

22364

FACULTE DE DROIT DE TOULOUSE.

22  
45  
47

LA FEMME A ROME

SOUS LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

INCAPACITÉ DE

LA FEMME MARIÉE EN FRANCE

SOUS LE CODE CIVIL.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. FRÉDÉRIC COLONDRE

AVOCAT.



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

TOULOUSE

IMPRIMERIE DE BONNAL ET GIBRAC

RUE SAINT-ROME, 44

1874.



10055

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

- MM. DUFOUR \*, doyen, *professeur de Droit commercial.*  
RODIÈRE \*, *professeur de Procédure civile.*  
MOLINIER \*, *professeur de Droit criminel.*  
BRESSOLLES \*, *professeur de Code Civil.*  
MASSOL \*, *professeur de Droit romain.*  
GINOULHIAC, *professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.*  
HUC, *professeur de Code Civil.*  
HUMBERT, *professeur de Droit romain, en congé,*  
POUBELLE, *professeur de Code Civil.*  
ROZY, *professeur de Droit administratif.*  
BONFILS, *agrégé, chargé du cours du droit des gens.*  
ARNAULT, *agrégé, chargé du cours d'Économie politique.*  
DELOUME, *agrégé, chargé de cours.*  
CONSTANS, *agrégé.*  
LAURENS, *agrégé.*  
PAGET, *agrégé.*

---

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, Secrétaire Agent-comptable.

*Président de la thèse : M. BRESSOLLES.*

Assesseurs :

}	MM. MOLINIER.
	MASSOL.
	POUBELLE.
	CONSTANS.

---

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

MM. Davour & Boyer, professeurs de droit commercial.

M. Lemaire & professeur de législation civile.

M. Mourin & professeur de droit criminel.

M. Passot & professeur de Code Civil.

M. Pons & professeur de droit pénal.

M. Roussier, professeur de droit français, étude dans ses

principes généraux et particuliers.

M. Sarrailh & professeur de Code Civil.

M. Sarrailh & professeur de droit romain.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE.

---

A MA MÈRE.

---

A MA GRAND-MÈRE.

---

A LA MÉMOIRE DE MON PARRAIN.



## INTRODUCTION.

---

Balzac écrivait un jour cette pensée : « la femme mariée offre, en France, le spectacle d'une reine asservie, d'une esclave à la fois libre et prisonnière (1). » N'y a-t-il pas, dans cette boutade du romancier philosophe, quelque chose de vrai ? La législation française sur la femme dans le mariage est-elle bien d'accord avec nos mœurs si justement réputées chevaleresques, se rapproche-t-elle surtout, autant que le permet l'imperfection humaine, de cet idéal vers lequel elle doit toujours tendre ? La femme mariée a-t-elle, en un mot, une condition digne du rôle qu'elle joue dans la famille et dans la société ?

Les sentiments à ce sujet ne sont point unanimes ; quoi d'étonnant ? Ce n'est pas, en effet, sans raison que

(1) Balzac, *Études philosophiques, physiologie du mariage.*

l'on a dit : « la condition de la femme sans cesse agitée, mais jamais épuisée, cent fois tranchée, mais toujours renaissante, semble avoir reçu toutes les solutions et en réclame cependant tous les jours de nouvelles (1). »

Si le système du Code civil a des défenseurs convaincus et éloquents, il faut reconnaître que ses adversaires ne manquent ni de logique, ni de talent. La question est, du reste, fort délicate ; les plus grands intérêts de la famille, de la société même dont la famille est un élément essentiel, ne se trouvent-ils pas en jeu ?

J'ai pensé, dès lors, qu'il ne serait pas sans intérêt d'approfondir cette matière si importante, d'exposer dans ses détails le système du Code sur la condition civile de la femme dans le mariage, et de juger enfin qui doit l'emporter de la loi actuelle ou de la critique acerbe qui la poursuit.

Mais pour bien comprendre notre législation actuelle sur la femme mariée, il est indispensable d'avoir quelque connaissance de ses origines. Notre ancienne jurisprudence, notre vieux droit national, doivent nous guider dans cette étude. L'histoire n'est-elle pas, en effet, pour le droit, ce que Cicéron disait d'elle pour la succession des événements : « *testis temporum, lux veritatis, vita memoriæ, magistra vitæ, nuntia voluntatis* (2).

Mon devoir étant de traiter aussi un sujet de Droit romain, j'ai choisi la condition de la femme sous le sénatus-consulte Velléien. Sans doute les deux questions ne

(1) M. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*.

(2) Cicéron, *de Orat.*, 2, 49.

sont point indentiques : en France, la fille majeure et la veuve ont la même capacité civile que le citoyen français, l'épouse seule perd, par le fait même du mariage, une partie de sa capacité; et c'est là justement un trait caractéristique du droit moderne. A Rome, au contraire, l'épouse n'était soumise dans l'administration de sa fortune personnelle à aucune autorité maritale, et le sénatus-consulte Velléien qui la frappait d'une certaine incapacité atteignait aussi bien la fille et la veuve. Mais ne s'agit-il pas toujours de la condition privée de la femme? Du reste, le sénatus-consulte Velléien est un monument législatif d'une telle importance que son étude ne peut être qu'utile et intéressante.

En résumé, j'exposerai d'abord l'incapacité particulière dont le sénatus-consulte Velléien frappe la femme romaine, fille, épouse ou veuve; puis je passerai à l'incapacité de la femme française dans le mariage. Une étude rapide de notre ancien droit servira de trait d'union aux deux questions.

---



PREMIÈRE PARTIE.

---

DROIT ROMAIN

---

LA FEMME A ROME

SOUS LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

---

*Sources :*

Sentences de Paul, liv. II, tit. XI, nos 1 et 2.

