers. • Cette mesure est très-juste, car la femme ne doit pas se prévaloir de la faute, peut-être volontaire, de son représentant. Dans l'ancien droit, on avertissait les créanciers du mari afin qu'ils pussent intervenir et contester la demande en séparation de biens ; le législateur moderne s'est aussi préoccupé de leurs intérêts ; l'art. 1447 du code civil pose le principe, et l'art. 871 du code de procédure complète cette disposition. Il porte que : • les créanciers du mari pourront, • jusqu'au jugement définitif, sommer l'avoué de la femme, • par acte d'avoué, de leur communiquer la demande en • séparation et les pièces justificatives, même intervenir • pour la conservation de leurs droits, sans préliminaires • de conciliation. • Cette intervention se fait par une requête d'avoué à avoué, et les créanciers deviennent ainsi, suivant l'expression de la cour de cassation, (Dall. 1835, I, 444) de véritables défendeurs appelés par la loi elle-même en déclaration de jugement commun. Ils peuvent intervenir en tout état de cause sans qu'on puisse les repousser en alléguant que l'affaire est en état, et M. Chauveau, sur Carré (question 2042) cite un grand nombre d'autorités pour établir que l'intervention est même recevable en appel. Les créanciers conditionnels ou à terme ont les mêmes droits que les créanciers purs et simples, mais tous doivent supporter les frais de leur action.

Par une interprétation trop étroite de la coutume d'Orléans (art. 198) on était arrivé, dans notre ancienne législation, à prescrire aux juges une enquête, afin de

déjouer les fraudes des époux qui se seraient concertés pour obtenir la séparation de biens; mais il suffit de lire la disposition qui servait de base à cet usage, pour le condamner: « Les séparations de biens d'entre homme et femme conjoints par mariage se doivent faire avec connaissance de cause, dit l'art. 108, et information préalable faite par les juges des lieux où demeureront ceux qui requerront lesdites séparations. » Pothier donnait déjà au mot *information* une plus large interprétation: « Ce terme *information*, dit-il, se prend pour enquête, et même, dans un sens encore plus large, pour toutes sortes de genres de preuves par lesquelles le juge puisse être informé et certifié de la vérité des faits qui donnent lieu à la séparation: car, comme nous le verrons ci-après, il n'est pas toujours nécessaire pour cela d'entendre des témoins, la preuve pouvant souvent s'en faire par des pièces beaucoup mieux que par des témoins. » Il arrive souvent, en effet, que les pièces produites par la femme sont suffisantes pour établir le mauvais état des affaires du mari, le péril de la dot, et par suite la nécessité d'une séparation. L'enquête n'est donc pas indispensable dans tous les cas, comme le prétendaient d'anciens auteurs, dont l'opinion, condamnée déjà par deux arrêts des parlements de Dijon et de Metz (3 Janvier 1670 et 7 Mai 1691) n'a pas été adoptée par notre code. — Cependant, en l'absence de contestation de la part des créanciers, l'aveu du mari ne suffit pas pour faire admettre la demande; l'art 870 décide au contraire « que l'aveu du mari ne fera pas preuve, lors même qu'il n'y aurait pas de créanciers. » Les juges ne peuvent se contenter de cet aveu pour prononcer la séparation, parce que les créanciers ne sont peut-être



pas tous avertis, et n'y en eût-il aucun, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est plus qu'un mot dès qu'on permet au mari d'abdiquer par un aveu les droits que la loi lui donne comme au chef de la communauté.

On a discuté sur le point de savoir si la demande en séparation de biens doit être communiquée au ministère public ; quelques auteurs ont répondu négativement à cette question, en se fondant sur l'absence d'une disposition expresse que la loi a bien pris le soin de formuler à propos de la séparation de corps (879 pr.) Il est facile de répondre à cet argument, car la disposition existe, et le législateur n'avait pas besoin de répéter ce qu'il avait exprimé en termes formels dans l'art. 834 du code de procédure : « Seront communiquées au ministère public, dit cet article, les causes des femmes non autorisées par leurs maris. » Ajoutons que le même article exige la communication des causes qui concernent l'ordre public, et que les demandes en séparation de biens sont dans ce cas ; ne sont-elles pas, en effet, une sorte d'exception au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Et ce principe n'est-il pas d'ordre public ? — Nous avons ainsi résolu du même coup la question de savoir si la nullité résultant du défaut de communication au ministère public est absolue ou relative.

§ II. — *Du jugement de séparation de biens, de sa publicité, de son exécution et des recours auxquels il est soumis.*

Dans l'ancien droit, le jugement qui prononçait la séparation de biens recevait une publicité non moins

grande que la demande : « Il faut, disait Lebrun, quelque chose qui divulgue la séparation, qui l'apprenne à tout le monde, sans quoi c'est un piège tendu au public. (Comm. Liv. III, chap. I, N° 10).

L'art. 198 de la coutume d'Orléans prescrivait « de publier la sentence en jugement, à jour ordinaire, le juge séant. »

En Normandie, l'arrêt de règlement du 30 août 1555, en Bourgogne l'art. 143 de l'ordonnance de 1629, qui y faisait loi, et les coutumes de Dunois et de Sedan donnaient à la sentence une certaine publicité; enfin, l'insinuation suppléait ces mesures dans la plupart des autres pays, car la sentence était paralysée aussi longtemps que cette formalité n'était pas remplie. La loi du 5 novembre 1790 ayant aboli l'insinuation, le législateur suivit la voie tracée par les coutumes et organisa dans les art. 1445 du Code civil et 872 du Code de procédure la publicité du jugement qui prononce la séparation de biens. Cette publicité a un double but : elle avertit les créanciers qui ne se seraient pas trouvés en mesure d'intervenir et qui ont intérêt à se pourvoir, en même temps qu'elle annonce aux tiers non créanciers la déchéance dont le mari a été frappé. L'art. 872 du Code de procédure civile complète l'article 1445 en donnant plus d'extension aux mesures de publicité. « Le jugement de séparation sera lu publiquement, dit cet article, 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 principale
• salle de la maison commune du domicile du mari.
• L'arrêt extrait sera inséré au tableau exposé en la
• chambre des avoués et des notaires, s'il y en a. 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'at-
• tendre l'expiration du susdit délai d'un an. Le tout
• sans préjudice des dispositions portées en l'art. 1445
• du Code civil. » En renvoyant à l'art. 1445 du Code
Napoléon, l'art. 872 du Code de procédure civile a eu en
vue la nullité édictée par cette disposition pour le cas où
l'exécution n'a pas été précédée des affiches voulues, en
même temps que la rétroactivité du jugement au jour de
la demande.

De graves difficultés se sont élevées au sujet de l'art. 872
du Code de procédure, et d'abord à propos de ces expres-
sions : *Au tribunal de commerce du lieu, s'il y en a.* Cela
veut-il dire que la lecture du jugement ne doit pas être faite
au tribunal de commerce lorsqu'il n'est pas au lieu du
domicile du mari ? ou bien ce membre de phrase signifie-
t-il que la lecture sera faite au tribunal de commerce
dans le ressort duquel le mari a son domicile ? En géné-
ral, les expressions *juge du lieu, tribunal du lieu*, dési-
gnent le juge du ressort, on peut s'en convaincre par la
lecture des articles 554 et 606 du Code de procédure, et
nous n'avons aucune raison de donner aux mêmes expres-
sions, employées dans l'art. 872, un sens différent et plus
restreint que celui qu'on leur donne dans les art. 554 et
606. L'intérêt que les tiers ont à connaître la séparation

de biens est absolument le même, soit que le mari ait son domicile au lieu des séances du tribunal, soit qu'il l'ait dans tout autre endroit; dans le second cas comme dans le premier, il importe beaucoup à ceux qui voudraient contracter avec lui de connaître le jugement qui l'a frappé. Quant à la lecture même qui doit être faite au tribunal de commerce, c'est à tort qu'on a voulu créer une procédure destinée à l'obtenir, il ne faut pas de procès-verbal, et le tribunal ne doit pas en donner acte, il suffit que le greffier certifie au bas du jugement, ou par une déclaration séparée, que la lecture prescrite par la loi a été faite.

Il ne paraît pas douteux que l'art. 872 ait complété l'art. 1445, et que l'insertion de l'extrait du jugement au tableau placé dans l'auditoire du tribunal de commerce doive avoir lieu, quoique le mari ne soit pas commerçant, c'est ce qui ressort des paroles du tribun Mouricault :

• Il a paru juste, dit-il dans son rapport, de rendre
• générales les formalités qui ne s'observaient que pour
• les séparations des femmes des commerçants. »

Quelques auteurs hésitent à admettre que cette formalité soit prescrite à peine de nullité : sans doute les nullités ne peuvent être suppléées, mais l'intention du législateur se révèle dans les paroles du tribun Mouricault : elles nous autorisent à affirmer que la loi exige la formalité dont il s'agit avec la même rigueur, que le mari soit ou non commerçant. En défendant d'ailleurs à la femme de commencer l'exécution du jugement avant que les formalités prescrites aient été remplies, le législateur semble bien avoir frappé de nullité ce commencement d'exécution effectué avant les formalités. Ces arguments sont encore appuyés par l'observation suivante : le législateur a placé

sur la même ligne les deux publications à faire, l'une au tribunal de commerce, et l'autre au tribunal civil ; il les a donc considérées comme également essentielles, et les derniers mots de l'article ne laissent aucun doute, puisqu'il s'approprie la sanction de l'art. 1445 par ces expressions : « Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'art. 1445 du Code civil. »

La difficulté soulevée par rapport à la lecture du jugement au tribunal de commerce, s'est renouvelée au sujet de l'affiche de ce jugement dans l'auditoire du même tribunal. La loi dit en effet : « et s'il n'y a pas de tribunal » de commerce, l'affiche sera posée dans la principale » salle de la maison commune du domicile du mari. » On se demande s'il faut recourir à ce dernier moyen de publicité lorsque le tribunal de commerce ne siège pas dans la commune même où le mari est domicilié, ou seulement lorsque le tribunal civil fait les fonctions du tribunal de commerce, parce que cette juridiction particulière n'existe pas dans l'arrondissement. — Nous sommes porté à croire que la loi a envisagé ce dernier cas : et d'abord remarquons la bizarrerie d'un système qui imposerait la lecture du jugement de séparation à l'audience du tribunal de commerce, et qui négligerait une mesure de publicité bien plus efficace, l'affiche du jugement dans l'auditoire du même tribunal ; il est certain d'ailleurs que l'art. 1445 prescrivait cette formalité, lorsque le mari était commerçant, toutes les fois qu'elle était possible, c'est-à-dire lorsqu'il y avait dans le ressort un tribunal de commerce, or l'art. 872 a eu pour but d'augmenter la publicité, et non de la restreindre, et ce serait la restreindre que d'afficher le jugement au domicile du mari, fût-ce même à la maison commune, plutôt que dans l'auditoire du tribunal de commerce. Enfin s'il est incon-

testable que ces mots, *tribunal de première instance du domicile du mari*, désignent le tribunal civil dans le ressort duquel le mari est domicilié, il est également incontestable que ces mots, *tribunal de commerce du domicile du mari*, compris dans la même disposition, ont une signification identique. Le sens que nous donnons à l'art. 872 ressort plus clairement encore si l'on se reporte aux art. 901 et 903 relatifs à la cession de biens, avec lesquels l'art. 872 a la plus grande analogie.

Cependant, ajoutent MM. Rodière et l'ont, il est plus sûr de faire faire l'affiche à la fois au tribunal de commerce dans le ressort duquel le mari a son domicile, et à la mairie du lieu où il est domicilié.

Enfin, une question s'est élevée à propos de l'insertion de l'extrait au tableau exposé dans la chambre des avoués et des notaires; l'art. 872 ajoute, *s'il y en a*, et ce sont ces mots qui ont encore donné lieu à la controverse. — Il doit y avoir au chef-lieu judiciaire de chaque arrondissement une chambre des avoués et des notaires, et l'on se demande si l'insertion dont il s'agit se fera dans tous les cas, ou si elle ne doit avoir lieu que dans le cas où le domicile du mari se trouve au chef-lieu judiciaire, les mots *s'il y en a* ne viseraient alors que l'hypothèse très-rare où les chambres des avoués et des notaires n'auraient pas de local fixe pour se réunir. Remarquons d'abord que M. Chauveau sur Carré est inconséquent en admettant que l'affiche doit être apposée au tribunal de commerce qui ne se trouve pas au domicile du mari, tandis qu'il repousse ici l'insertion de l'extrait lorsqu'il n'y a pas de chambre des avoués et des notaires au même domicile; nous aimons mieux croire que les mots *s'il y en a* se réfèrent au cas particulier où l'arrêté du 2 nivose de l'an 12, art. 16, n'aurait pas été observé, c'est-à-dire

à l'hypothèse où la chambre des avoués et des notaires n'aurait pas de local fixe pour se réunir. Il arrive souvent, en effet, que certaines dispositions réglementaires ne sont pas observées, et dans tous les cas il vaudrait mieux prendre pour une inadvertance de langage les mots qui sont l'objet de cette controverse que de les interpréter dans le sens de M. Chauveau, car il fait commettre au législateur une inconséquence incroyable que rien ne justifie, puisque, en fait, l'avoué qui aura poursuivi la séparation de biens répondra facilement au vœu de la loi en faisant placer l'extrait du jugement dans la chambre des avoués et des notaires. La question ne nous paraît plus douteuse depuis la décision du garde-des-sceaux du 16 juillet 1823, citée par Dalloz (Dict. V^e notaire, N^o 293), et dans laquelle il est dit, conformément à l'opinion que nous venons de développer, que les contrats de mariage des époux dont l'un est commerçant doivent toujours être affichés par extrait aux chambres des avoués et des notaires, bien que l'art. 67 du code de commerce, qui prescrit cette affiche, renvoie simplement à l'art. 872 du code de procédure.

Quand le mari a changé de domicile depuis la demande en séparation, il convient de faire la lecture du jugement et de poser les affiches tant dans le lieu où la séparation a été prononcée qu'au nouveau domicile du mari, quoiqu'il suffise rigoureusement de remplir ces formalités dans le lieu où siège le tribunal qui a prononcé la séparation; la loi n'exige rien de plus, et il est de principe que les procédures doivent être menées à fin devant le tribunal où elles ont été régulièrement commencées quels que soient les changements survenus dans la position des parties. On peut d'ailleurs, pour le prouver,

tirer un argument d'analogie des art. 874 du code de pr. d'après lequel la renonciation de la femme à la communauté doit se faire au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation, et 92 du tarif qui passe un droit à l'avoué pour faire insérer l'extrait du jugement dans les tableaux où a été inséré l'extrait de la demande. Malgré l'intérêt qu'ils ont à connaître le jugement de séparation, les tiers ne seraient pas fondés à se plaindre de ce que ces formalités n'auraient pas été remplies au nouveau domicile du mari, car le fait de n'avoir pas connu, avant de contracter avec lui, l'incapacité dont il venait d'être frappé, constitue de leur part une faute, puisqu'ils pouvaient prendre des renseignements à son ancien domicile. — L'art. 92 du tarif, que nous venons de citer, prouve que l'avoué doit faire insérer dans un journal l'extrait du jugement comme celui de la demande, mais il semble bien que l'omission de cette formalité ne saurait être une cause de nullité (Dall. 1834. — 2. 33), car cette insertion n'est pas prescrite par la loi ; de sorte que l'avoué en la négligeant ne s'expose qu'à perdre les frais de vacation accordés par l'art. 92 pour l'insertion du jugement dans les tableaux désignés et dans un journal.

- Toutefois dans l'usage, dit M. Dutruc, on fait avec
- raison l'insertion de l'extrait dans le même journal où
- a été inséré l'extrait de la demande. Le tarif a voulu
- réparer un oubli du code de procédure. La publicité
- du jugement n'est-elle pas encore plus nécessaire que
- celle de la demande en séparation ? »

Quoique le législateur, en ordonnant de remplir les formalités de l'art. 872 dans l'arrondissement du domicile du mari, n'ait parlé que du jugement, il faudrait en dire autant de l'arrêt qui prononcerait la séparation, c'est-à-dire que les formes de publicité prescrites devraient être

observées, non pas au lieu où siège la cour, mais dans l'arrondissement du tribunal qui aurait rejeté la demande, parce que c'est là surtout que se trouvent les personnes qui ont intérêt à connaître le changement opéré dans la capacité des époux.

Lorsque le jugement qui prononçait la séparation de biens a été confirmé sur l'appel interjeté par le mari, l'arrêt confirmatif devra-t-il recevoir la même publicité que le jugement ? Nous ne le croyons pas ; les tiers ont été suffisamment avertis par la première publication, et leur situation vis-à-vis du mari n'est nullement changée par l'appel, car il est naturel qu'ils continuent de le considérer comme séparé de biens, d'autant plus qu'ils ignoreront le plus souvent qu'il a interjeté appel. Le mari saura bien se prévaloir de l'arrêt s'il est infirmatif.