Digeste, liv. XVI, tit. I, lois 1 à 32.

Code de Justinien, liv. IV, tit. XXIX, lois 1 à 25.

Novelle CXXXIV.

Authentique, *Sive a me*.... (l. 21, C., liv. IV, tit. XXIX.)

Authentique, *Si qua mulier*.... (l. 22, C., eod. tit.)

CHAPITRE I.

COUP D'ŒIL SUR LA CONDITION CIVILE DE LA FEMME A  
ROME AVANT LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

A l'origine de Rome, le père de famille réunit sous son autorité absolue, femme, enfants, esclaves ; biens et personnes lui appartiennent et il en dispose à son gré. Le

foyer domestique est un sanctuaire inviolable, là sont les dieux Pénates, là s'accomplissent les sacrifices ; c'est en un mot la vie patriarcale.

La loi des XII Tables confirme cette omnipotence du père de famille ; la femme était une véritable esclave sur laquelle le mari avait droit de vie et de mort ; c'était une chose que l'on vendait, que l'on acquérait par longue possession. Néanmoins, il ne faut point uniquement s'attacher aux textes législatifs pour bien connaître la condition de la femme à cette époque. Tacite avait bien raison quand il disait : « Les bonnes mœurs étaient » plus puissantes chez les anciens Romains que ne le » sont ailleurs de bonnes lois (1). »

Si, en effet, nous regardons la femme dans la famille, dans la réalité, nous ne retrouvons plus l'esclave que nous avait fait connaître la loi. Nous voyons la matrone entourée du respect de tous ; elle n'est pas reléguée au fond du gynécée comme l'épouse grecque, elle a au contraire la place d'honneur, dans sa famille comme au dehors. Elle passe sa vie dans l'atrium, au milieu de ses servantes, recevant les clients et les étrangers, présidant aux travaux intérieurs et dirigeant l'éducation de ses enfants dont elle savait faire des citoyens dignes de Rome. De plus, entre le mari et la femme tous les intérêts étaient confondus : *ubi tu Gaius ibi ego Gaia* (2). Aussi, n'est-ce pas tout-à-fait sans raison que Caton l'ancien s'écriait : « Partout les hommes gouvernent les

(1) Tacite, *De moribus Germaniæ*, 19.

(2) Plutarque, *Quæst. Rom.*, 30.

» femmes, et nous qui gouvernons tous les hommes, ce  
» sont nos femmes qui nous gouvernent (1). » Lucrèce,  
Virginie, Véturie, Cornélie, ne sont-elles pas des exem-  
ples frappants de cette influence que la femme exerça à  
Rome?

En vain la puissance paternelle avait-elle été organisée  
de la façon la plus dure, en vain la loi avait-elle placé la  
femme dans une tutelle perpétuelle, les mœurs étaient  
là pour corriger les lois, et la femme fut toujours res-  
pectée et honorée.

Mais son incapacité n'en subsistait pas moins légale-  
ment ; je viens de parler de la tutelle perpétuelle des  
femmes : c'est là, au dire même de Gaius, une des insti-  
tutions les plus originales du Droit romain. On a voulu par  
là perpétuer dans chaque famille, avec la conservation  
des biens patrimoniaux, le souvenir des ancêtres, et la  
dignité ou la gloire de la maison. On comprend que ce  
résultat n'aurait pas été obtenu si on avait laissé à la  
femme la libre disposition de ses biens ; car en se  
mariant elle aurait cherché à enrichir sa nouvelle famille  
aux dépens de celle qu'elle quittait. La loi romaine  
déclara donc que la femme serait sous la tutelle perpé-  
tuelle de ses agnats ; et on peut dire avec assurance que  
cette tutelle fut instituée, non dans l'intérêt de la femme,  
mais contre elle, et dans l'intérêt du tuteur lui-même.  
Comment, du reste, expliquerait-on que la femme placée  
sous la puissance paternelle puisse contracter des enga-  
gements valables, et ne le puisse plus sans autorisation  
quand elle est en tutelle ?

(1) Plutarque, *Reg. Apophthegm.*

L'autorité du tuteur ne s'exerce que sur les biens de la femme ; il n'a aucune autorisation à donner pour les actes qui laissent intact le patrimoine. Quant au droit de tester, l'incapacité de la femme est absolue ; la possibilité pour la femme de faire un testament eût été en opposition flagrante avec le vœu de la loi. Néanmoins cette incapacité absolue de tester cessait dans le cas où la femme subissait une *capitis minutio* ; elle sortait alors de la famille, et la loi voulait lui fournir le moyen de donner sa fortune à ses premiers agnats ; mais l'autorisation du tuteur était nécessaire.

La fille se mariait-elle ? Si elle tombait sous la *manus*, la puissance paternelle ou la tutelle des agnats prenait fin ; dans le cas contraire, l'un ou l'autre de ses pouvoirs continuait ; mais le mari avait toujours ses droits, et la puissance paternelle ou tutélaire d'une part, la puissance maritale de l'autre, concouraient sans s'exclure. Le tuteur n'ayant droit que sur les biens, le mari sur la personne, il ne pouvait guère y avoir de conflit entre tuteur et mari. Mais entre père et tuteur, rien n'était plus fréquent ; on établit alors un pouvoir médiateur, ce fut le tribunal domestique.