Le jugement ou l'arrêt, accompagné des formalités prescrites par l'art. 872, ne suffit pas pour opérer définitivement la séparation de biens ; il faut que la décision du tribunal ou de la Cour soit exécutée dans un délai très-bref que l'art. 1444 du Code Napoléon fixe en ces termes : « La séparation de biens, quoique prononcée en justice, est nulle si elle n'a point 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 au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis. » La loi craint que la demande en séparation n'ait pas été sérieuse, et que son but soit moins d'assurer la conservation de la dot que de frustrer les créanciers du mari. — L'ancienne jurisprudence avait prévu cette fraude, aussi regardait-elle les séparations de biens comme peu favorables, ce qui faisait

dire à Bourjon « qu'elles sont presque toujours des
• épouvantails dont les débiteurs injustes se servent pour
• écarter leurs créanciers et mettre leurs meubles à
• couvert de la poursuite de ces derniers. »

D'après les coutumes de Paris et d'Orléans (art. 224 et 108) et les arrêtés de Lamoignon, la séparation de biens dûment publiée devait en outre être exécutée *sans fraude*, autrement elle ne produisait aucun effet, et quoique aucun délai ne fût prescrit, il ne faudrait pas en conclure qu'on eût trente ans pour donner suite au jugement : « Exécutée sans fraude, dit Pothier, c'est-à-dire
• qu'il faut qu'en exécution de la sentence de séparation,
• le mari ait restitué à sa femme sa dot, ou du moins
• qu'elle ait fait des poursuites pour se la faire rendre,
• et qu'elle ne les ait pas abandonnées. » (N° 518, comm.)
Il ressort bien de ce passage que le jugement devait recevoir son exécution, à peine de nullité, dans un délai raisonnable, et tel que la femme ne pût être présumée avoir renoncé au bénéfice de la séparation.

L'art. 1444 porte que le jugement doit être exécuté dans la quinzaine de sa prononciation; cette disposition est rigoureuse, mais la loi a voulu empêcher, autant que possible, les séparations frauduleuses.

Mentionnons en passant une opinion que la doctrine et la jurisprudence ont énergiquement repoussée (Dall. 1819, 1. 110 et 146) : des auteurs prétendaient que l'art. 872 du Code de procédure civile, dérogeant à l'art. 1444 du Code Napoléon, étendait à une année le délai de quinzaine prescrit par ce dernier article. — Sans nous arrêter à la combinaison des textes, notons seulement que la section du tribunal avait fait observer au conseil d'Etat, lors de la discussion relative à

l'art. 872, qu'il convenait d'empêcher qu'on ne pensât que la femme dût attendre la fin de l'année pour commencer l'exécution; de là les derniers mots de l'art. 872 (Loché. T. iv, p. 107).

Ce délai de quinzaine commence à courir du jour de la prononciation, et non du jour de la signification du jugement. Il ne doit pas être permis à la femme d'ajourner indéfiniment les poursuites en retardant à son gré la signification. Ce délai doit être augmenté à raison de la distance quand le domicile du mari est situé à plus de cinq myriamètres du lieu où le jugement a été rendu (loi du 3 mai 1862 modificative de l'art. 1033 du Code de procédure). Il est évident que le législateur n'a pas voulu prononcer une d'échéance à laquelle il serait absolument impossible échapper en certains cas. L'exécution commencée le seizième jour serait faite trop tard, et l'art. 1033 du Code de procédure ne peut s'appliquer ici, car l'art. 1444 du Code civil exige que l'exécution ait lieu dans la quinzaine. La femme mariée sous le régime de la communauté doit également commencer l'exécution dans la quinzaine, sans attendre les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer. — Pour que la règle de l'art. 1444 soit efficace, il faut admettre que l'art. 155 du Code de procédure est inapplicable à la séparation de biens, et que l'exécution doit se faire dans la quinzaine quand le jugement est par défaut tout aussi bien qu'au cas où il est contradictoire; autrement il faudrait dire que la femme a la faculté de prolonger à son gré le délai de quinzaine dans lequel l'exécution doit avoir lieu, en ne faisant pas signifier le jugement, puisque aux termes de l'art. 155 proc., les jugements par défaut ne peuvent pas être

exécutés avant l'expiration du délai de huitaine, à compter de leur signification à avoué ou à partie.

Lorsque la séparation de biens est une conséquence de la séparation de corps, le retard apporté par la femme à faire exécuter le jugement ne saurait être une cause de nullité; car en pareil cas la collusion au préjudice des tiers n'est pas présumable; ce n'est pas l'intérêt pécuniaire qui a été le mobile de la femme dans l'action qu'elle a exercée.

Si les séparations volontaires sont prohibées, il n'en est pas de même de l'exécution amiable qui suit le jugement de séparation, pourvu qu'elle réunisse d'ailleurs les conditions prescrites par l'art 1444, c'est-à-dire que le paiement des droits et reprises de la femme soit réel et effectué par acte authentique jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement et non interrompues depuis. « Bien loin de proscrire l'exécution volontaire, dit M. Dutruc, la loi l'autorise formellement par l'art. 1595 du code Napoléon, qui fait exception à la nullité des ventes entre époux, dans le cas où le mari cède des biens à sa femme, « parés judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits. En effet, lorsque la séparation de biens a été régulièrement prononcée, l'exécution que le mari en fait volontairement n'a rien de suspect par elle-même: le mari obéit à la justice. Il faut se garder de confondre l'exécution spontanée d'une séparation prononcée par les tribunaux avec la séparation qui serait le résultat d'un concert entre les époux. » Ni la promesse d'exécution, ni l'acte sous seing privé même enregistré ne sont suffisants; mais il n'est pas interdit de faire une

exécution amiable sur un point, pourvu que la femme commence en temps utile des poursuites pour le surplus. Aucune considération ne saurait autoriser la violation d'une prescription positive du législateur, surtout dans une matière où la mauvaise foi est toujours à craindre.

Et qu'on ne dise pas que la femme est dans l'impossibilité d'obtenir l'acte authentique, on ne voit pas pourquoi le mari lui accorderait plutôt un acte sous seing privé, et du reste elle ne reculera pas devant les poursuites nécessaires, si ce n'est pas de concert avec son mari et dans une intention frauduleuse qu'elle a demandé la séparation de biens.

La cour de Bordeaux, par un arrêt du 21 Mars 1857, a décidé que la liquidation volontaire des reprises de la femme faite dans la quinzaine du jugement ne constitue pas un commencement d'exécution suffisant : MM. Rodière et Pont admettent bien cette opinion lorsque la liquidation peut être facilement faite parce que le chiffre de la dot et des reprises est certain, mais ils pensent que ce commencement d'exécution serait suffisant si la liquidation présentait des difficultés sérieuses. Ils argumentent de l'art. 551 qui défend de procéder à aucune saisie, si ce n'est pour des choses liquides ; et ils ajoutent que la femme, en provoquant la liquidation, a fait tout ce qu'elle pouvait faire, sauf à elle de ne pas interrompre les poursuites. Quelles sont donc les poursuites qui doivent être dirigées par la femme contre son mari, dans la quinzaine de la prononciation du jugement, à défaut de paiement réel de ses droits et reprises effectué par acte authentique ? La loi ne répond pas explicitement à cette question, mais l'esprit de défiance qui a dicté l'art. 1444 doit nous faire considérer la signification du jugement

avec sommation de s'y conformer comme n'étant pas un commencement de poursuites; ce n'est là qu'un acte préparatoire à l'exécution, qui ne montre pas suffisamment que la dot était en péril entre les mains du mari. Cependant, lorsqu'il résulte des circonstances que tout autre acte serait sans utilité, nous admettons que la signification du jugement suffit, pourvu qu'elle soit accompagnée d'un commandement, par exemple si le mari est en état de faillite, ou bien si au moment de diriger des poursuites la femme trouve les meubles et les immeubles de son mari déjà frappés de saisie. En pareil cas, il n'est pas permis de douter que la femme ait poursuivi sérieusement l'exécution du jugement, lorsqu'après l'avoir signifié et avoir fait commandement, elle produit à la faillite ou à l'ordre ouvert entre les créanciers du mari. Si le mari ne possède rien, ces poursuites seront parfaitement suppléées par un procès-verbal de carence fait dans les délais voulus au domicile du mari.

Les poursuites commencées dans la quinzaine de la prononciation du jugement ne suffisent pas, il faut qu'elles ne soient pas interrompues, autrement on ne saurait les regarder comme sérieuses; mais il est impossible de déterminer exactement les actes d'interruption, c'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier; toutefois il paraît certain qu'un intervalle de trois ans devrait, dans tous les cas, être considéré comme un abandon des poursuites, puisque la loi n'exige pas un plus long délai pour la péremption des instances ordinaires. Il n'y a pas interruption lorsque l'inaction de la femme est forcée, soit par suite des nécessités de la procédure, soit parce que les frais nécessaires pour mener les poursuites à fin doivent épuiser l'actif du mari et ne

rien rapporter à la femme. Observons d'ailleurs que le jugement de séparation doit être annulé toutes les fois que, indépendamment de l'intention frauduleuse, l'interruption des poursuites fait présumer de la part de la femme une renonciation au bénéfice de ce jugement.

La nullité édictée par l'art. 1444, frappe non-seulement le jugement de séparation, mais aussi la demande, qui doit être considérée comme non avenue, et qui ne pourrait, par conséquent, servir de base à un nouveau jugement.

Qui peut opposer la nullité résultant du défaut d'exécution dans la quinzaine ? — On ne peut douter qu'elle puisse être opposée par les créanciers du mari, car la séparation irrégulière est faite en fraude de leurs droits. Mais s'agit-il de tous les créanciers du mari indistinctement, et ceux qui ont traité avec le mari postérieurement à la séparation, ont-ils les mêmes droits que ceux qui étaient déjà créanciers au jour du jugement ? — MM. Rodière et Pont placent tous les créanciers sur la même ligne ; M. Bioche avec M. Pigeau reconnaît aux créanciers du mari postérieurs à la séparation, le droit d'invoquer la nullité de cette séparation quand elle n'a pas été publiée ; mais il ne faut pas confondre la nullité résultant du défaut de publication avec celle qu'entraîne le défaut d'exécution dans la quinzaine : M. Pigeau adopte dans cette question une opinion contraire à celle de MM. Rodière et Pont : « Quant à ceux, dit-il, qui ne sont devenus créanciers du mari que depuis l'acte d'exécution frauduleuse, ils ne pourraient l'attaquer en leur nom personnel, il n'est point fait en fraude de leurs droits, puisque ces droits n'existaient pas encore. » Les créanciers antérieurs qui auraient concouru aux actes d'exécution tardive ne seraient pas

recevables à se prévaloir de la nullité : *volenti non fit injuria*.

Nous avons maintenant à rechercher si la nullité résultant du défaut d'exécution peut être opposée par les époux, soit l'un à l'autre, soit aux tiers qui ont contracté avec l'un d'eux. La séparation de biens non exécutée était nulle dans l'ancienne jurisprudence, aussi bien entre les époux qu'à l'égard des tiers. Nous croyons que cette opinion doit encore être admise aujourd'hui, en présence des termes formels de l'art. 1444 : la loi, en effet, ne distingue pas, et d'ailleurs le mari n'est pas obligé d'invoquer, pour triompher, sa propre collusion ; il alléguera que sa femme s'est repentie, et alors même que la séparation aurait été préparée frauduleusement par les époux, ils ne peuvent invoquer ni l'un ni l'autre, pour répondre à celui qui invoque la nullité et faire valoir le jugement, une faute qui leur est commune. « Quant à la femme, la question est délicate, disent MM. Aubry et Rau : on peut dire que la femme ne doit pas être admise à se prévaloir de sa propre négligence pour demander la nullité de la séparation, et c'est d'après cette considération que dans nos deux premières éditions nous lui avons refusé le droit de l'invoquer. — Mais après nouvel examen de la question, nous avons reconnu que cette considération n'est pas décisive. Il serait peu rationnel, tout en accordant au mari la faculté de faire valoir la nullité de la séparation, de dénier à la femme cette même faculté. Par cela même que le mari n'a pas volontairement exécuté le jugement de séparation, dont la femme a, de son côté, négligé de poursuivre l'exécution, on doit considérer les deux époux comme ayant respectivement renoncé l'un à l'égard

» de l'autre aux effets de ce jugement. En second lieu, il
» serait difficile d'assigner à la nullité prononcée par
» l'art. 1444 d'autres motifs que le défaut de sincérité
» ou de nécessité réelle de la séparation de biens qui n'a
» pas été suivie d'une exécution immédiate. La loi
» présume qu'une pareille séparation a été concertée
» entre les époux, pour parer à des embarras momen-
» tanés ; et à ce point de vue encore la position de la
» femme doit être la même que celle du mari, d'autant
» plus qu'elle n'agit le plus souvent que sous l'inspiration
» et la direction de ce dernier.

Cette nullité peut être invoquée pendant trente ans, mais elle serait couverte par la renonciation expresse ou tacite de ceux qui ont intérêt à la proposer. Ainsi, le mari ne pourrait plus s'en prévaloir s'il avait laissé exécuter le jugement après le délai de quinzaine, ou s'il avait attribué ou reconnu à son épouse la qualité de femme séparée de biens. Il en serait de même à l'égard de la femme qui aurait exécuté après les délais ou qui aurait administré son patrimoine comme une femme séparée de biens. La nullité serait aussi couverte vis-à-vis des créanciers du mari qui auraient concouru aux actes d'exécution tardive du jugement de séparation.

La nullité de la séparation résultant de l'inexécution dans les délais peut-elle être opposée par les époux aux tiers qui auraient contracté de bonne foi avec le mari ou avec la femme en vue d'une séparation qu'ils croyaient sincère ? Pour soutenir l'affirmative on prétend que les tiers auraient dû se faire représenter l'acte constatant l'exécution ou les poursuites. — La négative nous paraît préférable, car il est de principe que *nemini fraus sua patrocinarī debet* ; or en ne donnant pas suite au

jugement de séparation de biens, les époux agissent frauduleusement, qu'ils se soient entendus pour demander la séparation, ou que leurs intentions soient simplement changées depuis le jugement, leur inaction est blâmable, et dans le second cas, ils devraient remplir les formalités de l'art. 1451 pour avertir les tiers qu'ils renoncent au bénéfice du jugement de séparation.

L'avoué est responsable des suites de l'inexécution du jugement dans la quinzaine, car il peut se faire que la femme ne connaisse pas le jour où la séparation a été prononcée, et il est bien naturel de penser qu'elle s'en est remise à son mandataire du soin de remplir toutes les conditions prescrites par la loi. Mais l'avoué serait complètement déchargé de toute responsabilité s'il prouvait qu'il a remis les pièces à la femme, ou du moins qu'il a offert de les lui remettre contre remboursement des frais.

Le mari a pour attaquer le jugement de séparation de biens, toutes les voies de recours que la loi donne à la partie qui a succombé, ses créanciers jouissent des mêmes prérogatives, et de plus l'art. 1447 dispose qu'ils peuvent « se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits. » Interprété strictement et en l'absence d'autre disposition, ce texte permettrait aux créanciers du mari d'attaquer le jugement à toute époque, c'est-à-dire pendant trente ans; mais ce serait un droit trop exorbitant, aussi l'art. 873 du code de procédure y apporte-t-il une juste limitation. « Si les formalités prescrites au présent titre ont été observées, les créanciers du mari ne sont plus reçus, après l'expiration du délai dont il s'agit dans l'article précédent, à se pourvoir par tierce opposition contre le jugement de séparation. » On peut sans

injustice, présumer qu'après ce délai tous les créanciers du mari indistinctement auront eu connaissance du jugement, et dès lors ils sont en faute d'avoir laissé s'écouler l'année pendant laquelle ils pouvaient attaquer la séparation. Ils ne pourraient plus le faire même en prouvant que le jugement a été obtenu au moyen d'une entente frauduleuse des époux, à moins que la fraude n'ait eu pour but de tromper leur vigilance, par exemple en portant la demande devant un tribunal autre que celui du domicile du mari ; mais alors la nullité serait prononcée pour inexécution des formalités prescrites.

Les termes mêmes de l'art. 873 prouvent qu'il est inapplicable dans ce dernier cas, et que les créanciers ne sont pas déchus de leur droit même après l'année qui suit le jugement ; mais quel est le délai pendant lequel ils peuvent agir ? Quelle est la voie de recours qui leur est ouverte ? Sont-ils obligés de se pourvoir par la tierce opposition ? Ces questions ne peuvent être résolues qu'au moyen d'une distinction : l'inobservation des formalités porte-t-elle sur des actes postérieurs au jugement, c'est-à-dire le jugement n'a-t-il pas été publié selon les formes prescrites par l'art. 872 du Code de procédure, ou bien n'a-t-il pas été exécuté utilement aux termes de l'art. 1444 du Code Napoléon ? La combinaison de ces deux articles ne laisse aucun doute : la nullité s'est opérée de plein droit, et le jugement est censé n'avoir jamais existé ; la présomption que la demande n'a pas été sérieuse s'impose, si bien que les créanciers du mari sont autorisés à invoquer cette nullité et à prétendre qu'il n'y a pas de séparation, non-seulement pendant trente ans, mais même après, et sans avoir besoin de recourir à la tierce opposition, qui est un moyen d'attaque contre les jugements qui subsistent (Dall. 1843 — 1-174.)

Mais l'inobservation porte-t-elle au contraire sur quelque formalité antérieure au jugement, la sentence est parfaitement valable, et les créanciers du mari ne peuvent l'attaquer que par la tierce opposition : or, toutes les actions s'éteignant par le laps de trente ans, ce délai écoulé, les créanciers ne seraient plus recevables à intenter la tierce opposition.

Quand toutes les conditions de régularité de la procédure, de publicité et d'exécution du jugement ont été remplies, il est juste que les créanciers se hâtent de formuler leurs griefs, et qu'ils ne puissent mettre en question, après plusieurs années, une séparation de biens consommée régulièrement ; le système de publicité édicté par la loi et l'autorisation qui leur est accordée par l'art. 1447 d'intervenir dans l'instance, justifient complètement la limitation apportée à leur droit par l'art. 873 du Code de procédure.

Que faut-il décider dans le cas où, toutes les formalités ayant été observées, le jugement de séparation contient en même temps la liquidation des reprises de la femme. les créanciers du mari peuvent-ils après l'année se pourvoir encore par tierce opposition contre le chef relatif à la liquidation des reprises ? — La cour de cassation avait d'abord admis la négative (Dall. 1816. — 1. — 82) ; mais elle est revenue sur cette décision, et avec raison. En effet l'art. 873 ne déclare les créanciers déchus que *relativement au jugement de séparation* ; or, en tenant compte de ce principe que *les déchéances sont de droit étroit*, il est impossible de ne pas limiter ces expressions *le jugement de séparation* au cas prévu par le législateur, *c'est-à-dire au jugement qui déclare les époux séparés*. On le comprendra mieux encore si l'on songe qu'il peut se

faire que la nécessité d'attaquer la liquidation apparaisse seulement après l'année qui suit le jugement, par exemple dans le cas où l'ordre n'aurait pas été ouvert avant cette époque sur les biens du mari.

• A plus forte raison, disent MM. Rodière et Pont, si la liquidation des reprises n'a été faite qu'après le jugement de séparation, les créanciers sont-ils admissibles sans difficulté à former tierce opposition à cette liquidation, quoiqu'elle ait été faite depuis plus d'une année : ils peuvent, d'après ce que nous avons dit dans le numéro précédent, la quereller pendant trente ans. »

L'art. 1444 est inapplicable à la séparation de biens résultant de la séparation de corps, et la cour de Bordeaux, dans un arrêt rendu le 4 février 1811, a très-bien jugé en décidant que le jugement de séparation de corps ne laisse pas de produire ses effets relativement à la séparation de biens, quoiqu'il n'ait pas été exécuté en ce dernier point dans la quinzaine de sa prononciation.

Mais, quant aux mesures de publicité, l'art. 880 dispose qu'elles seront les mêmes pour la séparation de corps que pour la séparation de biens. • Extrait du jugement qui prononcera la séparation de corps sera inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres des avoués et notaires, ainsi qu'il est dit art. 872. »

La Cour de cassation décide que si l'on n'a pas satisfait aux prescriptions de l'art. 880, le jugement de séparation de corps est de plein droit sans effet vis-à-vis des tiers ; cette décision est critiquée par MM. Rodière et Pont comme constituant une grave erreur. Comparant la séparation de corps avec la séparation de biens, ils constatent entre elles une énorme différence : d'un côté la séparation de biens

est souvent concertée entre les époux dans une intention frauduleuse, et comme elle n'amène entre eux aucun changement apparent, les tiers l'ignoreront le plus souvent si la loi n'avait pris soin de prescrire une publicité spéciale. Mais il en est tout autrement des demandes en séparation de corps; il est rare qu'elles ne brisent pas, dès l'ouverture de l'instance, l'unité de la vie conjugale, puisque le plus souvent la femme est autorisée à se retirer du domicile de son mari; or il est évident que cet état de choses contribue à la publicité au moins autant que les affiches et insertions dont parle l'art. 872. MM. Rodière et Pont approuvent d'ailleurs le législateur d'avoir multiplié les précautions en édictant l'art. 880, mais ils prétendent que les tiers sont suffisamment fixés sur la position des époux avant toute publication du jugement, et qu'en conséquence l'omission de cette formalité ne doit donner lieu qu'à une action en dommages intérêts contre l'avoué chargé de la procédure, encore cette action ne serait-elle admise que si le dommage souffert était la conséquence du défaut de publicité.

La loi, dans l'art. 874, désigne le lieu où la femme séparée qui était mariée sous le régime de communauté doit faire sa renonciation, sans distinguer si le mari a conservé ou non son domicile. « La renonciation de la femme à la communauté, dit cet article, sera faite au greffe du tribunal saisi de la demande en séparation. » Mais nous savons que la femme peut, à son gré, accepter la communauté ou y renoncer selon son intérêt, et les auteurs sont unanimes pour critiquer l'opinion contraire avancée par le tribun Mouricault. Il faut pourtant se rappeler qu'aux termes de l'art. 1463 du

**Code civil, la femme séparée « est présumée renonçante
« quand elle n'a pas accepté dans les délais pour faire
« inventaire et délibérer. »**

CHAPITRE III

Des effets de la séparation de bien.

Les effets de la séparation de biens peuvent s'analyser en deux idées distinctes : elle produit la dissolution de la communauté et établit un régime nouveau, le premier effet ne rentre pas dans le cadre de cette étude, mais il importe de subdiviser le second pour l'exposer plus clairement ; nous examinerons donc successivement les questions suivantes : 1° à quelle époque les droits de la femme doivent ils être réglés ? 2° dans quelle proportion la femme séparée doit-elle contribuer aux dépenses du ménage ? 3° quelle est sa capacité pour disposer de ses biens ou pour s'obliger ? 4° quelle est la responsabilité du mari relativement aux biens aliénés par sa femme ? 5° quels sont les effets de la séparation relativement aux gains de survie ?

§ 1. — A quelle époque les droits de la femme doivent-ils être réglés ?

L'art. 1443 porte : Le jugement de séparation de biens remonte quant à ses effets, au jour de la demande. — Il faut donc, pour régler les intérêts de la femme se placer à cette époque, à moins qu'il y ait eu interruption de l'instance par suite d'une convention intervenue entre

les époux, auquel cas les intérêts ne devraient courir que du jour où l'on aurait continué les poursuites.

Mais pourquoi la loi s'est-elle formellement expliquée sur la rétroactivité du jugement de séparation de biens? Est-ce que tout jugement n'est pas rétroactif? — Le principe de la rétroactivité, quoique commun à tous les jugements, n'eût pas été applicable à la séparation de biens si la loi ne l'eût pas dit expressément. En effet les jugements sont rétroactifs parce qu'ils sont déclaratifs de droits préexistants, et en second lieu parce que le demandeur ne doit pas souffrir de l'injuste résistance du défendeur : l'équité veut qu'il obtienne par le jugement tout ce qu'il eût obtenu si le jugement eût été rendu le jour même de la demande. Or dans la séparation nous ne trouvons aucun de ces motifs, au contraire le jugement établit un ordre de choses nouveau, et la résistance du mari, loin d'être injuste, est commandée par la loi : c'est donc avec raison que l'art. 1444 a consacré formellement la rétroactivité du jugement de séparation, c'était d'ailleurs le seul moyen d'assurer à la femme la protection qu'elle cherche dans la séparation de biens, en empêchant le mari d'achever la ruine de la communauté dans l'intervalle de la demande au jugement.

Mais quel est le jour de la demande? est-ce l'époque à laquelle le président du tribunal a reçu la requête, comme il est dit dans l'art. 863? — Est-ce le jour où l'assignation est donnée au mari? — La question ne nous paraît pas douteuse : la requête ne peut être pour le mari le point de départ d'obligations aussi importantes ; d'un côté le projet de la femme n'est pas encore bien arrêté et peut-être va-t-elle l'abandonner sur les observations du président, d'autre part il serait injuste de faire

remonter la demande à une époque que le mari peut très-bien ignorer, et qu'il a le plus grand intérêt à connaître.

La rétroactivité attachée par la loi au jugement de séparation de biens principal est-elle applicable à la séparation de biens résultant d'une séparation de corps ? — Trois opinions se sont formées sur cette question : l'une applique simplement l'art. 1445 à la séparation de biens accessoire ; cette opinion, adoptée d'abord par la cour de cassation, a été rejetée depuis (Dall. 1845. — 1. — 267.)

Le second système consiste à dire que la disposition de l'art. 1445 est étrangère à la séparation de corps dont les effets ne doivent pas remonter au delà du jugement.

Enfin, le troisième système distingue : il y a rétroactivité, dit-on, entre les époux, mais à l'égard des tiers le jugement ne produit d'effets qu'à sa date (Valloz. 1869. — 1. — 270 — : 1872. — 1. — 49).

Malgré l'autorité de la jurisprudence, nous admettons la négative sans distinction : l'art. 1445 ne vise que la séparation de biens, et pour l'appliquer à la séparation de corps, il faut que l'analogie soit complète ; or elle n'existe pas à plusieurs points de vue ; quant à la publicité d'abord, la loi ne la prescrit pas pour la demande en séparation de corps comme pour la demande en séparation de biens, c'est donc que le jugement de séparation de corps ne doit pas rétroagir à l'égard des tiers, autrement la loi eût ordonné des mesures de publicité. Les art. 270 et 271 établissent implicitement que la dissolution de la communauté résultant du divorce ne date que du jour du jugement, puisque le premier donne à la femme le droit de prendre des mesures conservatoires, et que le second l'autorise à faire annuler les actes faits en

fraude de ses droits dans le cours de l'instance. Ce qui était vrai du divorce est vrai de la séparation de corps, qui produit aussi par voie de conséquence la dissolution de la communauté, et si la séparation de corps n'a pas d'effet rétroactif quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, on ne voit pas pourquoi elle produirait cet effet quand ils sont mariés sous tout autre régime. Remarquons enfin que si la loi fait rétroagir le jugement de séparation de biens, c'est afin d'assurer à la femme une protection efficace contre la gestion du mari; avons-nous ici le même motif d'admettre la rétroactivité? Evidemment non, puisqu'il ne s'agit pas d'intérêts pécuniaires, et que la séparation de corps sera même parfois demandée par le mari.

Admettons-nous au moins la rétroactivité entre époux? Non, car nous ne pouvons généraliser la disposition finale de l'art. 1445, et cela pour deux raisons: d'abord parce qu'elle ne s'étendrait pas aux tiers, et ensuite parce que le texte ne parle que du jugement de séparation de biens.

Notre solution est d'ailleurs parfaitement conforme aux principes du droit commun, car les jugements ne rétroagissent que parce qu'ils sont déclaratifs de droits préexistants; mais lorsqu'ils sont attributifs, créateurs de droits nouveaux, la rétroactivité ne peut exister qu'en vertu d'un texte formel; or le législateur n'a pas édicté ce texte, précisément parce qu'aucun intérêt ne le réclamait. La femme peut d'ailleurs, si elle a des motifs, intenter une demande en séparation de biens et mener de front les deux instances; ses droits seront ainsi complètement sauvegardés puisque les formalités spéciales à la séparation de biens auront été observées.

Bien plus, nous estimons que si le jugement qui

prononce la séparation de corps avait été retardé au moyen de manœuvres frauduleuses pratiquées par l'époux défendeur en prévision d'une succession qui allait échoir au demandeur, et qui est ainsi tombée en communauté, l'époux défendeur pourrait se faire restituer la totalité de la succession, au moins à titre de dommages-intérêts.

Le point de départ établi, nous allons déduire les conséquences de la rétroactivité du jugement de séparation, en supposant d'abord que la sentence met fin à un régime qui n'est pas la communauté, et en second lieu que le régime établi par le contrat de mariage était la communauté.

Dans le premier cas, si la femme n'était pas commune en biens, l'effet de la rétroactivité du jugement est de rendre le mari débiteur, non seulement du capital de la dot, mais encore des intérêts échus et des fruits perçus depuis la demande; cette décision n'a rien d'étonnant puisque la séparation une fois prononcée existe au jour de la demande. Sans doute les intérêts ne sont pas ici la peine du retard apporté à la libération, puisque le mari ne pouvait accéder amiablement à la demande, mais une fois la séparation produite, les intérêts de la dot ne peuvent plus appartenir au mari; car en faisant remonter les effets de la séparation au jour de la demande, la loi a voulu empêcher que le mari n'achevât de compromettre la dot dans l'intervalle de la demande au jugement. Or c'est entrer dans les vues du législateur que de ne pas laisser au mari la disposition des intérêts. Les art. 1445 et 1473 sont d'ailleurs très-formels. Il est bien entendu que le mari ne doit pas supporter seul les charges du mariage, dans l'intervalle de la demande au jugement, la femme doit en supporter sa part, et nous pensons avec

M. Touillier et M. Dutruc, qu'il pourra, lors de la liquidation, compenser avec les droits de son épouse l'avance qu'il aura faite pour subvenir aux besoins de la famille.

Mais il ne faudrait pas appliquer trop rigoureusement le principe que nous venons de poser : s'il y avait eu de la part de la femme une interruption de poursuites assez longue, elle ne serait pas recevable à réclamer les intérêts de ses reprises dotales à dater de la demande en séparation : on a jugé que les intérêts échus pendant la suspension ne pourraient lui être alloués qu'autant qu'elle justifierait avoir été séparée de fait et avoir fourni à sa nourriture et à son entretien durant cet intervalle (Dutruc, p. 208).

Après avoir admis le principe que le mari est comptable des fruits perçus et des intérêts échus depuis la demande, MM. Rodière et Pont en tirent cette conséquence que s'il « a aliéné tout ou partie de ces fruits sans le concours » de la femme, il en est comptable suivant le plus haut « prix auxquels ils ont pu monter depuis la demande, » d'après les mercuriales ; et dans le cas où les fruits « seraient sujets à dé périr, il doit, pour éviter cette » responsabilité, ne les vendre qu'avec permission de « justice, la femme présente ou dûment appelée. » Cette conclusion nous paraît trop rigoureuse, nous l'établirons plus loin.

Nous appliquerions l'article 1571 au cas de séparation de biens, quoiqu'il ne vise expressément que le cas de dissolution du mariage ; cette disposition fondée sur l'équité nous paraît devoir être étendue à notre hypothèse, car il serait injuste d'attribuer à la femme toute la récolte qui serait faite au lendemain de la demande.

Nous savons maintenant que le mari est tenu des

intérêts de la dot de sa femme, à partir de la demande en séparation de biens, par le seul fait que le jugement a prononcé cette séparation ; en est-il de même des intérêts des créances paraphernales ? Autrement dit, peut-il refuser d'en tenir compte à la femme si elle ne les a pas expressément demandés, comme l'exige l'art. 1153 ? — Des auteurs s'en tiennent à cet article et prétendent que la femme devra faire de ces intérêts l'objet d'une demande spéciale. — Cependant, il n'est guère permis de douter que la demande en séparation de biens ne contienne la demande en restitution des créances paraphernales ; est-ce qu'on peut raisonnablement supposer que la femme veuille retirer au mari des pouvoirs que la loi lui confère, sans lui enlever en même temps des droits qu'il n'exerce qu'à titre de tolérance ? Notre opinion est d'ailleurs très-conforme au droit, car la demande en séparation de biens équivaut à une opposition, ou à cette première demande de la femme qui rend désormais le mari comptable des fruits et des intérêts. (art. 1578).

Il nous reste à étudier les conséquences de la rétroactivité du jugement de séparation de biens, lorsqu'il met fin au régime de communauté.

La séparation prononcée, la femme a le choix entre l'acceptation de la communauté et la renonciation ; nous n'avons pas à nous occuper de cette dernière hypothèse qui rentre dans celle que nous venons d'étudier, la femme n'étant pas réputée commune, le mari doit lui restituer ses propres, ainsi que les fruits et intérêts produits depuis la demande, déduction faite de la part contributive de la femme aux dépenses du ménage. Mais ici l'art. 1571 doit être remplacé par les art. 1401 et 1403.