Quand la femme, au contraire, tombait sous la *manus*, tout lien de parenté est rompu avec sa famille. Son père perd tout pouvoir sur elle, ses agnats tous droits à sa tutelle et à sa succession. Dans sa nouvelle famille, par rapport à son mari, la femme est *loco filia* ; en vertu du mariage le mari a toujours les droits de puissance sur la personne, par la *manus*, il acquiert de plus les biens de la femme ; tout ce que cette dernière possède tombe dans

le patrimoine commun. Mais la femme *in manu*, tout comme la *filiafamilias*, peut s'obliger personnellement sans autorisation, et posséder un pécule. Telle fut la condition privée de la femme dans les quatre premiers siècles de Rome.

Dès la fin de la République, la dissolution commence à se produire dans les mœurs ; tous les liens domestiques se relâchent à la fois, la corruption envahit tout. L'autorité morale n'ayant plus de force, là où il n'y a plus de mœurs, le tribunal domestique n'a plus aucune influence, et le pouvoir paternel se trouve affranchi de toute entrave au moment même où le relâchement des affections domestiques le rendait plus tyrannique et plus insupportable.

Il devint nécessaire que la loi publique intervint ; le despotisme des Césars devait briser l'indépendance de la famille, César et Auguste saisirent cette occasion de faire triompher leur politique envahissante. La femme est affranchie à la fois de la *manus* et de la tutelle ; la puissance paternelle et la puissance maritale se relâchent de plus en plus.

Les femmes deviennent alors aussi puissantes par leurs vices que les héroïnes de la vieille Rome l'avaient été par leurs vertus, et l'on comprit que l'on devait remplacer la contrainte des mœurs par celle des lois. La femme reste, il est vrai, indépendante dans la famille, mais dans un intérêt d'ordre public et de morale, l'État la soumet à diverses incapacités légales dans ses rapports avec les tiers. L'incapacité de la femme n'a donc plus pour cause, l'intérêt de sa famille, mais bien la *fragilitas sexus*.

La loi Oppia fut portée la première contre le luxe des femmes ; ce ne fut, à l'origine, qu'une mesure provisoire que l'obstiné Caton ne put faire déclarer perpétuelle : la série d'actes législatifs connus sous le nom de lois somptuaires qui suivit la loi Oppia n'eut pas plus de succès ; l'influence pernicieuse du luxe insolent des femmes n'en persista pas moins.

On résolut alors de tarir dans sa source même leur richesse ; elles pouvaient acquérir par succession, donation, ou testament ; on décida que la capacité pour la femme de recevoir par testament serait fort restreinte ; ce fut là l'objet de la loi Voconia ; d'après cette loi la femme ne pouvait acquérir par testament d'un individu ayant plus de cent mille as ; le testateur riche ne pouvait l'instituer héritière ; elle ne pouvait recevoir de legs qu'autant qu'ils n'étaient pas excessifs.

Quant aux donations, la loi Cincia, portée quelque temps avant la loi Oppia, l'avait soumise, ainsi que les hommes, du reste, à des restrictions fort étroites.

Puis on arriva aux successions légitimes et il fut décidé que les agnates ne viendraient qu'après les agnats les plus éloignés. Malheureusement, le but de toutes ces lois restrictives de la capacité des femmes ne fut point atteint, Gaius nous dit lui-même qu'on éludait toutes les prohibitions par des fidéicommiss, et le législateur se vit obligé de favoriser l'enrichissement des femmes pour favoriser, en même temps, les mariages. Jamais, en effet, l'opulence des femmes ne fut plus grande, leur luxe plus immoral, leurs mœurs plus dissolues, et Séné-

que s'écrie avec autant de douleur que de raison : « c'est » un fléau qu'une femme opulente (1). »

Dans cet essai malheureux de réforme morale, les lois romaines allèrent encore plus loin ; on défendit à la femme de postuler, c'est-à-dire d'agir en justice pour le compte d'autrui ; cela était incompatible, disait-on, avec les devoirs de son sexe ; puis on lui interdit de faire pour autrui aucun acte judiciaire, et en particulier de s'engager pour la dette d'autrui ; cette seconde prohibition fut l'objet du sénatus-consulte Velléien, que nous allons étudier et développer.

Seul le Velléien a subsisté ; en même temps que le christianisme grandissait, toutes les lois somptuaires, la loi Voconia, les lois Papiennes disparurent : leur inutilité flagrante les fit abandonner successivement, tant il est vrai « que s'il est aisé à un despote de corrompre et de » détruire les vertus publiques, il lui est moins facile de » les rétablir (1). »

(1) Sénèque, *Controv.* I, VI, 5.

(2) M. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme.*

## CHAPITRE II.

### ORIGINE ET MOTIFS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

Un texte d'Ulpien (l. 2, pr. 16, 1) nous apprend que, le premier, Auguste restreignit la capacité des femmes : il leur interdit d'intercéder pour leur mari. On ne saurait donner de raison sûre pour expliquer cette prohibition toute spéciale, car les documents sont complètement muets; néanmoins, il est raisonnable de supposer que l'intercession de la femme pour son mari étant plus dangereuse et plus fréquente que celle qui aurait eu pour but de rendre service à un étranger, ce fut celle-là seule que prohiba l'empereur.

Cet édit, sur l'intercession de la femme pour son mari, ne fut pas exécuté, ou tout au moins nous devons le présumer, car le même Ulpien nous dit qu'il fut renouvelé par Claude dans les mêmes termes.

Ces deux textes législatifs donnèrent lieu à une controverse : les jurisconsultes romains se demandèrent si la femme, incapable d'intercéder pour son mari, pouvait, du moins, intercéder pour un étranger ? Les uns, vieux

jurisconsultes, pénétrés de la rigueur de l'ancien droit romain, déclaraient que les édits d'Auguste et de Claude devaient recevoir l'application la plus étendue ; l'intercession *pro marito* ou *pro alio*, est un *officium publicum*, un *officium virile* ; elle est incompatible avec la retenue que doivent observer les femmes ; dès-lors, il doit leur être interdit, dans tous les cas, d'intercéder ; et, il faut bien l'avouer, la jurisprudence sanctionna cette doctrine.