Lorsque la femme accepte la communauté, l'application du principe posé dans l'art. 1445 nous conduit à

dire qu'elle conserve la propriété de tout ce qui lui est advenu depuis et y compris le jour de la demande; ainsi les successions mobilières lui resteront propres au lieu de tomber en communauté, de même que les biens échus au mari demeureront propres à ce dernier.

Si, dans l'intervalle de la demande au jugement, la fortune du mari devenait meilleure par suite d'une succession ou d'une donation, ou pour toute autre cause, la femme pourrait-elle se désister de sa demande? — Pour soutenir la négative, on objecte l'art. 402 du Code de procédure qui exige l'acceptation de la part de l'adversaire. — Mais la faculté de demander la séparation de biens est un droit tout-à-fait spécial introduit en faveur de la femme, et auquel il doit lui être permis de renoncer quand les conditions qui motivaient son exercice n'existent plus. — On répond, il est vrai, que la femme a exercé ce droit en demandant la séparation et qu'elle ne peut plus revenir sur ce fait. — Sans doute elle a manifesté la volonté d'user de son droit, mais il faut, pour qu'elle ne puisse plus revenir sur une première intention, que le jugement ait sanctionné la demande; alors seulement le désistement lui sera impossible, et le rétablissement du premier régime matrimonial n'empêcherait pas tout ce qui est advenu au mari depuis la demande de lui être acquis définitivement.

L'effet rétroactif du jugement de séparation de biens peut-il être opposé aux tiers? — Cette question délicate a donné lieu à plusieurs systèmes: le premier consiste à soutenir d'une manière absolue que les effets du jugement de séparation de biens ne peuvent être opposés aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités prescrites pour la publicité du jugement, parce que la publication de la demande ne suffit pas pour les avertir.

Le second système traite les tiers comme le mari sans faire aucune distinction ; ceux qui ont traité avec le mari, dit-on, sont en faute d'avoir suivi sa foi sans s'être assurés de sa solvabilité et de sa capacité ; cette seconde opinion a été consacrée par un arrêt de la cour de Riom du 20 février 1826, dans lequel elle abandonnait le premier système qu'elle avait admis le 31 janvier de la même année (Dall. 1827, 2, 182 — 1845, 1, 267).

Ces deux opinions sont trop absolues et la question ne peut, à notre avis, être résolue par une réponse simple et uniforme ; en effet la raison et l'équité nous commandent de distinguer, parmi les actes du mari sur les biens de la communauté ou de la femme, d'un côté ceux qui tiennent à sa qualité d'administrateur, et d'autre part ceux qu'il peut tenir d'une disposition de la loi ou de quelque clause du contrat de mariage.

Les actes qui rentrent dans les pouvoirs d'administration du mari doivent être validés lorsqu'ils ont été faits avec des tiers de bonne foi. Il est indispensable, dans l'intérêt même de la femme, que les biens de la communauté, de même que ses propres, soient administrés pendant l'instance ; or il faut bien que le mari conserve cette administration, puisque la loi ne la confie pas à la femme. Toute distinction serait arbitraire et donnerait lieu à de grandes difficultés ; nous ne croyons donc pas devoir faire une différence entre les actes absolument indispensables, tels que des récoltes à faire, des baux verbaux à consentir ou à renouveler suivant l'usage des lieux, et ceux dont la nécessité ne serait pas aussi urgente ; et la raison qui nous fait repousser cette distinction, c'est que la loi ne la fait point. — Il vaut mieux, à notre avis, valider tous les actes faits par le mari dans la limite de

ses pouvoirs, quand les tiers ont été de bonne foi ; si l'acte a été consenti avant la publication de la demande, il faudra des preuves formelles et précises pour détruire cette présomption de bonne foi ; mais si les mesures de publicité concernant la demande ont été prises avant la date de l'acte qu'il s'agit d'infirmer, le moindre indice pourra faire tomber la présomption de bonne foi. Les romains disaient de la possession : *minus est juris quam facti*, on peut en dire autant de cette rétention de l'administration par le mari ; eu fait il la conserve, et cela peut suffire pour protéger les actes qu'il passe. — Nous considérons donc comme valables, non seulement les baux de neuf ans et au-dessous consentis par le mari sur les biens de la communauté ou de sa femme, mais encore les paiements faits de bonne foi entre ses mains par les débiteurs de la dot pendant l'instance en séparation, à moins que la femme ne se soit opposée au paiement par une saisie arrêt (Dall. 1826, 2, 220).

Nous avons distingué entre les actes d'administration ordinaire et les droits plus importants qui sont exceptionnellement conférés au mari par les principes qui régissent la communauté ou par une clause du contrat de mariage ; c'est de ces derniers qu'il s'agit maintenant : les actes que le mari aurait faits depuis la demande en vertu de ces droits doivent-ils être maintenus ? — Nous ne le croyons pas, et ici nous appliquons rigoureusement le principe : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ; en effet, la femme n'a aucun intérêt à ce que le mari conserve ces pouvoirs inhérents à sa qualité de chef de la communauté ; or cette qualité elle-même étant mise en question, les droits qui en découlent doivent subir le même sort et être annulés si le jugement la détruit. Il

est évident, par exemple, que le droit de vendre, et même de donner à titre particulier, les biens de la communauté, dépassent les pouvoirs d'un administrateur ordinaire; or, la loi n'atteindrait pas son but si la rétroactivité du jugement n'avait pour effet d'annuler les actes faits en vertu de ces droits, c'est ce qu'ont jugé la cour de cassation, par un arrêt du 30 Juin 1807, et la cour de Rennes à la date du 3 Juillet 1841 (Sirey, 1841, 2, 548).

C'est en vertu du même principe que nous suspendrions le droit accordé au mari par le contrat de mariage établissant le régime dotal, de vendre le bien dotal sans le consentement de la femme: en conséquence la vente faite par le mari depuis la demande serait annulée si la séparation était prononcée.

Mais nous considérons comme valables ceux de ces actes à titre onéreux qui auraient été passés avant que la demande fût rendue publique; la bonne foi des tiers devant toujours être présumée, il serait inique de leur faire supporter les conséquences d'une incapacité qu'ils ne connaissaient pas.

Ce principe d'équité disparaît quant aux saisies-arrêts faites sur les fruits et intérêts de la dot par des créanciers du mari pour des causes antérieures à la demande en séparation de biens, elle n'ont donc aucun effet vis-à-vis de la femme lorsqu'elles sont faites après la demande, c'est l'application pure et simple de l'art. 1445.

§ 2. Dans quelle proportion la femme séparée judiciairement doit elle contribuer aux dépenses du ménage?

Lorsque le contrat de mariage établit la séparation de biens, la femme contribue aux charges du mariage

suivant les conventions contenues au contrat, « et s'il
• n'en existe point à cet égard, dit l'art. 1537, la femme
• contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers
• de ses revenus. » Il y a présomption que le mari s'est
engagé à supporter le surplus des dépenses, et que son
travail ou sa fortune peuvent y suffire. Cette présomption
tombe et la femme est obligée de pourvoir à tous les
besoins de la famille lorsque le mari ne peut y satisfaire.

L'absence de ces conditions dans la séparation judi-
ciaire imposait une règle toute différente; la femme, en
effet, reprend la jouissance de sa dot et reçoit la moitié
des biens communs, elle enlève donc au mari ce qui était
affecté aux charges du mariage; quant au mari, le
jugement de séparation prouve assez que ses affaires
sont en mauvais état, et qu'il ne peut par conséquent
supporter les charges du mariage avec le tiers des
revenus de la femme; aussi l'art. 1448 dispose-t-il : « La
• femme qui a obtenu la séparation de biens doit
• contribuer, proportionnellement à ses facultés et à
• celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux
• d'éducation des enfants communs. Elle doit supporter
• entièrement les frais s'il ne reste rien au mari. » Il
sera souvent sinon nécessaire, au moins très-utile, que
le jugement fixe la part contributive de chaque époux
afin de prévenir les difficultés; mais ce règlement
n'aura qu'un caractère provisoire et devra changer
avec la proportion des deux fortunes.

Il peut arriver que la femme, après la séparation de
biens, veuille échapper à l'application de l'art. 1448 en
abandonnant tous les revenus de sa dot au mari dont la
fortune peut suffire aux charges du mariage, et en se
réservant les produits de ses paraphernaux, qui sont

considérables. Le mari ne peut s'y opposer par la raison bien simple que la séparation étant établie au profit de la femme, ne peut jamais lui préjudicier. En repoussant sa prétention, on donnerait à la femme un intérêt à laisser périr la dot au détriment de la famille, plutôt que de voir diminuer les revenus de ses paraphernaux. Le mari n'a d'ailleurs aucun motif de plainte, puisque la séparation n'a pas augmenté ses charges. — L'intérêt de la famille commande aussi d'adopter cette solution, car il est probable que le mari est dissipateur, ou tout au moins mauvais administrateur, on est en droit de le conclure du jugement de séparation; étant donné ce manque d'économie ou d'aptitude, n'est-il pas préférable de laisser les revenus des paraphernaux entre les mains de la femme qui les conservera, tandis que le mari les dissiperait très-probablement avec ses revenus personnels.

Devons-nous appliquer l'art. 1448 au cas de séparation de corps ? — Oui, incontestablement quand aux enfants, l'art. 303 le dit en termes bien formels : « Quelle que
• soit la personne à laquelle les enfants seront confiés,
• les père et mère conserveront respectivement le droit de
• surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et
• seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs
• facultés. » Cet article fait pour le divorce doit être étendu à la séparation de corps. Mais nous ne croyons pas devoir appliquer la même règle quant aux époux, car s'il est juste, dans la séparation de biens, qu'ils supportent les charges du ménage proportionnellement à leurs revenus, parce qu'ils continuent la vie commune, on ne voit pas pourquoi la même règle serait conservée lorsque cette existence commune est brisée ; il est plus équitable

alors de faire supporter à chacun ses dépenses personnelles, sans préjudice du droit qu'a l'époux indigent de demander à son conjoint une pension alimentaire.

Des auteurs ont pensé que la femme pouvait être autorisée à retenir sa part contributive et à se libérer directement entre les mains des fournisseurs et des maîtres de pension, s'il y a de justes motifs de craindre que les fonds ne soient détournés de leur destination. Cette opinion doit être admise, à notre avis. — On objecte que le mari ne peut perdre, pour un motif quelconque, la direction des affaires domestiques, ni sa qualité de chef de l'association conjugale, qui est indélébile tant que les liens du mariage ne sont ni rompus ni relâchés ; mais alors que devient la séparation de biens ? car il faut bien donner un sens à la loi, et la séparation devient presque illusoire si la femme n'a aucun moyen d'empêcher le mari de dissiper les revenus qu'elle verse entre ses mains pour les besoins du ménage. Pourquoi ne pas admettre alors à l'autorité maritale une restriction que l'intérêt de la famille commande. Il nous paraît juste que les juges puissent, par une disposition expresse du jurement, autoriser la femme à se libérer directement entre les mains des fournisseurs et des maîtres de pension chez lesquels les enfants communs se trouvent placés.

Sauf exception donc, la femme doit verser sa part contributive entre les mains du mari ; mais celui-ci n'a droit à aucune garantie pour l'exécution de ces paiements ; rien n'autorise d'ailleurs cette précaution car il n'est pas probable que la femme manque à ses obligations.

Mais si la femme séparée administrait elle-même fort mal sa fortune, quelle serait la ressource du mari pour assurer l'avenir de la famille ? — Disons tout d'abord

qu'il ne peut demander la rétractation du jugement de séparation, lors même qu'avec l'âge il serait devenu le meilleur des administrateurs : l'art. 1451 s'y oppose. — Cependant, comme il faut sauvegarder les intérêts des époux et des enfants, nous croyons qu'en pareil cas le mari pourrait provoquer la nomination d'un conseil judiciaire à sa femme pour cause de prodigalité, conformément aux art. 490 et 513 du code Napoléon combinés, et les juges devraient admettre d'autant plus facilement la prétention du mari qu'il s'agit d'intérêts plus graves; on comprend en effet que telles dépenses, raisonnables chez une personne sans famille, sont des prodigalités lorsqu'elles sont faites par une personne chargée de famille. — Le principal effet du jugement qui nommerait un conseil à la femme serait d'empêcher la dissipation de ses capitaux mobiliers; mais l'art. 506 n'ayant pas été fait en vue de notre hypothèse, nous admettons que le conseil peut être autre que le mari.

§ III. — *De la capacité de la femme séparée de corps ou de biens.*

C'est l'art. 1449 qui détermine la capacité de la femme séparée de corps ou de biens. La femme séparée soit de
• corps et de biens, dit cet article, soit de biens seule-
• ment, en reprend la libre administration. Elle peut
• disposer de son mobilier et l'aliéner. Elle ne peut
• aliéner ses immeubles sans le consentement du mari,
• ou sans être autorisée en justice à son refus. •

Nous touchons ici à l'un des points les plus délicats de la matière, car les dispositions qui ont trait à la capacité des personnes sont très-importantes. En premier lieu

nous rechercherons la signification de ce texte lorsque le régime établi était la communauté, puis nous en étudierons la portée dans le cas où la séparation de biens met fin au régime dotal ou au régime exclusif de communauté.

• D'après l'art. 234 de la coutume de Paris, et l'art. 196 de la nouvelle coutume d'Orléans, dit M. Dutruc, la femme séparée ne pouvait aliéner ses immeubles ni les engager sans l'autorisation de son mari ; il est vrai que ces coutumes lui donnaient le droit de s'obliger personnellement sur ses meubles sans être autorisée ; mais la jurisprudence, corrigeant ce que cette latitude pouvait avoir d'abusif, limita le droit de la femme aux seuls actes d'administration. »

• Le système qui formait le droit commun avant notre nouvelle législation a également prévalu dans l'esprit des auteurs du code Napoléon. Les art. 217 et 1449 l'ont consacré d'une façon toute particulière. »

La femme séparée de biens, dit l'art. 1449, en reprend la libre administration : cela signifie qu'elle a la jouissance de ses biens, comme disent les art. 1537 et 1576, qu'elle peut faire seule et sans autorisation tous les actes réputés de simple administration. Les jeux de bourse ne constituant pas des actes d'administration, mais bien plutôt de désordre et de dissipation, la femme ne peut s'y livrer, et les sommes perdues qu'elle aurait payées sans autorisation du mari seraient sujettes à répétition, car la répétition n'est interdite que pour les paiements volontaires, et le défaut d'autorisation maritale enlève ce caractère aux paiements de ces dettes faits par la femme (Dall. 63. — 1. — 40).

Recevoir des capitaux est un acte d'administration, la femme pourra donc recevoir ses capitaux, et à plus forte

raison leurs intérêts. Quand aux immeubles, elle peut les donner à bail en se conformant aux art. 1429 et 1430.

Mais l'art. 1449 ne se borne pas à autoriser la femme à faire des actes d'administration; l'art 217 disait: « La » femme, même non commune ou séparée de biens, ne » peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre » gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans » l'acte, ou son consentement par écrit; » l'art. 1449 y apporte une modification « elle peut, dit-il, disposer de son mobilier et l'aliéner. » Quelle est la raison de ce changement apporté par l'art. 1449? — Nous la trouverions facilement s'il ne s'agissait que de la séparation de corps, car la nécessité d'une autorisation pour l'aliénation du plus petit objet mobilier deviendrait une gêne insupportable et inutile pour la femme qui vit éloignée de son mari.

Mais cette raison ne peut plus nous suffire lorsqu'il s'agit de la séparation de biens. On peut dire, pour expliquer la disposition de l'art. 1449, que les pouvoirs étendus donnés au mari sur les biens de la communauté et par conséquent sur les meubles de la femme qui tombent, en principe, dans la communauté, ne sont accordés par la loi que pour permettre au mari d'accroître la fortune de la femme, aussi bien que la sienne; or, une fois bien établi par la séparation que le mari est incapable d'administrer, une fois le mobilier de la femme remis aux mains de celle-ci, pourquoi ne pas lui donner les mêmes facilités de faire des actes d'aliénation qui sont souvent utiles et parfois indispensables à une bonne administration. Peut-être aussi le législateur a-t-il accordé à la femme ce pouvoir d'aliéner sans autorisation afin que ce droit de *revo* destiné à la protéger

ne devint pas aux mains d'un mari dissipateur et probablement surchargé de dettes une source d'exactions et de vexations. Nous ne pouvons d'ailleurs méconnaître les termes formels de la loi : que les motifs exposés soient ou non suffisants, la femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner ; la loi n'y met aucune condition ; aussi considérons-nous comme peu fondée l'opinion de certains auteurs qui prétendent que les aliénations mobilières faites par la femme pourraient être annulées si elles ne rentraient pas dans la classe des actes d'administration. Pour soutenir ce système on dit que le second alinéa de l'art. 1449 n'est qu'un corollaire du premier ; la loi aurait donc voulu dire : la femme séparée de biens en reprend la libre administration, et pour les besoins de cette administration elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. — Si telle était l'idée du législateur, il faut avouer qu'il a employé, pour l'exprimer, une formule bien malheureuse. — Pour savoir ce qui est de pure administration, comparons la formule de l'art. 1449 avec celles des art. 481 et 482 qui s'occupent du mineur émancipé, dont la capacité se borne aux actes de pure administration (484). Nous sommes d'accord sur les pouvoirs de la femme quant à ces actes, elle peut les faire sans aucune autorisation, elle peut recevoir des capitaux mobiliers et en donner décharge, ce que ne peut faire un mineur émancipé (art. 482). elle peut donner main-levée d'une inscription hypothécaire et faire emploi de ses capitaux en achat d'immeubles. Quant aux baux nous avons dit qu'elle peut les faire sans autorisation, comme le tuteur et le mari, pour 9 ans ; nous inclinons même à croire qu'elle ne serait pas astreinte à cette limite si un bail de plus de 9 ans constituait un acte ordinaire

d'administration, eu égard aux usages du pays où sont situés les immeubles ; nous ne trouvons en effet aucune des limitations apportées à l'administration du tuteur et du mari. — On nous oppose les art. 1709, 1429, 1430, 505, qui limitent à 9 ans les baux que peut faire un administrateur, mais ces articles définissent les pouvoirs de ceux qui administrent la fortune d'autrui ; il s'agit d'une question de pouvoirs dans ces dispositions, tandis que nous nous occupons d'une question de capacité chez la femme ; l'analogie n'est donc pas exacte, surtout si l'on songe que la loi a voulu lui donner une libre administration.

Restent les actes de disposition et les obligations : parmi les premiers, l'art. 1449 distingue : s'il s'agit des meubles, la femme peut en disposer ; quant aux immeubles il lui faut une autorisation. La loi est claire sur ce dernier point, il suffit de la lire, mais en ce qui concerne le mobilier nous avons vu plus haut que la difficulté a son origine dans le conflit de l'art. 1449 avec l'art. 217. — Constatons tout de suite que l'art. 1449 ne donne pas à la femme le droit de disposer de son mobilier à titre gratuit, s'il déroge à l'art. 217, il ne déroge pas à l'art. 905. La femme ne reçoit le droit d'aliéner le mobilier que parce qu'elle reprend l'administration, or les donations ne rentrent pas dans les actes d'administration. — Mais les auteurs se divisent et deux systèmes se trouvent en présence lorsqu'il s'agit des aliénations à titre onéreux, l'un prétend qu'elles ne peuvent être permises à la femme que si elles constituent un acte d'administration, les partisans du second système enseignent que l'art. 1449 déroge à l'art. 217 et permettent à la femme d'aliéner son mobilier parce qu'ils considèrent l'aliénation

des meubles comme rentrant dans l'administration libre accordée à la femme. Cette opinion conduit à ne pas distinguer entre les meubles corporels et les meubles incorporels, distinction qui doit être faite dans le premier système. Nous préférons le second : il y a dans l'art. 1449 une seconde règle, conséquence de la première sans doute, mais parfaitement indépendante; le premier système nous conduirait d'ailleurs à des distinctions dangereuses pour le crédit de la femme, car comment les tiers pourraient-ils juger si telle aliénation rentre dans l'administration ? (Dall. 1872 — 3-96). — D'après la jurisprudence, toutes les fois que l'aliénation du mobilier se présente comme un acte de prodigalité, l'acte ne peut être fait par la femme qu'avec autorisation du mari ou de justice. (Dall. 1863 — 1-41.)

Des auteurs pensent qu'il faudrait interdire à la femme l'aliénation d'un capital pour une rente viagère, leur opinion est repoussée par l'un des plus remarquables professeurs de la faculté de Paris; M. Bufvoir pense que cet acte peut rentrer dans une large administration. — Mais voici un point sur lequel la jurisprudence a varié : la femme séparée de biens peut-elle contracter des dettes, et dans quelle mesure ? Cette question n'est pas résolue par une disposition spéciale ; à l'origine la jurisprudence avait raisonné ainsi : la femme pouvant disposer de son mobilier doit pouvoir également contracter des dettes exécutoires sur le mobilier (arrêts Dall. T. x. p. 220 et 244, collection ancienne); La cour de cassation a abandonné depuis ce point de vue inexact, car cette opinion conduirait à considérer l'incapacité de s'obliger chez la femme comme une conséquence de son incapacité d'aliéner. Il est remarquable que l'art. 217, dans la

formule de l'incapacité de la femme mariée, ne mentionne pas l'incapacité de s'obliger sur ses biens ; mais il résulte de la combinaison de l'art. 217 avec les art. 220, 221 et 222 que, dans la pensée de la loi, la femme mariée ne peut s'obliger par contrat, indépendamment de son incapacité d'aliéner. En effet, ces trois derniers articles mentionnent parmi les exceptions à l'incapacité de la femme les obligations et les contrats, ils établissent donc que dans la règle se rencontrait l'incapacité de s'obliger. Etant admis d'une part l'incapacité de s'obliger, d'autre part l'incapacité d'aliéner, parfaitement distincte de la première, il ne suffira pas que la seconde soit enlevée pour que la première le soit aussi ; or nous trouvons l'art. 1449 qui relève la femme de l'incapacité d'aliéner, mais non de s'obliger, donc la femme séparée de biens demeure sous l'empire de l'incapacité générale, à moins qu'elle ne s'oblige pour les besoins de son administration (Dall. 1857. — 11. — 209).

Cela revient à dire que si l'art. 1449 a considéré que l'aliénation directe du mobilier rentre dans l'administration, on ne peut admettre la même présomption, et il ne l'a pas admise *a priori* des obligations ; celles-ci ne seront valables qu'autant qu'elles constitueront des actes d'administration.

Nous admettons donc que la femme séparée de biens peut, sans autorisation, contracter des dettes pour les besoins de son administration, et une fois contractées valablement, ces dettes pourront être poursuivies et exécutées valablement sur les immeubles comme sur les meubles (2092) ; il n'y a qu'une seule question à résoudre : la dette a-t-elle été ou non valablement contractée ?

Remarquons que la séparation de biens ne donne à la

femme aucune extension de capacité en tant qu'il s'agit d'ester en justice, même dans un procès concernant l'administration; c'est que si les nécessités de l'administration journalière rendaient impraticable l'obtention d'une autorisation, il n'en est pas de même des procès.

Ajoutons que la femme séparée de biens ne pourrait pas davantage compromettre même pour les actes d'administration (art. 83. — 1003 proc.)

Notons enfin la disposition finale de l'art. 1449 relative aux immeubles. La femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus; cette prohibition est la conséquence de cette idée que les immeubles sont plus importants que les meubles; la loi ne distingue pas entre les meubles qui étaient propres à la femme et ceux qu'elle a acquis par le partage de la communauté ou depuis la séparation pour toute autre cause. La défense s'étend nécessairement à tous les actes qui rentrent dans la classe des actes d'aliénation, par exemple, aux hypothèques conventionnelles ou judiciaires, aux concessions de servitudes, aux emphytéoses ou baux à long terme. Puisque la femme ne peut aliéner ses immeubles, il s'en suit que les obligations consenties par elle sans autorisation ne pourraient être poursuivies sur son patrimoine immobilier; comment ses créanciers auraient-ils droit sur les immeubles alors qu'ils n'ont même pas droit sur les meubles? Mais nous admettons que les créanciers dont l'obligation a une juste cause ont une action sur tous les biens indistinctement: ces créanciers sont ceux qui ont contracté avec la femme agissant pour l'administration de ses biens.

Nous allons maintenant étudier la capacité de la femme séparée judiciairement quand elle a été mariée sous un

régime autre que celui de la communauté, et d'abord parlons du cas où elle a été mariée sous le régime dotal.

La question capitale à résoudre est celle-ci : la séparation de biens intervenant au profit d'une femme mariée sous le régime dotal lui donne-t-elle la même capacité qu'à une femme commune ? ou bien la dot reste-t-elle inaliénable, nonobstant la séparation de biens ? Cette question avait fait naître de vives controverses qui ont aujourd'hui cessé, grâce à la jurisprudence constante de la Cour de Cassation qui, dès 1819, décida que la séparation de biens ne change pas le caractère de la dot, qu'en conséquence la dot inaliénable ne devient point aliénable par la séparation ; cette interprétation de la loi nous paraît conforme aux principes. (Dall. 1819—1-503.)

Le principe qui régit les conventions matrimoniales, c'est l'immutabilité ; la loi ne déroge à ce principe que dans les cas d'absolue nécessité, parmi lesquels se trouvent, il est vrai, la séparation de corps et la séparation de biens ; mais de ce qu'il est nécessaire de modifier les conventions matrimoniales, il ne s'en suit pas qu'elles doivent être entièrement changées. MM. Rodière et Pont comparent à ce sujet le législateur à l'architecte : « Il doit en être, disent-ils, du législateur comme de l'architecte, qui, lorsque de nouvelles exigences nécessitent des modifications dans l'appropriation d'un édifice, se garde bien de le détruire en entier, quand quelques arrangements de détails suffisent pour obtenir le but désiré. Or, quel est le but de la séparation de biens ? C'est de rendre à la femme l'exercice des droits que le contrat de mariage conférait au mari sur sa dot. Pourquoi donc dépasserait-on ce but ? Pourquoi la femme, en général peu propre aux affaires, acquer-

- rait-elle par l'effet de la séparation un droit de dispo-
- sition sur ses biens plus étendu que ne l'avait le mari
- avant cette même séparation ? Pourquoi les précautions
- salutaires tendant à la conservation de la dot dispa-
- raîtraient-elles précisément au moment où l'isolement
- de la femme rendrait la perte de cette dot plus probable ?
- peut-on supposer à un législateur sage une pareille
- imprévoyance ? »

Quelles étaient donc les objections apportées à l'appui de la doctrine contraire ? — Pour prouver que la dot devenait aliénable, on s'appuyait sur l'art. 1561 du Code Napoléon, qui porte que la séparation de biens rend prescriptibles les fonds dotaux et sur l'art. 1563, qui, relativement à la séparation de biens sous le régime dotal, renvoie aux art. 1443 et suivants ; cela comprend, dit-on, l'art. 1449 qui permet à la femme séparée d'aliéner ses immeubles avec l'autorisation du mari ou de justice. — A ces objections qui ne reposent sur rien de précis, il est facile de répondre : d'abord l'ancienne jurisprudence maintenait l'inaliénabilité de la dot pendant toute la durée de l'association conjugale, malgré la restitution de cette dot amenée par la déconfiture du mari (L. 29, C. de *jure dotium*) ; en second lieu, toute aliénation des immeubles dotaux est prohibée pendant le mariage, aux termes de l'art. 1564, qui ajoute : sauf les exceptions qui suivent ; or parmi ces exceptions nous ne trouvons pas le cas de séparation de biens. D'autre part, l'art. 1563 ne renvoie pas expressément à l'art. 1449, mais aux art. 1443 et suivants relatifs aux formes à suivre pour obtenir la séparation de biens ; sans doute les immeubles dotaux sont prescriptibles après la séparation, mais cette disposition de l'art. 1561 trouve sa raison d'être dans le pouvoir qui est donné à la femme

séparée d'interrompre la prescription ; d'ailleurs il y a loin de perdre la propriété par la prescription à aliéner volontairement, et l'on ne saurait conclure d'un cas à l'autre. Concluons donc que le seul effet de la séparation de corps ou de biens qui met fin au régime dotal est d'enlever au mari l'administration et la jouissance de la dot pour les rendre à la femme, sans que celle-ci obtienne sur cette dot d'autres droits que ceux qu'avait le mari.

Ce principe s'applique naturellement quand la dot a été restituée *in specie* ou en valeurs du même ordre ; mais il arrive souvent que le mari se libère d'une dot constituée en argent en donnant un immeuble à sa femme : l'immeuble ainsi donné en paiement d'une dot constituée en argent devient-il dotal, et par suite inaliénable ? En principe, l'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. Il en est de même de l'immeuble donné en paiement de la dot constituée en argent (art. 1553). C'est ce que décidaient déjà les lois romaines, quoiqu'on ait pu dire des termes un peu vagues de la loi 54 D. *solutio matrimonii*. La cour de cassation, dans son arrêt du 20 février 1849 (Dall. 49, I, 87), fait observer que cette loi n'est pas en contradiction avec les lois 12 C. de *jure dotium* ; L. ult. C. de *serv. pign. dat.* 55 D. de *donat. inter vir. et uxor.* L. 49 D. de *furtis* ; — Cette loi parle en effet, non de la dotalité proprement dite, mais d'une assimilation à la dotalité ; c'est cette assimilation qui a créé la dotalité subsidiaire accordée à la femme, en cas d'insolvabilité du mari, sur l'immeuble acheté par ce dernier en son nom avec les deniers dotaux et qui lui permettait de revendiquer cet immeuble jusqu'à concurrence de sa dot.

L'art. 1558 s'exprime formellement dans le même sens, cependant l'application de cet article à notre hypothèse a soulevé des objections; l'art. 1558 n'est applicable, dit-on, qu'au cas où le paiement de la dot est effectué par un étranger qui la doit, et non pas à l'hypothèse où c'est le mari qui la rend, ou ajoute que s'il en était autrement la femme ne trouverait qu'un remède inefficace dans la séparation de biens. Cette opinion a été consacrée par quelques arrêts.

Mais la Cour de cassation et diverses Cours d'appel se sont prononcées contre la dotalité; leur doctrine est aussi celle de presque tous les auteurs. Il faut donc regarder ce point de droit comme désormais constant.

Nous avons vu que la séparation judiciaire donne à la femme tous les droits que le mari pourrait avoir sur la dot; elle n'est donc obligée de fournir aucune sûreté en recevant le remboursement de ses capitaux, si le mari avait le même droit; mais elle devrait faire emploi de la dot si le mari, en la recevant, était soumis à cette exigence par le contrat de mariage (J. Pal. 1867, p. 212, Sv. 60, 2, 54).

Mais alors même que le contrat de mariage n'aurait pas prescrit cet emploi au mari, n'est-il pas au pouvoir des juges qui prononcent la séparation de l'imposer à la femme? — Ils le peuvent, à notre avis, car si le contrat de mariage ne l'a pas imposé, c'est que le mari avait des biens suffisants pour répondre de la dot ou qu'il était considéré comme bon administrateur. Par l'exécution de la séparation de biens l'hypothèque légale de la femme sur les biens de son mari a disparu, et il paraît utile et même nécessaire que la justice puisse prendre une mesure pour conserver la dot, puisque cette

conservation est toujours le but du régime dotal. En prescrivant l'emploi, les juges se conforment pour ainsi dire à l'esprit du contrat de mariage qui ne pouvait convenablement prévoir le cas de séparation de biens (Dall. 23, 2, 14.)

L'emploi ainsi ordonné est obligatoire pour la femme, c'est incontestable; mais il l'est également pour les tiers qui ont dû, avant de contracter avec la femme, prendre connaissance du jugement de séparation.

Nous pensons même que les juges pourraient, par un jugement postérieur, prescrire à la femme la condition d'emploi qu'ils auraient omise dans le jugement de séparation, c'est du moins l'opinion de MM. Rodière et Pont, qui n'admettent pas que la maxime « *latâ sententiâ desinit esse judex* » soit ici applicable; l'oubli du mari qui n'aurait pas songé tout d'abord à demander que sa femme fût soumise à l'emploi ne peut devenir une cause de ruine pour la famille entière. Mais dans ce cas la condition d'emploi n'est plus opposable aux tiers, à moins qu'ils en aient reçu notification, car ils ne peuvent et ne doivent prendre connaissance que d'une seule pièce, le jugement de séparation de biens.

De l'ensemble des principes que nous avons posés, il résulte que la femme dotale séparée ne peut consentir d'obligations valables au regard de la dot que par des actes d'administration. Le paiement de ces obligations peut être poursuivi sur les fruits de la dot, mais seulement, suivant la cour de Cassation, sur ce qui excède les besoins de la famille (Dall. 1847, I 174), de manière que ces fruits restent affectés principalement aux charges du mariage. De ce que les obligations consenties par la femme dotale séparée ne sont valables au regard de

la dot qu'autant qu'elles se rattachent à l'administration dont elle est investie, il s'en suit que les obligations contractées par elle avant la séparation ne peuvent jamais être poursuivies sur les fruits de la dot, quoique ces fruits excèdent les besoins de la famille.