— Les autres, s'appuyant sur le texte même des édits, raisonnaient par *à contrario* ; si, disaient-ils, l'édit défend à la femme d'intercéder pour son mari, il lui permet, par cela même, d'intercéder pour un étranger. Et je crois, en effet, que c'est là l'opinion la plus juridique ; avant les édits d'Auguste et de Claude, la femme était capable d'intercéder pour tout le monde ; on veut restreindre cette capacité ; en quels termes le fait-on ? « *Ne feminae pro viris suis intercederint.* » Le texte, ce me semble, est formel ; ce serait faire œuvre de législateur d'étendre cette disposition à des cas qu'elle ne prévoit pas et qu'elle n'a voulu probablement prévoir, comme peu fréquents et présentant moins de dangers.

Ce qui vient, du reste, corroborer cette dernière opinion, c'est le sénatus-consulte Velléien lui-même. Quel besoin le sénat aurait-il eu, en effet, de sanctionner l'opinion des jurisconsultes soutenant que toute intercession était défendue à la femme, si cette prohibition absolue existait déjà en vertu des édits d'Auguste et de Claude ? L'origine du sénatus-consulte est donc dans la législation préexistante que le sénat est venu compléter.

On ne sait pas exactement à quelle date fut rendu le

sénatus-consulte Velléien. Ulpien (l. 2, § 1, D. XVI, I) nous dit bien qu'à cette époque, Marcus Silanus et Velleius Tutor étaient consuls, mais la date de ce consulat n'a jamais été connue. Néanmoins, on peut affirmer que le sénatus-consulte Velléien se place nécessairement entre l'an 41, avènement de Claude, et l'an 79 mort de Vespasien. En effet, la loi 16, § 1, XVI, I, nous présente Gaius Cassius répondant à une espèce sur laquelle l'application du sénatus-consulte donnait lieu à controverse. Or la loi 2, § 47, D. 1, 2, nous apprend que Gaius Cassius mourut dès son retour d'exil, d'où l'avait rappelé Vespasien. Le sénatus-consulte Velléien n'a pu donc être rendu après la mort de Vespasien; il n'a pu être rendu non plus avant l'avènement de Claude, car Ulpien dans la loi 2, XVI, I, après avoir parlé de l'édit de Claude, ajoute : *postea senatus-consultum factum est...* Le Velléien ne peut donc avoir été rendu que de l'an 41 à l'an 79.

Le texte de ce sénatus-consulte est assez important pour que nous le reproduisions en son entier; Ulpien nous l'a transmis dans la loi 2, D. XVI, I : « *Quod Marcus*  
» *Silanus et Velleius Tutor consules, verba fecerunt de*  
» *obligationibus feminarum, quæ pro alio reæ ferint,*  
» *quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt :*  
» *quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis qui-*  
» *bus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur*  
» *ita jus dictum esse, ne eo nomine ab is petitio, neve in*  
» *eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungis et ejus*  
» *generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbi-*  
» *trari senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de*

» *ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea*  
» *re senatus voluntas servetur.* »

Ce langage si modeste du sénat, qui donne plutôt un conseil qu'un ordre, peut s'expliquer par cette raison, qu'il n'avait le pouvoir législatif que depuis peu de temps, et qu'il usait de son droit avec timidité, comme un corps qui se ressentait encore du despotisme impérial.

Il est facile de saisir dès à présent la différence qui existe entre les édits d'Auguste et de Claude et le S. C. Velléien : les premiers prohibent uniquement l'intercession de la femme pour son mari ; c'est une incapacité particulière qui frappe la femme mariée. Le second défend à toute femme, fille, épouse ou veuve, de faire une intercession.

Mais quels furent les motifs qui servirent de fondement au S. C. Velléien ? Le texte même nous dit : qu'il n'est pas juste que les femmes remplissent des offices virils : d'un autre côté Ulpien ( l. 2, § 2, XVI, I. ) prétend que cette mesure a été prise pour protéger la femme contre sa propre faiblesse, et il félicite le sénat de son humanité. Je crois que ces deux motifs doivent être complétés l'un par l'autre. Sans doute, le Sénat était encore imbu des vieilles mœurs de la Rome primitive, si jalouse de réserver aux hommes seuls tout ce qui, de près ou de loin, touchait à un office public, et on sait que l'intercession était considérée comme un *officium publicum* ; mais il ne resta pas non plus indifférent à l'idée d'accorder une protection à la femme ; cette dernière étant passée brusquement d'une incapacité presque absolue à une indépendance presque complète, son inexpérience exposait sa fortune aux plus

grands dangers ; la femme que Vinnius qualifiait « d'in-  
» *cauta*, *non prospiciens damnum quod ante oculos*  
» *positum non est*, » ne devait-elle pas, en effet, céder  
facilement à l'entraînement et aux supercheries, et se  
trouver souvent la victime des services qu'elle aurait  
voulu rendre en intercédant.

---

### CHAPITRE III.

#### APPLICATION DU SENATUS-CONSULTE VELLEIEN.

Dans la loi 1, D. XVI, 1, Paul nous dit : « *Velleiano senatus-consulto plenissime comprehensum est ne pro ullo feminæ intercederent.* » Le sénatus-consulte prohibe donc l'intercession de la femme. Qu'est-ce que l'intercession ?

En Droit romain, *intercedere*, c'est intervenir dans une affaire qui ne nous regarde pas, en obligeant notre personne ou notre chose dans l'intérêt d'autrui. De cette définition générale de l'intercession, il résulte que trois éléments sont essentiels pour la former : 1<sup>o</sup> une obligation de la part de celui qui intercède ; 2<sup>o</sup> une obligation dans l'intérêt d'autrui ; 3<sup>o</sup> une convention entre le créancier et celui qui intercède.

Mais si on se place au point de vue spécial du sénatus-consulte Velleien, il se peut que des actes ayant les trois caractères que je viens d'indiquer ne constituent pas cependant une intercession dans le sens du sénatus-

consulte. Il faut se rappeler, en effet, que le Sénat a voulu écarter la femme de toute participation aux affaires d'autrui et la défendre contre sa propre faiblesse ; ainsi, comme nous le verrons plus tard, la femme n'intercède pas, bien qu'elle prenne sur elle la dette d'autrui, lorsqu'au fond elle gère sa propre affaire, ou agit *a animo donandi*.

Du reste, peu importe de quelle façon l'obligation a été contractée ; comme le dit Ulpien (l. 2, § 4, XVI, 1) : « *omnis omninò obligatio senatus-consulto Velleiano comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocunque contractu mulieres intercesserint.* » Nulle femme ne peut s'obliger pour aucun débiteur envers aucun créancier ; tel est le principe.

On peut intercéder de cinq manières principales : 1<sup>o</sup> en se portant *adpromissor* ; l'*adpromissio* comprend la *sponsio*, la *fideipromissio*, la *fidejussio* ; 2<sup>o</sup> en se portant *expromissor* : l'*expromissio* comprend : la *delegatio*, la *defensio pro alio*, la réponse faite à une *interrogatio in jure* par laquelle l'intercédant se serait chargé de la dette d'autrui (l. 23 et 26, D. XVI, 1), le compromis *pro alio* (l. 23, § 2, D. IV, VIII) ; 3<sup>o</sup> en se portant *mandator pecuniæ credendæ* ; 4<sup>o</sup> en prenant jour dans la forme du constitut pour payer la dette d'autrui ; 5<sup>o</sup> en engageant ou hypothéquant sa chose pour sûreté de la dette d'autrui.

Notons cependant qu'il peut y avoir intercession par intervention ; il y a intervention, quand l'intercédant, au lieu de se charger d'une obligation préexistante, reposant sur la tête d'un autre, contracte, en qualité de personne interposée, au profit d'un tiers, qui est ainsi

dispensé de s'obliger. L'intercession est donc ici déguisée, aussi le sénatus-cosulte Velléien ne lui est-il applicable qu'autant qu'il y a eu collusion du créancier ; c'est à cette espèce d'intercession que fait allusion le sénatus-cosulte quand il parle des *mutui dationes pro aliis*.

Nous venons de voir que le sénatus-cosulte Velléien prohibe toute intercession de la femme ; par suite, s'il n'y a plus intercession, soit d'une manière générale, soit spécialement dans le sens du Velléien, ce dernier ne saurait recevoir d'application. C'est ce qui arrive dans cinq cas : 1° quand la femme ne s'oblige pas ; 2° quand elle ne devient pas débitrice d'une obligation étrangère ; 3° quand elle ne traite pas avec le créancier, bien qu'elle s'oblige pour autrui ; 4° quand, en intercédant, *suum negotium gerit* ; 5° quand elle intercède *animo donandi*.

Dans les trois premiers cas, il n'y a pas du tout d'intercession, car dans chacun il manque un des trois éléments essentiels à toute intercession ; dans les deux derniers, au contraire, il y a bien intercession dans le sens général du mot, mais non dans le sens spécial du Velléien ; on ne saurait, en effet, leur appliquer les motifs qui ont dicté le sénatus-cosulte : écarter la femme de tout *officium publicum*, l'empêcher de faire ce qu'elle ferait trop facilement : s'obliger sans avoir rien à déboursier dans le présent.

Examinons successivement les cinq cas que nous venons de citer, auxquels le sénatus-cosulte Velléien ne saurait être appliqué :

A. La femme ne s'oblige pas. — Il n'y a pas alors

intercession, car il faut pour cela que la femme oblige sa personne ou sa chose ; elle peut donc valablement aliéner, même dans l'intérêt d'autrui. Et, en effet, quel a été le but du Velléien ? Empêcher que la femme, en s'obligeant pour autrui, ne se laisse follement entraîner par la croyance que le débiteur fera honneur à ses affaires, et qu'elle aura eu le bonheur de rendre service sans qu'il lui en coûte rien. Quand, au contraire, il s'agit pour la femme de faire une aliénation immédiate, l'intérêt est une barrière suffisante contre des prodigalités, et le législateur n'avait pas à se préoccuper d'un cas qui offrait peu de dangers. C'est là toujours la théorie romaine : « *Lex arctius prohibet, quòd facilius fieri putat.* » C'est en vertu de ces principes que la loi 8, § 5, D. XVI, 4, nous dit, avec raison, que le sénatus-consulte n'est pas applicable quand la femme débourse immédiatement une somme d'argent, ou, ce qui revient au même, délègue son débiteur dans l'intérêt d'autrui.

La femme peut aussi payer la dette d'autrui, car alors elle se dépouille *hic et nunc*, et son intérêt est une garantie qu'elle n'agit qu'en pleine connaissance de cause : comme le dit la loi 4, § 1, D. XVI, 4 : « *senatus obligatæ mulieri succurrere voluit non donanti, hoc ideo quia facilius se mulier obligat quam donat.* » Ulpien suppose dans ce texte que la femme, en payant la dette d'autrui, avait l'intention de faire une donation ; cela importe peu, car elle peut valablement aliéner, et dans l'hypothèse de la loi 4, elle ne fait rien autre chose.