Le créancier qui aurait prêté des semences ou fait des labours pourrait sans doute poursuivre sa créance sur les fruits, en vertu du principe « *fructus non dicuntur, nisi deductis impensis*, » mais un créancier qui n'aurait fait que des réparations simplement utiles ou des améliorations n'aurait d'abord d'action que jusqu'à concurrence de la plus-value, et ne pourrait en outre saisir les fruits que déduction faite de ce qui est nécessaire à la famille. Le capital de la dot, qu'il soit mobilier ou immobilier, ne peut être saisi que pour une des créances en faveur desquelles la loi fait exception au principe d'inaliénabilité, même avant la séparation de biens.

Nous arrivons maintenant au cas où la femme était mariée sous le régime exclusif de communauté. Le rapprochement des articles 1535 et 1449 nous montre que la séparation ne produit ici aucun effet relativement à l'aliénation des immeubles : « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés sans le consentement du mari, et à son refus, sans l'autorisation de justice, dit l'art. 1535 ; » et d'un autre côté, l'art. 1449 porte : « la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice à son refus. »

Quel est, quant au mobilier, l'effet de la séparation de biens intervenant entre des époux mariés sous le régime exclusif de communauté ? — Sous ce régime, le mari ne peut aliéner les meubles sans le consentement de la

femme, mais la séparation une fois prononcée, la femme peut-elle aliéner valablement son mobilier sans le consentement du mari ? — Il suffit, pensons-nous, de lire l'art. 1449 pour s'en convaincre, puisqu'il dit expressément que la femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner; nous ne voyons aucune raison d'établir, sous ce rapport, une différence entre la femme mariée sous le régime sans communauté et la femme commune, car ce pacte matrimonial n'apporte pas avec lui les restrictions que nous avons étudiées sous le régime dotal.

Le même motif nous fait décider que la séparation étend la capacité de la femme dotale quant à certains biens mobiliers paraphernaux, si l'on admet qu'elle ne pourrait aliéner ces biens sans être autorisée par son mari; cette autorisation ne lui sera plus nécessaire après la séparation.

§ IV. — De la responsabilité du mari relativement aux biens aliénés par la femme.

- La séparation de biens, dit M. Dutruc, donne à la
- femme le droit de ressaisir une administration devenue
- périlleuse entre les mains du mari, mais elle ne sau-
- rait l'affranchir de l'influence que ce dernier exercera
- toujours sur ses actions; elle ne peut la soustraire à
- l'empire de l'attachement, non plus qu'à l'habitude de
- la déférence et aux défaillances de la faiblesse. Il sera
- donc facile au mari d'obtenir de sa femme séparée de
- biens qu'elle vende ses immeubles, et il pourra en
- toucher le prix, se l'approprier, le dissiper. Un danger
- aussi grave devait frapper l'attention du législateur,
- il fallait le prévenir, ou du moins en diminuer autant
- que possible l'importance. »

C'est ce qu'a fait l'art. 1450 ; l'origine de cette disposition se trouve dans la jurisprudence adoptée par le Parlement de Paris ; lorsqu'il n'avait pas été fait emploi du prix de l'immeuble aliéné par la femme, on présumait que le mari se l'était approprié. « Lorsque le mari a autorisé sa femme, dit Pothier, pour vendre un héritage propre de la femme, et pour en recevoir le prix, la femme l'ayant vendu, en ayant reçu le prix et n'en paraissant aucun emploi, c'est une question entre les auteurs, si le mari est tenu en ce cas du emploi du prix envers la femme ou les héritiers de la femme, » et après avoir exposé la négative, Pothier ajoute : « Ceux qui tiennent l'opinion contraire et qui prétendent que le mari doit-être tenu du emploi du prix des héritages vendus durant le mariage, par une femme séparée, conviendront volontiers que la raison pour laquelle on accorde le emploi dans le cas d'une communauté, n'a aucune application dans le cas d'une séparation. Mais il y a d'autres raisons très-fortes pour obliger le mari à faire faire un emploi du prix des héritages que sa femme séparée vend durant le mariage, et à le rendre responsable du prix lorsqu'il n'en a fait faire aucun emploi. Ces raisons sont que, sans cela, la séparation serait une voie à un mari pour s'approprier tout le bien de sa femme, par l'abus qu'il pourrait faire de la puissance qu'il a sur sa femme, pour la porter à vendre ses fonds et à lui en faire passer le prix de la main à la main, sans qu'il en parût rien, etc. »

C'est également cette présomption que le prix des immeubles vendus a passé entre les mains du mari, qui lui impose la responsabilité de l'art. 1450, mais la simple présomption ne suffit pas ; sous l'empire du code Napoléon

cette responsabilité naît dans trois cas que nous allons examiner successivement.

1° Quand le mari a participé à la vente et y a donné son consentement, la loi le déclare garant du défaut d'emploi, en vertu du principe même de l'art 1450. Il cesse d'être responsable dès qu'il a été fait emploi du prix; quant à l'utilité de cet emploi, l'art. 1450 dispose formellement que le mari n'en est point garant. Le but de la loi a été d'empêcher que le mari n'abusât de son influence pour forcer sa femme à vendre ses biens et s'emparer du prix; or ce but est atteint aussitôt que que l'emploi est fait, sans qu'il y ait à rechercher s'il est ou non utile. Pour admettre que le mari soit responsable de la solvabilité actuelle de l'acquéreur, il faut dire que la responsabilité édictée par l'art. 1450 a sa base dans une idée de protection pour la femme; or il est difficile d'admettre cette opinion si l'on songe que le jugement de séparation de biens a proclamé l'incapacité du mari; chargée seule de l'administration de sa fortune, la femme séparée de biens doit être, seule aussi, responsable des conséquences de ses actes. Mais il est bien entendu que le mari pourrait être recherché, s'il s'était rendu complice d'une fraude.

Quoique l'art. 1450 parle de la présence du mari à l'acte, nous pensons que son consentement suffit, sa présence n'ajoutant rien à sa participation.

L'emploi serait fait utilement, et partant la responsabilité du mari serait dégagée, si le prix de l'immeuble vendu avait servi à l'acquittement d'une des charges du mariage, par exemple, à acheter des aliments pour la famille, à constituer une dot aux enfants, etc., ou au paiement d'une dette qui grevait le bien aliéné.

Le emploi est soumis à des règles plus étroites, il faut que le prix de l'immeuble aliéné soit consacré à l'acquisition d'un autre immeuble; la loi du 2 juillet 1863 permet aussi de faire le emploi en rentes 3 % sur l'Etat. Si le emploi pourrait être fait en biens autres que des immeubles, il s'en suivrait que la femme pourrait les aliéner sans autorisation, ces biens seraient exposés à de plus grandes chances de perte, et par conséquent la conservation de la dot ne serait pas aussi complètement assurée, le but de la loi serait manqué.

2° Le mari est encore responsable du défaut d'emploi s'il a concouru au contrat de vente, lors même qu'elle aurait été faite avec autorisation de justice: le motif que nous avons donné à l'art 1450 s'applique ici encore parfaitement: en effet, le mari pourrait refuser ostensiblement son autorisation pour faire croire qu'il n'entend point participer à la vente, puis, l'autorisation de la justice une fois accordée, il viendrait concourir au contrat afin de pouvoir exiger le prix de l'acquéreur; ou bien, plus adroit encore, il laisserait sa femme passer seule l'acte de vente, et, par un moyen indirect, il réussirait néanmoins à s'emparer du prix. La loi ne pourrait abandonner la femme à de semblables pièges. Bien que la vente ait été faite en vertu de l'autorisation de la justice, le mari devra répondre du défaut d'emploi, soit qu'il ait concouru à l'acte, soit qu'il ait reçu le prix ou l'ait fait tourner à son profit.

3° Le cas précédent comprend le troisième: lorsque l'aliénation a été faite par autorisation de justice, si le prix ou partie du prix a profité au mari, il en est responsable: c'est toujours l'application du même principe.

.Alors même que le mari serait demeuré complètement

étranger à la vente, la femme pourra toujours prouver qu'il a touché le prix ou qu'il en a profité ; mais serait-elle admise à faire cette preuve par témoins ou même par de simples présomptions si la somme dépassait 150 francs ? — Nous admettons l'affirmative parce que nous pensons que l'art. 1341 n'est pas applicable aux rapports d'une femme mariée avec son mari ; bien plus, nous allons jusqu'à dire que la présomption de l'art. 1450 ne saurait être détruite par les déclarations que renfermerait l'acte de vente et qui porteraient, par exemple, que le prix a été payé antérieurement ou qu'il a été touché par la femme seule. Autrement ces déclarations deviendraient de style et seraient le plus souvent inspirées par le mari ; il ne faut donc leur accorder aucune confiance. Nous admettrions plus difficilement la preuve par témoins en faveur de la femme séparée de corps, sa dépendance n'étant pas aussi complète vis-à-vis de son mari.

Si la femme, après avoir reçu le prix de son immeuble, l'avait employé à fournir des aliments au mari revenu depuis à meilleure fortune, pourrait-elle répéter ces dépenses ? — Nous ne le croyons pas ; le changement survenu dans la fortune du créancier d'une pension alimentaire éteint l'obligation du débiteur pour l'avenir, mais nous ne voyons pas que celui-ci soit autorisé par la loi à répéter ses dépenses. L'art. 1450 dit bien que le mari est responsable des deniers qui ont tourné à son profit, mais nous ne considérons comme ayant tourné au profit du mari que ce dont il s'est enrichi.

Aux termes de l'art. 1450 le mari est garant, sous certaines conditions, du défaut d'emploi ou de remploi du prix des immeubles ; quant au prix des meubles aliénés, il n'en est pas question attendu que l'art. 1449 permet à

la femme séparée de disposer de son mobilier comme elle l'entend; le mari ne peut donc être responsable d'un acte auquel il n'a pas le droit d'assister. Mais nous avons admis que le mobilier continue d'être inaliénable après la séparation de biens, s'il était dotal, ou, dans le cas contraire, à ne pouvoir être aliéné, en principe, sans l'autorisation du mari ou de justice, puisqu'il ne peut l'être que pour les besoins de l'administration : cette solution nous conduit naturellement à dire que le mari qui participe à l'aliénation du mobilier encourt la responsabilité que l'art. 1450 édicte expressément pour les immeubles. Nous trouvons la confirmation de cette idée dans un arrêt de la Chambre des requêtes rendu le 13 août 1863 (Dall. 63. — 1, — 463); il ressort de cet arrêt que le mari peut « être soumis à la responsabilité » lorsqu'il est établi que, abusant de son ascendant et « pour sa seule satisfaction personnelle, il a, soit par des aliénations, soit par une sorte de contrainte morale, entraîné la femme à dissiper une partie de la fortune mobilière qu'elle possédait. »

Nous pensons que l'obligation de l'art. 1450 pèse sur le mari de la femme dotale, à l'égard des paraphernaux vendus par celle-ci, et nous avons en faveur de notre opinion la majorité des auteurs et des arrêts. Pour soutenir la doctrine contraire, on dit que l'art. 1450 étant une disposition exorbitante du droit commun, doit être restreint aux termes exprès de la loi, et on invoque la maxime « *qui auctor est non se obligat.* » Mais il est facile de répondre en opposant cet autre principe bien plutôt applicable à notre matière : « Il n'est pas de personne chargée de veiller aux intérêts de quelque incapable qui ne soit responsable de sa mauvaise gestion ou

du défaut de surveillance. La présomption dont nous faisons la base de l'art. 1450 est bien plus forte dans notre hypothèse, et si la loi déduit de la participation du mari à l'acte qu'il a profité du prix, lorsque la femme a obtenu la séparation, à plus forte raison doit-il en être ainsi dans notre hypothèse où rien n'est venu relâcher les liens qui unissent les époux, ni amoindrir l'influence du mari sur sa femme. »

L'art. 1450 est aussi applicable au mari de la femme séparée contractuellement lorsqu'elle a fait une aliénation : la loi ne fait point de différence entre la femme dotale, relativement à ses paraphernaux, et la femme mariée sous le régime de séparation de biens.

Si le mari a concouru à une vente faite par la femme moyennant un prix non payé lors du contrat, l'acquéreur peut payer entre les mains de la femme, attendu que l'art. 1449 permet à celle-ci de toucher ses capitaux mobiliers, et le mari sera responsable si le prix est dissipé par la femme ; mais cette responsabilité lui donne le droit de former opposition au paiement jusqu'à ce que l'emploi soit réglé d'un commun accord avec sa femme ou par la justice.

§ V. — Des effets de la séparation de corps ou de biens relativement aux gains de survie.

Art. 1452. « La dissolution de la communauté 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 con-
• serve la faculté de les exercer lors de la mort naturelle
• ou civile de son mari. »

L'expression même de *gains ou droits de survie* dit assez que l'exigibilité en est reportée à la mort de l'un des époux. D'ailleurs ces avantages n'étaient promis à la femme qu'en cas de prédécès du mari; or toutes les clauses et conditions du contrat de mariage doivent être rigoureusement exécutées, les étendre serait porter atteinte au principe de l'immutabilité du statut matrimonial.

Dans l'ancien droit on ne s'accordait pas sur ce point, la jurisprudence avait longtemps varié sans s'établir d'une manière uniforme. Après avoir accordé son douaire à la femme séparée comme à la femme veuve, le Parlement de Paris la réduisit à un demi douaire et finit par déclarer dans un arrêt du 11 juillet 1616, que la femme séparée n'était pas recevable à réclamer son douaire. Dans le ressort des autres parlements, le désaccord existait aussi; les coutumes du Nivernais, du Maine et de Normandie accordaient intégralement son douaire à la femme séparée, tout en reportant au décès du mari l'ouverture des autres droits de survie; dans le ressort du parlement de Grenoble et du Lyonnais, la jurisprudence était différente.

Le code Napoléon a fait disparaître ces dissidences, et quoique l'article ne parle que des droits de survie de la femme, les raisons de décider sont les mêmes pour ceux du mari; le législateur s'est formellement expliqué quant aux droits de la femme, parce qu'on aurait pu la croire fondée à les réclamer provisoirement, sauf restitution, afin qu'ils ne fussent pas compromis par la mauvaise administration du mari, dont la séparation a suffisamment prouvé l'incapacité; c'est ce raisonnement que la loi condamne dans l'art. 1450, dont nous pouvons tirer un argument à *fortiori* pour dire que le mari n'est pas fondé

à réclamer ses gains de survie après la séparation de biens.

La femme pourrait réclamer, pour le montant de ses droits de survie, une collocation éventuelle dans l'ordre ouvert contre son mari, et quoique ces gains de survie ne puissent lui être adjugés actuellement, on lui accorde ordinairement cette collocation, quitte à en laisser les intérêts au mari ou à ses créanciers. L'art. 1180 autorise d'ailleurs la femme à prendre des mesures pour la conservation de ces droits éventuels; elle peut le faire dès la séparation de biens, puisque le créancier peut, aux termes de cet article, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. Mais la femme ne jouirait pas de cette faculté si le gain de survie lui avait été accordé sous la forme d'une institution contractuelle; nous savons que le donateur conserve en pareil cas le droit de disposer à titre onéreux des biens compris dans la donation. Le gain de survie ne constituant plus une créance, l'art. 1180 cesse de lui être applicable.

Lorsqu'il a été stipulé dans le contrat de mariage que le survivant des époux aurait droit à un préciput, l'art. 1518 nous dit que le mari peut, lors de la séparation, conserver provisoirement la chose qui constitue le préciput, à la charge de donner caution; cette disposition est exacte lorsque le préciput a été stipulé au profit de la femme même renonçante, et si la femme renonce effectivement; mais si elle accepte, la communauté doit être partagée comme s'il n'y avait eu aucune stipulation de préciput, autrement la situation de la femme acceptante serait moins favorable précisément à cause de cette stipulation qui devait lui procurer un avantage.

La femme peut, après la séparation de biens, transiger sur son gain de survie et s'en départir, par exemple, moyennant une somme d'argent payée actuellement, puisque cet avantage constitue pour elle une créance et qu'elle a la libre disposition de ses droits. Mais il en serait autrement si le gain de survie n'était au fond qu'une institution contractuelle; la convention dont il serait l'objet aurait tout le caractère d'un pacte sur succession future, formellement prohibé par l'art. 701. Cette distinction est consacrée par la jurisprudence et la doctrine.