Le sénatus-consulte Velléien ne sera pas non plus

applicable, si la femme fait une *datio in solutum* pour payer la dette d'autrui; la *datio in solutum* n'est, en effet, autre chose qu'un paiement; elle pourrait même vendre sa chose et en payer le prix pour autrui, ou bien déléguer l'acheteur au créancier d'un tiers (l. 5 et 8, § 5, D. XVI, 1).

Mais remarquons avec la loi 8, D. § 3, XVI, 1, que pour que le paiement, la *datio in solutum*, ou la délégation soient valables, il ne faut pas que la femme les ait effectués en vertu d'une obligation préexistante et contractée en prohibition du sénatus-consulte. En effet, l'obligation étant nulle, le paiement le serait aussi, et, comme le dit le texte, la femme aurait une *condictio*.

Notons encore qu'il faut que le délégué soit bien le débiteur de la femme, car autrement il y aurait intercession déguisée, et le sénatus-consulte serait applicable : *nam fraus senatus-consulto facta videbitur, et ideo exceptio datur*, (l. 8, § 4 et 6, D. XVI, 1). Paul, dans la loi 29, confirme cette décision.

Mais ici se présente une difficulté; nous venons de voir une décision de Gaius (l. 5, D) déclarant que le sénatus-consulte ne saurait être appliqué à la femme qui a délégué son propre débiteur au créancier d'autrui : « *Si emptorem delegavit creditori alieno, non puto senatus-consulto locum esse.* » Pomponius, au contraire, dans une hypothèse semblable accorde à la femme le bénéfice du Velléien; la loi 32, § 2, D. suppose qu'une femme a vendu son fonds de terre à un créancier, soit de son mari, soit de tout autre débiteur, circonstance parfaitement indifférente du reste, comme le fait remarquer

Pomponius ; plus tard, elle revendique, l'acheteur lui oppose l'exception *rei venditæ et traditæ*, mais elle triomphera par la réplique : *aut si ea venditio contra senatus-consultum facta sit*. Au fond, la femme n'a fait que déléguer son acheteur, elle l'a chargé en tant que débiteur du prix de vente de se payer lui-même en tant que créancier du mari ou du tiers; comment se fait-il dès lors que la décision de Pomponius soit contraire à celle de Gaius; y a-t-il réellement contradiction dans les deux lois? Non, les textes peuvent parfaitement se concilier. Si Pomponius ne donne pas la même solution que Gaius, c'est qu'il suppose que la femme a fait la délégation en vertu d'une obligation préexistante; or cette obligation préexistante tombe sous l'application du sénatus-consulte, et il ne saurait en être autrement pour la délégation qui n'est que l'exécution d'une intercession.

La femme n'est pas censée intercéder quand elle fait remise à son débiteur du gage qui garantissait sa dette; c'est ce que constate Ulpien dans la loi 8, pr. D. XVI, 1.— Un décret de l'empereur Anastase inséré au Code (l. 21, C. IV. XXIX) déclare de même que la femme peut renoncer à son hypothèque.

Mais elle ne pourrait renoncer valablement à son rang d'hypothèque (l. 17, § 1, D.). Ce texte est assez embrouillé; voici l'espèce : *Titia* divorce avec son mari *Titius* et exige de lui une garantie, gage ou hypothèque : 1° pour la restitution de sa dot; 2° pour le paiement d'une dette que son mari a contractée vis-à-vis d'elle. *Titius* emprunte une nouvelle somme à un tiers *Mævius* qui voulant avoir un gage, paie à la femme ce qui lui est

dù *dotis nomine*. Plus tard, Titia agit par l'action Servienne contre Mœvius pour se faire rembourser sa seconde créance contre son ancien mari; Mœvius lui répondra par l'exception : *si non voluntate ejus pignus datum est*; Titia alors pourra-t-elle répliquer par l'exception du sénatus-consulte Velléien? Non, répond Africain, à moins que Mœvius n'ait connu la seconde créance de la femme. — Remarquons que si Africain refuse à Titia le bénéfice du sénatus-consulte, c'est uniquement parce qu'elle a trompé Mœvius, car si ce dernier a connu la seconde créance, immédiatement le Velléien recevra son application. Il y a donc eu intercession de la part de la femme? oui; en consentant à ce que le droit de gage qu'elle avait fût primé par celui d'un autre créancier, elle a fait un pacte *de postponendo*, pacte qui constitue une intercession d'une nature toute particulière, puisque la femme ne s'oblige pas.

Mais alors comment expliquer que la femme puisse renoncer à son gage ou à son hypothèque, et ne puisse pas renoncer simplement à son rang d'hypothèque? C'est toujours par suite de cette idée que le sénatus-consulte Velléien a eu pour but de protéger la femme, non pas contre les actes qui diminuent *hinc et nunc* son patrimoine, mais contre les actes qui, n'exigeant pas un sacrifice présent, peuvent l'abuser, et lui faire croire qu'elle n'éprouvera aucun préjudice.

B. La femme ne devient pas débitrice d'une obligation étrangère. — Si la femme s'oblige pour elle-même, il n'y aura pas intercession et le sénatus-consulte Velléien ne sera pas applicable, alors même que de cette obliga-

tion de la femme, il vint à résulter un avantage pour un tiers.

Par application de ce principe, la loi 8, § 1, D. XVI, 1, décide que : si une femme est intervenue auprès du tuteur pour l'empêcher de vendre les immeubles de son fils, en lui promettant de l'indemniser si plus tard il est poursuivi, elle ne pourra se prévaloir de l'exception du Velléien. Pourquoi cela ? Parce que, dit très-bien le texte, la femme : « *nullam obligationem alienam recepit, neque veterem neque novam, sed ipsa fecit hanc obligationem.* »

De même : un homme meurt laissant un fils impubère, et un second fils qui devient le tuteur légitime de son frère : la veuve donne mandat au tuteur de faire abstenir son pupille de l'hérédité. Si plus tard le tuteur est poursuivi à raison de ce fait, il pourra recourir contre la femme qui ne jouira pas du bénéfice du Velléien (l. 19, § 1, D. XVI, 1.)

De même encore, si une veuve gère la fortune de ses enfants impubères en promettant d'indemniser les tuteurs si on les attaque pour la gestion, le sénatus-consulte ne sera pas davantage applicable, car la femme « *quodammodo suum negotium gessisse videtur.* »

Mais si elle a promis indemnité justement pour empêcher le tuteur de se faire excuser, dans ce cas elle intercède, et rien n'empêche qu'elle ne puisse opposer l'exception du sénatus-consulte Velléien (l. 6, C. IV, XXIX). Pour bien comprendre le § 1, il faut supposer que le tuteur ne veut pas accepter la charge de la tutelle, parce qu'il craint que la fortune du pupille ne soit pas suffisante pour satisfaire aux prétentions qu'il

aura plus tard à faire valoir par l'action *tutelæ contraria* ; dès-lors, on comprend facilement que la femme fasse une intercession dans cette hypothèse, puisqu'elle se charge de l'obligation future du pupille.

Je paie à Sempronia une somme que je dois à Titius, en stipulant d'elle que Titius ratifiera ; Titius ne ratifie pas. Je recours contre Sempronia par l'action *ex stipulatu* ; pourra-t-elle m'opposer le sénatus-consulte Velléien ? Non, répond Julien (l. 15, D. XVI, 4), car je reste le débiteur de Titius ; et Sempronia est forcée de me restituer la somme qu'elle avait indûment reçue.

Le sénatus-consulte ne sera pas davantage applicable, si une femme m'emprunte de l'argent et en fait donation à un tiers ; c'est ce que constate la loi 4, D. § 1, XVI, 4.

Mais gardons-nous de confondre l'hypothèse précédente avec celle où la femme semble s'obliger pour elle-même, et s'oblige, en réalité, pour un autre qu'elle dispense aussi de toute obligation. La femme fait alors cette espèce d'intercession que nous avons appelée intervention. Mais elle ne pourra invoquer l'exception du sénatus-consulte, qu'autant que le créancier aura su qu'elle intercédait en fraude du Velléien ; il faut bien admettre ce tempérament là, car autrement nul n'aurait voulu contracter avec une femme, se méfiant qu'elle ne dissimulât une intercession sous l'apparence d'une obligation personnelle.

Au contraire, la loi 13, C. IV, XXIX, cite une hypothèse à laquelle le sénatus-consulte Velléien ne sera pas applicable, lors même que le créancier aurait su que la femme voulait employer, dans l'intérêt d'un tiers, l'ar-

gent qu'elle lui empruntait. Une femme emprunte de l'argent, et le créancier sait qu'elle va l'employer dans l'intérêt de son mari ; les empereurs Dioclétien et Maximin répondent qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le sénatus-consulte. Comment cela ? Parce que le mari n'était pas sur le point d'emprunter lui-même, et que ce n'est point pour l'en dispenser que la femme s'est obligée. Les *mutui donationes*, dont parle le texte du Velléien, ne sont donc point les emprunts dont la femme emploie l'argent pour un autre immédiatement et sans en exiger de compensation, mais bien les emprunts où la femme se propose de prêter elle-même à cet autre l'argent qu'elle va toucher.

Si, au lieu d'un emprunt, la femme a fait tout autre contrat, par exemple, un louage, elle pourra ou non invoquer le sénatus-consulte suivant les distinctions que nous venons d'établir (l. 10, C. IV, XXIX).

Quand la femme s'oblige avec un autre, comme débitrice solidaire ou corréale, on ne peut répondre d'une manière absolue qu'elle intercède ou qu'elle n'intercède pas ; selon les circonstances, il faudra dire qu'elle n'intercède pas du tout, qu'elle intercède pour partie seulement, ou qu'elle intercède pour le tout. Écoutons M. Demangeat, commentant la loi 17, § 2, D. XVI, 1 : « Une maison, qui vaut 1,000, appartient par indivis à Titius et à Sempronia : les 400 qui ont été empruntés par eux ont servi à faire une réparation sans laquelle la maison entière eût péri. Évidemment, en cas pareil, la femme ne sera point considérée comme ayant intercédé pour Titius ; elle a bien véritablement fait sa propre affaire : car l'es-

prit ne pouvant pas concevoir qu'on répare une maison par une moitié indivise, si Sempronia n'avait emprunté que 50, elle n'aurait pu, avec cette somme, empêcher la perte de sa chose. Donc, en définitive, elle s'est obligée à 100, lorsque 100 lui étaient nécessaires pour sauver une valeur de 500, elle a pourvu à son propre intérêt. Il est bien entendu, d'ailleurs, que si effectivement c'est elle qui emprunte les 100 au prêteur, elle pourra, par l'action *communi dividundo*, recourir pour moitié contre Titius. De même, si les 100 ont été empruntés avec la clause de corréalité pour acquitter une redevance à laquelle était soumis le fonds indivis entre Titius et Sempronia, et pour empêcher ainsi la confiscation totale du fonds. »

La femme, au contraire, intercédera pour partie, en s'obligeant *correaliter*, quand son intérêt propre n'exigera pas qu'elle s'oblige pour le tout, comme il l'exigeait dans le cas précédent.