Nous savons d'ailleurs, et c'est une question aujourd'hui définitivement résolue, que la séparation de corps, contrairement à la séparation de biens, entraîne la perte des gains de survie au préjudice de l'époux contre lequel elle a été prononcée; l'art. 1452 mentionne en effet le divorce comme le cas de séparation de corps et de biens, nous pouvons donc le combiner avec l'art 299. Cette solution, qui consiste à dire que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, perd ses gains de survie, ne peut être l'objet d'aucune clause contraire dans le contrat de mariage, car cette clause aurait un caractère d'immoralité. Nous regardons également comme illicite la clause par laquelle le mari aurait stipulé certains avantages en cas de séparation de biens; cette convention présenterait un double inconvénient : d'un côté elle deviendrait pour le mari un encouragement à la dissipation ou à la mauvaise gestion, et d'un autre côté elle pourrait être, dans l'esprit de la femme, un obstacle perpétuel à la demande de séparation, devenue pourtant nécessaire dans l'intérêt de la famille.

Toutes autres stipulations, soit dans l'intérêt de

l'époux qui obtiendrait la séparation de corps, soit au profit de la femme qui ferait prononcer la séparation de biens, nous paraissent parfaitement licites, puisque l'art. 1452 est fondé sur l'intention présumée des époux au moment du mariage, et que, par conséquent, toute volonté contraire formellement exprimée doit prévaloir sur cette présomption.

CHAPITRE IV.

De la cessation de la séparation de biens.

« La séparation de biens est une rupture toujours
« fâcheuse de l'association civile des époux, dit
« M. Dutruc; elle fait sortir ces derniers de la voie
« normale où le mariage les avait placés, et, comme
« nous l'avons dit plusieurs fois, pour justifier ce grave
« changement, il ne faut rien moins qu'une nécessité
« tout à fait impérieuse. — Mais si les circonstances qui
« l'avaient rendu nécessaire viennent à cesser, le retour
« aux anciens rapports des époux sera-t-il impossible?
« Le remède violent qu'il a fallu employer dans un
« moment de crise, et qui est plus funeste qu'efficace à
« l'époque où le péril a disparu, ne pourra-t-il plus être
« repoussé? Le législateur n'a pas voulu offrir aux
« époux une sauvegarde qui pourrait devenir un piège.
« Le rétablissement de l'ancien état de choses, alors que
« la ruine n'est plus à craindre, mérite trop de faveur
« pour que la loi ne l'autorise pas. L'administration de
« la femme emprunte à la faiblesse de celle-ci une hési-
« tation qui exclut souvent la prospérité. Le mari n'a
« peut-être été que malheureux; revenu à meilleure

• fortune, qu'il puisse ressaisir d'une main ferme la
• direction d'une société dont la dissolution est désormais
• sans cause, l'avantage de la famille en dépend. »

Ces motifs avaient paru suffisants dans l'ancienne jurisprudence pour autoriser les époux à faire cesser la séparation de biens, et l'on répondait à Bourjon et à Denizart, qui admettaient l'opinion contraire dans la crainte que le rétablissement de la communauté ne dissimulât un avantage indirect au profit du mari : « Le rétablissement de
• la communauté se faisant à l'occasion d'un plus heureux progrès qu'on aperçoit dans les affaires du mari,
• il ne doit pas passer pour un avantage indirect, c'est
• un retour au droit commun que le droit a traité favorablement en la loi 19 D. *Solut. matrim.*, et en la
• loi 3 D. *de d'cortis.* »

La coutume d'Orléans était favorable au rétablissement de la communauté.

Il fallait dans tous les cas une adhésion formelle des époux, mais les moyens étaient différents suivant que la séparation de biens était la conséquence de la séparation de corps, ou suivant qu'elle avait été prononcée principalement ; au premier cas la réunion publique des époux rétablissait la communauté, au second, il fallait un acte authentique constatant la volonté des conjoints.

L'art. 1451 laisse à la volonté des époux le pouvoir de rétablir la communauté ; quant au moyen il ne distingue pas entre la séparation de biens accessoire et la séparation de biens principale ; il faut pour les faire cesser, un acte passé devant notaire et avec minute, dont une expédition doit être affichée en la forme prescrite par l'art. 1445.

Le code Napoléon a abandonné le principe de l'ancien

droit en vertu duquel la séparation de corps ne pouvait cesser sans que la séparation de biens qui l'avait suivie cessât également, on appliquait la maxime *cessante causa, cessat effectus*; Pothier s'exprime très-clairement à ce sujet: « Tous les effets de la séparation cessent, dit-il, » lorsque la femme séparée d'habitation est volontairement retournée avec son mari; le mari rentre dans tous ses droits sur la personne et les biens de la femme; la communauté des biens, qui était entre les conjoints, est rétablie de plein droit; tout ce qui a été acquis de part et d'autre pendant que la séparation a duré, y entre comme si elle n'avait jamais été dissoute, et la séparation d'habitation, quelque exécution qu'elle ait eue, et quelque longtemps qu'elle ait duré, est regardée comme non avenue; sauf que les actes faits par la femme pendant que la séparation a duré subsistent lorsque ce sont des actes que la séparation lui donnait le droit de faire, tels sont les baux de ses biens, etc.

L'art. 1451 n'admet plus qu'un moyen de rétablir la communauté, c'est l'acte authentique; l'effet survivra donc à la cause, et la séparation de biens continuera d'exister, nonobstant la réunion des époux, aussi longtemps qu'ils n'auront pas fait constater leur volonté par acte notarié et avec minute, et fait afficher l'expédition dans la forme de l'art. 1445. En un mot, il ne suffit plus que la séparation de corps ait cessé pour que la séparation de biens cesse aussi. Cette décision est meilleure que celle de l'ancien droit, car il est toujours désirable de voir cesser la séparation de corps si préjudiciable aux époux, à la famille, et même à la société, et il ne faut pas qu'un intérêt pécuniaire, une question d'argent empêche la réconciliation, c'est pourquoi la séparation de corps peut

aujourd'hui cesser, sans que le rétablissement de la vie commune entraîne nécessairement le rétablissement du régime matrimonial adopté dans le contrat de mariage.

Pour rétablir la communauté, la loi n'exige que le consentement des deux parties parcequ'elle favorise le retour à la loi du mariage; le consentement de la femme mineure, joint à celui de son mari, suffira donc pour faire cesser la séparation, et il n'est aucunement besoin de l'assistance de ses ascendants; il serait étrange d'ailleurs qu'elle eût besoin du consentement de sa famille pour rétablir la situation que le législateur lui avait faite, alors qu'elle a pu, sans autre autorisation que celle du président du tribunal, faire prononcer la séparation de biens qui modifie si profondément la loi du mariage. Mais il faut le consentement des deux époux, et ni l'un ni l'autre ne seraient admis à prétendre que la séparation doit prendre fin contre le gré du second conjoint.

La communauté ne peut être rétablie que par un acte passé devant notaire et avec minute : il faut à cette convention la même fixité qu'au contrat de mariage, car il intéresse les tiers au même degré; l'acte authentique prévient d'ailleurs toutes les contestations qui pourraient s'élever sur le caractère des faits constitutifs du rétablissement de la communauté : « La dissolution de la communauté par séparation ayant une cause qui peut cesser, disait le tribun Siméon au Corps législatif, la communauté peut revivre entre les époux rapprochés, pourvu qu'ils en conviennent par un acte qui devra être authentique afin de prévenir les contestations et les fraudes. »

Toutefois, et quoique l'art. 1451 semble exiger la présence de deux notaires, l'acte dont il s'agit n'est pas.

de ceux pour lesquels l'art. 2 de la loi du 21 Juin 1843 exige, à peine de nullité, la coopération de deux notaires.

Enfin, il est nécessaire que l'acte authentique dont il reste minute soit affiché dans la forme prescrite par l'art. 1445. En renvoyant à cet article, notre disposition obligeait les époux à remplir, pour la cessation de la séparation de biens, les mêmes formes de publicité que pour le jugement de séparation ; mais l'art. 872 étant venu modifier l'art. 1445, on s'est demandé s'il modifiait en même temps l'art. 1451, en d'autres termes, est-il conforme à l'esprit de la loi d'exiger une plus grande publicité pour la cessation de la séparation de biens parce que l'art. 872 a augmenté les mesures de publicité du jugement de séparation ? — A cette question nous répondrons affirmativement ; les principes qui régissent la matière nous paraissent assez probants, malgré l'avis opposé de bon nombre d'auteurs, mais les conséquences en sont tempérées par cet autre principe que les nullités sont de droit étroit ; aussi ne pouvons-nous considérer comme nul un acte dressé pour constater la séparation de biens et qui n'aurait reçu de publicité que dans les formes prescrites par l'art. 1445 ; pour nous, l'absence des affiches supplémentaires prescrites par l'art. 872 ne pourrait avoir qu'un résultat, celui de valider des actes faits de bonne foi par des tiers qui ignoraient le changement survenu dans la position des époux.

Nous avons vu que le défaut de publicité rend la nullité de la séparation opposable, non seulement par les tiers, mais encore par les époux entre eux : en est-il de même du défaut de publicité s'appliquant à la cessation de la séparation ? — Nous ne le pensons pas, parce que les motifs invoqués plus haut n'existent plus ; la loi, peu

favorable à la séparation judiciaire, présume qu'elle n'était pas sérieuse lorsqu'elle n'a pas été publiée ; en conséquence elle l'annule ; au contraire, le retour au pacte matrimonial est favorable, et si le défaut de publication pouvait être opposé par un époux à l'autre, la femme, qui doit naturellement compter que les formalités seront remplies par son mari, pourrait se trouver, à son insu, sous l'empire de son contrat de mariage ou du jugement de séparation, suivant que le mari aurait eu intérêt à faire ou à ne pas faire publier l'acte qui fait cesser la séparation de biens.

Il résulte du second alinéa de l'art. 1451 que les acquêts faits par chaque époux et les successions mobilières qui leur sont échues dans l'intervalle du jugement à la cessation de la séparation tombent dans la communauté si elle avait été stipulée par le contrat de mariage. Mais comme il ne serait pas juste que ce rétablissement du régime primitif portât atteinte aux droits légitimes des tiers, la loi ajoute : « Sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits en conformité de l'art. 1449. » Sont donc maintenus les actes d'administration, les baux jusqu'à concurrence de neuf années, les aliénations de meubles ; les obligations qu'elle a consenties dans les limites de son droit d'administration tombent à la charge de la communauté.

L'art. 199 de la coutume d'Orléans portait la même disposition dans des termes différents : « Rentreront dans » ladite communauté les meubles et acquêts immeubles, » même ceux échus et acquis pendant ladite séparation, » comme si elle ne fût advenue, demeurant néanmoins » bon et valable tout ce qui a été contracté pendant la » séparation. »

En supposant que la femme ait été payée de toutes ses reprises après la séparation de biens, si, dans l'intervalle du jugement à la cessation de la séparation, le mari avait aliéné un de ses immeubles, il est clair que ce retour au pacte matrimonial ne pourrait faire revivre l'hypothèque légale de la femme sur cet immeuble.

La fin de l'art. 1451 interdit aux époux de rien changer au régime primitif en le rétablissant. Mais la nullité d'une pareille clause porterait-elle en même temps sur l'acte qui rétablirait la communauté? Lebrun et Pothier avaient résolu cette question : « Lebrun, dit » Pothier, décide avec raison que ces conventions portées » par l'acte de rétablissement de communauté sont » nulles; les séparations n'ont d'effet qu'autant qu'elles » durent; elles sont détruites et regardées comme non » avenues par le seul fait, lorsque les parties ont remis » leurs biens en commun; il ne peut pas y avoir deux » communautés entre les conjoints par le 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 (Pothier, comm. » N° 529). » Malgré l'autorité de Pothier et de Lebrun, nous croyons devoir nous soumettre aux termes formels de la loi, qui annule la convention portant rétablissement de la communauté, et non pas seulement la clause dérogatoire au contrat de mariage. Ne serait-ce pas d'ailleurs faire violence à la volonté des époux que de rétablir les conventions matrimoniales en supprimant les conditions qu'ils avaient mises à ce rétablissement? Ne serait-ce pas leur tendre un piège, et partant les exposer à une déception? Si l'on supprime ces conditions, qui peut-être ont été la cause déterminante du consentement

des époux, ne va-t-on pas leur imposer une situation qui ne leur convient nullement? — Le système opposé ne peut offrir une réponse plausible à ces objections, il se trouve donc en désaccord, à notre avis, non seulement avec la lettre, mais aussi avec l'esprit de la loi. — Aussi quelques partisans de cette opinion admettent-ils un tempérament à leur doctrine : la convention, selon eux, doit être annulée tout entière, s'il n'est pas douteux que la clause dérogatoire ait été la cause déterminante de l'acte de rétablissement; sinon l'acte de rétablissement est maintenu. — Pour nous, les expressions de l'art. 1451 sont trop claires et trop formelles pour que nous acceptions un système qui laisse place à l'arbitraire. — L'art. 1451, rédigé d'abord en vue du rétablissement de la communauté nous paraît devoir être placé parmi les textes qui devinrent plus tard applicables, pour identité de motifs, au régime dotal, que les législateurs avaient d'abord eu l'intention d'abandonner complètement et qui fut intercalé dans le Code, après coup, et sans les développements nécessaires.

Il peut arriver que des enfants d'un premier lit, se basant sur l'art. 1527, prétendent faire réduire à une part d'enfant le moins prenant l'avantage que le rétablissement de la communauté aurait procuré à l'autre conjoint sur un conquêt de l'époux remarié. Mais cette prétention ne doit pas être admise puisque la loi veut favoriser le retour des parties au régime qu'elles avaient primitivement embrassé.

Quand les époux ont rempli les conditions que leur impose l'art. 1451 pour rétablir la communauté, ils se trouvent dans la position que leur avait faite le contrat de mariage sans qu'ils puissent y apporter aucune modi-

fication par leur consentement mutuel, mais il n'est pas douteux qu'une nouvelle demande en séparation de corps ou de biens soit possible si elle est fondée sur des causes postérieures à la réconciliation ou au rétablissement de la communauté.

CHAPITRE V.

Du droit d'enregistrement.

Parmi les formalités qui doivent être observées dans la procédure de la séparation de biens, il en est qui sont soumises à un droit-fiscal, il en est aussi qui ne donnent lieu à aucun droit d'enregistrement.

Nous trouvons d'abord l'ordonnance rendue sur requête par le président, et comme telle soumise au droit fixe de 3 francs, aux termes de l'art 68, § 2, N° 6, de la loi du 22 frimaire de l'an vii, combiné avec l'art. 41, N° 10, de la loi du 28 avril 1816; l'ordonnance est soumise en outre par une instruction générale du 4 juillet 1809, à l'enregistrement dans les vingt jours de sa date. — Un arrêt de la Cour suprême rendu le 5 décembre 1832 (Dall. 33, 1, — 101) a repoussé la prétention de la régie qui voulait frapper d'un droit d'enregistrement les extraits de la demande en séparation dont l'art. 866 du Code de procédure prescrit l'insertion au tableau; la régie invoquait l'art. 42 de la loi du 22 frimaire an vii, qui défend aux notaires, greffiers, etc., de faire ou de rédiger un acte en vertu d'un autre acte sous-seing privé non enregistré, ou de le recevoir en dépôt; mais la Cour de Cassation a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer, non pas l'art. 42, mais l'art. 8 attendu que c'était un extrait de

l'exploit d'assignation que le greffier avait reçu, et que, cet exploit ayant été enregistré, l'art. 8 n'en soumettait l'extrait à aucun droit. D'après ces motifs, l'extrait de la demande formulée dans la requête adressée au président serait soumis à l'enregistrement puisqu'il ne peut être classé, aux termes de l'art. 8 de la loi du 22 frimaire de l'an VII, dans la catégorie des actes qui doivent être enregistrés sur la minute. Il est donc nécessaire que les avoués mentionnent que leur rédaction est empruntée à l'exploit d'assignation, car si elle était prise dans la requête l'administration réclamerait le droit d'enregistrement ; or, voici les bases de ce droit, posées par l'administration elle-même dans une décision ministérielle du 19 octobre 1818, et reproduites dans l'instruction générale du 18 décembre 1818 :

- 1° Les avoués ont seuls qualité pour rédiger et
- remettre aux greffiers des tribunaux et aux secré-
- tariats des Chambres des avoués et des notaires les
- extraits de demandes en séparation de biens et des
- jugements de séparation de corps et de biens.

- 2° Les extraits peuvent être rédigés sur papier au
- timbre de 35 ou de 70 centimes, et ils doivent être
- enregistrés au droit de 1 franc avant leur remise aux
- greffes et aux secrétariats des chambres ;

- 3° Les greffiers ne sont pas tenus de dresser acte de
- dépôt, mais la publication doit être constatée par un
- acte sujet au droit d'enregistrement de 3 francs et au
- droit de rédaction de 1 franc 25. — Pour justifier de
- l'accomplissement de cette formalité, les avoués peuvent
- se faire délivrer par le greffier un certificat passible du
- droit d'enregistrement de 1 franc et du droit de
- rédaction de 1 fr. 25.

» 4° Enfin la remise aux chambres des avoués et des
» notaires, et publication, par ces chambres, des extraits,
» est suffisamment constatée par un certificat du secré-
» taire de la chambre, assujetti au droit d'enregistrement
» de 1 franc. »

Il a été décidé de plus par une instruction du 26 septembre 1829 que les extraits faits par les avoués et remis au greffes et aux chambres sont assimilés à des collations et soumis tous à l'enregistrement, excepté celui qui doit rester au dossier.

Les formalités et les délais accomplis, le jugement de séparation intervient et est lui-même frappé d'un droit particulier par l'art. 68, § 6, N° 2 de la loi du 22 frimaire an VII qui établit un droit fixe de 15 francs sur « les
» jugements des tribunaux civils portant interdiction, et
» ceux de séparation de biens entre mari et femme, lors
» qu'ils ne portent point condamnation de sommes et de
» valeurs, ou lorsque le droit proportionnel ne s'élève
» pas à 15 francs. »

Cette disposition vise les jugements rendus par les tribunaux de première instance sans parler des arrêts qui pourraient intervenir sur l'appel formé contre ces jugements; les lois postérieures ne s'en occupent pas davantage; celle du 28 Avril 1816 soumet à un droit particulier et plus élevé les arrêts portant interdiction, mais elle ne met plus sur la même ligne, comme la loi de frimaire, les arrêts qui prononcent la séparation de biens; l'art 47 ne parle que des arrêts prononçant la séparation de corps, qu'il soumet à un droit fixe de 25 francs. — Nous devons donc nous référer, quant à ceux qui prononcent la séparation de biens, à la règle générale établie par l'art. 46, N° 2 de la loi du 28 Avril

1816, aux termes duquel le droit de 10 francs « doit être » perçu sur les arrêts définitifs des cours, dont le droit « proportionnel ne s'élève pas à 10 francs » — L'art. 68, § 6, N° 2, ne parlant que des jugements définitifs, nous pensons que les décisions préparatoires ou interlocutoires qui pourraient précéder le jugement de séparation sont soumises au droit fixe de 3 francs établi par les art. 68, § 2, N° 6, de la loi de frimaire, et 44, N° 10 de la loi du 28 avril 1816. — Les arrêts de la même espèce doivent être régis, pour la même raison, par l'art. 45, N° 6, de la loi du 28 avril 1816, qui impose un droit de 5 francs sur les arrêts interlocutoires ou préparatoires rendus par les cours d'appel, lorsqu'ils ne sont pas susceptibles d'un droit plus élevé.

Nous avons vu que le droit fixe de 15 francs ne doit être perçu que sur les jugements qui ne portent pas condamnation de sommes ou de valeurs. Dans le cas contraire, il faut appliquer l'art. 69, § 2, N° 9, de la loi du 22 frimaire, an VII, qui soumet à un droit proportionnel de 50 p. % les expéditions de jugements « contradictoires » ou par défaut, des juges de paix, des tribunaux civils, « de commerce et d'arbitrage, de la police correctionnelle » et des tribunaux criminels, portant condamnation, collocation ou liquidation de sommes et valeurs mobilières, intérêts et dépens, entre particuliers, excepté les dommages-intérêts, dont le droit proportionnel est fixé à 2 % sous le § 5, N° 8.

D'après ce texte, le droit proportionnel n'est dû que dans le cas où le jugement contient une condamnation contre le mari au paiement d'une somme ou d'une valeur mobilière déterminée ou à déterminer, à laquelle il puisse être contraint d'obéir par des voies d'exécution.

Contrairement à l'arrêt du 12 novembre 1844, dans lequel la Cour de Cassation revient à sa première opinion qu'elle avait paru abandonner dans l'intervalle, nous pensons que le jugement de séparation qui ordonne la restitution de la dot par le mari, ne rend pas exigible le droit proportionnel de 50 p. % sur le montant de la condamnation résultant de la liquidation ; en effet, le jugement qui condamne le mari à restituer la dot ne contient pas une condamnation proprement dite, il ne fait que déclarer les droits de la femme.

La Cour de Cassation ne s'est pas arrêtée là, elle a ajouté encore à l'arrêt de 1835 en décidant que la fixation des valeurs faite lors de l'enregistrement du jugement et la perception du droit qui en a été la suite, n'est que provisoire, et que si la liquidation définitive donne une somme plus considérable, le droit supplémentaire devra être payé. Ce système est d'autant moins admissible que la Cour de Cassation n'admet pas la réciprocité.

L'acte qui fait cesser la séparation a un effet rétroactif et remet, en principe, les époux dans la même situation que si le jugement de séparation n'était pas intervenu, en un mot, la séparation est non avenue ; nous en concluons, et l'administration a fini par admettre que la restitution de la dot au mari et l'acquisition par la communauté des conquêts faits dans l'intervalle par les époux ne donnent lieu à aucun droit proportionnel, il n'y a pas en effet de mutation nouvelle, la communauté rétablie est censée avoir toujours continué.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. La tutelle des femmes n'a pas été établie dans leur intérêt, mais au profit de leurs tuteurs.

II. Le sénatus-consulte Velléien a été motivé par des considérations politiques et sociales ; l'idée de protection pour la femme n'étant que secondaire et accessoire.

III. Sous la jurisprudence classique, la femme qui fait une intercession ne peut renoncer à se prévaloir du Velléien.

IV. On peut concilier la loi 5 avec la loi 32, § 2, au digeste, *ad Sc. Velleianum*, en admettant que la femme, dans cette dernière loi, s'est obligée en se soumettant à l'action *ex empto* dans l'intérêt de son mari.

V. La loi 17, § 1, ne contredit pas la règle que la remise de gage ne constitue pas une intercession.

VI. C'est à tort que Justinien considère comme une conséquence de la seule loi Julia la prohibition pour la femme de consentir à l'hypothèque établie sur le fonds dotal. Cette prohibition est aussi une conséquence du Velléien.

VII. L'exception du Sc. Velléen fait disparaître à la fois l'obligation civile et l'obligation naturelle.

VIII. L'obligation de la femme qui invoque avec succès le Sc. Velléen est éteinte *ipso jure*.

IX. L'action restitutoire accordée par le créancier qui a été repoussé en vertu du Sc. Velléen n'est pas une *restitutio in integrum*.

X. Par la loi 23 au code, § 2 (ht.), Justinien décide que l'intercession faite par la femme pour un autre que son mari, est valable si elle a été constatée dans un acte public signé de trois témoins, mais que si cette formalité n'a pas été remplie, la femme est libre de tout lien de droit, et n'a plus même besoin d'opposer l'exception de Sc. Velléen; mais il ne décide pas que la femme peut encore se défendre au moyen de l'exception Velléienne lorsque formalité de l'acte public a été remplie.

De plus, il n'impose pas la nécessité d'un acte public pour les cas où l'exception Velléienne eût été refusée suivant le droit classique, ni pour ceux où il déclare lui-même l'intercession valable.

XI. La Novelle 134 ch. 8 a modifié en un point la disposition de la Novelle 61 : en vertu de la Novelle 134 le consentement donné par la femme à l'hypothèque du fonds dotal pour sûreté d'un emprunt contracté par le mari est absolument nul.

XII. La renonciation que ferait la femme au bénéfice de l'authentique *si qua mulier* ne rendrait pas valable son intercession pour son mari.

DROIT CIVIL.

I. L'interdiction du mari est une cause de séparation de biens.

II. Lorsqu'une rente viagère a été acquise au moyen de valeurs de la communauté, quoiqu'elle ait été stipulée réversible, elle constitue un acquêt de la communauté et si la femme survit, elle ne peut y avoir droit qu'en acceptant la communauté.

III. Lorsque la femme meurt après avoir introduit une demande en séparation de biens, l'instance peut être continuée par ses héritiers.

IV. Lorsque la femme est interdite, si l'administration du mari tuteur est mauvaise, le subrogé-tuteur de la femme peut demander la séparation de biens.

V. Les formalités prescrites pour la demande en séparation de biens doivent être accomplies, sous peine de nullité, aux termes de l'art. 869: cette peine est encourue lorsque l'avoué n'a pas fait la remise de l'extrait au greffe du tribunal dans les trois jours de la demande, comme l'exige l'art. 866.

VI. La séparation de biens résultant de la séparation de corps ne remonte pas au jour de la demande.

VII. Pour que les aliénations mobilières faites par la femme séparée soient maintenues, il n'est pas nécessaire qu'elles puissent être considérées comme de simples actes d'administration.

VIII. Les obligations de la femme séparée ne sont

valables qu'autant qu'elles constituent des actes d'administration.

IX. La femme séparée de biens qui s'est valablement obligée est tenue sur ses meubles et sur ses immeubles.

X. Lorsqu'une femme dotale a obtenu la séparation de biens, elle n'a point la même capacité qu'une femme commune séparée, et la dot reste inaliénable, nonobstant la séparation de biens.

XI. Lorsque le mari, contre lequel la séparation de biens a été obtenue, se libère d'une dot constituée en argent en donnant un immeuble à sa femme, cet immeuble ne devient pas dotal et reste par conséquent aliénable.

XII. La responsabilité de l'art. 1450 incombe au mari de la femme dotale, à l'égard des paraphernaux vendus par celle-ci, comme à l'égard de l'immeuble dotal, dans le cas où il peut être aliéné.

XIII. L'art. 1451 annule la convention portant rétablissement de la communauté, et non pas seulement la clause dérogatoire au contrat de mariage.

XIV. La responsabilité imposée au mari par l'art. 1450 cesse d'exister dès qu'il a été fait emploi du prix de l'immeuble vendu, sans qu'il y ait à rechercher si cet emploi est utile ou non.

XV. La communauté n'est pas une personne morale.

XVI. La femme séparée de biens n'est pas tenue de verser entre les mains du mari la partie de ses revenus pour laquelle elle doit contribuer aux frais du ménage.

XVII. La communauté établit entre les époux une association de biens, et par suite la co-propriété des biens qui composent la masse commune, mais le chef de cette association est investi de pouvoirs si considérables que, à l'égard des tiers, et sous réserve de certaines restrictions, le mari est considéré comme le propriétaire pour ainsi dire de la masse commune, plus exactement les biens de la communauté et ceux du mari semblent se confondre.

DROIT COMMERCIAL.

I. Lorsque le mari, propriétaire par indivis d'un immeuble au jour de la célébration du mariage, en devient plus tard acquéreur sur licitation, et tombe ensuite en faillite, l'hypothèque légale de la femme porte sur l'immeuble tout entier.

II. L'autorisation de faire le commerce refusée à la femme par le mari ne peut être suppléée par la justice, qui peut cependant autoriser la femme à continuer un commerce entrepris avec l'autorisation du mari.

III. En matière de lettre de change, si la provision consiste en une simple créance du tireur contre le tiré, le tireur ne peut pas opposer la déchéance au porteur négligent.

DROIT CRIMINEL.

I. Quand le président de la Cour d'assises produit dans son résumé des pièces nouvelles inconnues jusque là l'avocat peut demander que les débats soient rouverts sur ces pièces.

II. Le président de la Cour d'assises ne peut interdire à l'avocat de parler de la peine devant le jury.

DROIT DES GENS.

I. Au point de vue du droit international privé, l'art. 1554 appartient au statut personnel.

II. Une convention passée en France et réalisée en France, entre un français et un étranger, tombe sous le coup de la loi du 3 septembre 1807.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Si l'administration juge nécessaire de comprendre dans le lit d'une rivière des propriétés privées qui la bordent, elle doit recourir aux formalités de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

II. Les îles qui s'étaient formées dans une rivière avant qu'elle abandonnât son lit pour s'en creuser un nouveau, continuent d'appartenir aux riverains.

Vu :

Ce 15 Juillet 1876.

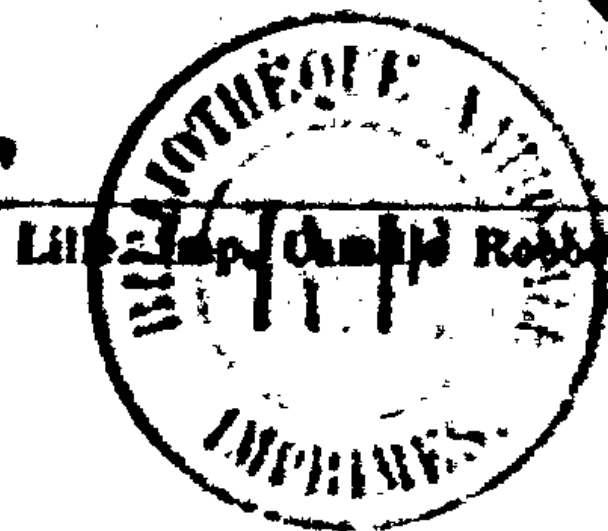
Le Doyen, Président de la thèse,
BLONDEL.

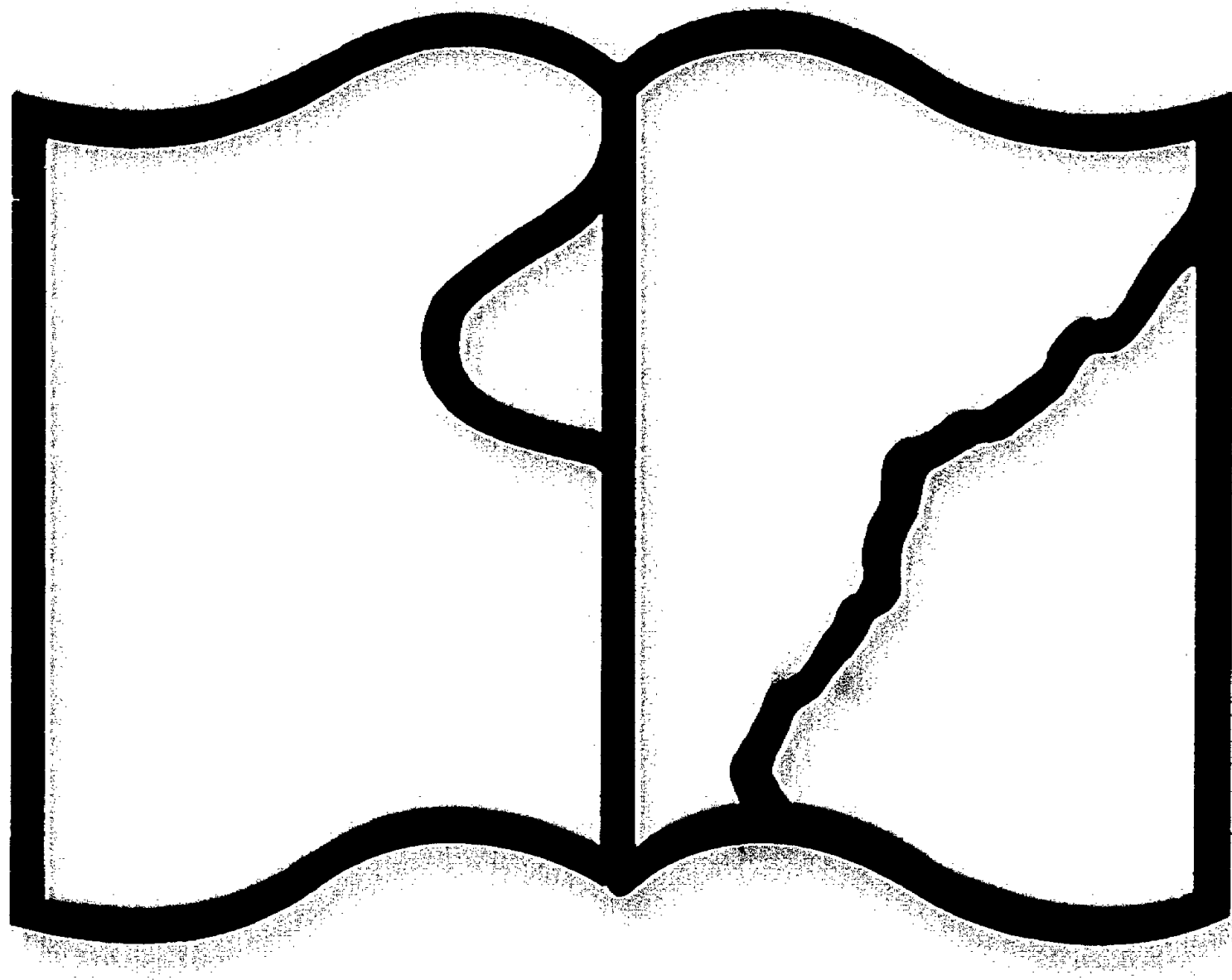
PERMIS D'IMPRIMER :

Ce 15 Juillet 1876.

Le Recteur,

FLEURY.





Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11