Enfin, elle intercédera pour le tout lorsqu'elle s'obligera *correaliter* avec un autre, sans qu'elle ait aucun intérêt propre dans l'opération.

C. La femme ne traite pas avec le créancier, bien qu'elle devienne débitrice d'une obligation étrangère. — Dans ce cas elle n'intercède pas, et le sénatus-consulte Velléien ne saurait lui être appliqué. C'est ce que décide la loi 32, pr. D, XVI, 1, quand la femme fait adition de l'hérédité de quelqu'un, à moins toutefois qu'elle n'y ait été poussée par la fraude des créanciers héréditaires.

De même si une femme achète une hérédité; dans tous ces cas en effet, non-seulement elle ne traite pas

avec le créancier, mais elle fait encore sa propre affaire.

Africain nous donne encore dans la loi 19, pr. et § 2, D. XVI, 1, deux exemples dans lesquels il n'y a pas intercession de la part de la femme, parce qu'elle ne traite pas avec le créancier : l'héritier institué d'un tuteur décédé n'ose pas faire adition de l'hérédité, parce qu'il craint les recours du pupille à raison de la gestion ; la mère de ce dernier, pour l'engager à accepter, lui promet de le rendre indemne. Il n'y a pas intercession de la part de la femme, car elle n'a pas traité avec le créancier, et le sénatus-consulte Velléien est inapplicable. — De même : une femme promet à un héritier institué de l'indemniser si les débiteurs héréditaires étant insolvables, il se trouve ainsi obligé de payer plus qu'il n'a reçu. Ici encore, la femme ne traite qu'avec l'héritier, et il n'y a pas lieu de lui accorder l'exception du sénatus-consulte.

Mais dans le paragraphe 4, de cette même loi 19, Africain a bien soin de nous faire remarquer qu'il ne faudrait plus décider de même dans le cas où l'héritier hésitant à faire adition, vu le peu de solvabilité des débiteurs héréditaires, la femme s'engagerait à lui payer ce qu'il ne pourrait obtenir des débiteurs. Dans cette espèce en effet, le sénatus-consulte Velléien doit être appliqué : il y a intercession de la femme puisqu'elle s'oblige pour les débiteurs héréditaires et traite en même temps avec le créancier.

D. La femme gère sa propre affaire. — Dans cette hypothèse il y a bien intercession, puisque les trois éléments essentiels à toute intercession se trouvent réunis, mais il n'y a pas intercession dans le sens du sénatus-

consulte Velléien; et on doit considérer cette validité exceptionnelle de l'intercession de la femme comme une juste restriction à l'incapacité d'intercéder, restriction conçue dans l'esprit même du sénatus-consulte.

Ainsi une femme intervient en justice pour défendre son fidéjusseur ou celui qui lui a vendu une hérédité, ou d'une manière générale toute personne qui après condamnation pourrait avoir un recours contre elle; dans tous ces cas la femme intercéde, il est vrai, mais elle est valablement obligée, parce qu'elle a géré sa propre affaire (l. 3, D. XVI, 1).

La femme s'oblige encore valablement quand elle se porte *expromissor* dans son propre intérêt : une esclave fournit à son maître un *expromissor* pour garantir le paiement de la somme d'argent qu'elle a promise en échange de sa liberté; après son affranchissement elle se charge à son tour de l'obligation de son expromisneur. Cette expromission de la femme est parfaitement valable, car elle n'a fait autre chose que *suum negotium gerere* (l. 13, pr. D. XVI, 1).

Mais que décider dans l'hypothèse de la loi 18, D. XVI, 1, si Titius et Titia se portent *intercessores correi* du débiteur de Sempronius? Comme dans l'espèce prévue par la loi 17, D., § 2. que nous connaissons déjà, on ne peut faire de réponse unique; suivant les circonstances, Titia pourra ou ne pourra pas invoquer le sénatus-consulte Velléien. Si le débiteur de Sempronius est un *procurator* qui a emprunté une certaine somme pour empêcher de s'écrouler un immeuble commun à Titius et à Titia, Titia sera valablement obligée; si, au

contraire, le débiteur a emprunté l'argent pour quelque achat commun à Titius et à Titia : *tunc pro parte intercessionem factam videri*, et Titia pourra invoquer le bénéfice du sénatus consulte.

La loi 24, pr., D., XVI, 4, nous indique encore un cas où la femme s'oblige valablement comme gérant sa propre affaire : une femme débitrice de Titius peut être déléguée par lui à son propre créancier, et le sénatus-consulte Velléien n'y mettra aucun obstacle. Cette solution est confirmée par la loi 2, C., IV, XXIV.

Mais, bien entendu, il faut que la femme soit réellement débitrice du délégant ; autrement son obligation constituerait une véritable intercession tombant sous le coup du sénatus-consulte Velléien, alors même que le créancier délégataire eût été de bonne foi. On est donc plus sévère ici que lorsque la femme s'oblige comme personne interposée, puisque dans ce dernier cas la bonne foi du créancier aurait empêché la femme d'invoquer le bénéfice du sénatus-consulte. Il n'y a pas, du reste, contradiction entre ces deux décisions, Africain nous donne la raison de cette différence (l. 17, pr. D. XVI, 4) : « *Quoniam quidem plurimum intersit utrum cum muliere* » *quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in* » *eam transferat : tum eum diligentiores esse debere.* » Voici l'espèce prévue par la loi 17 : un mari vend à vil prix une chose à sa femme, dans l'intention de lui faire une donation ; puis il délègue sa femme à son créancier en sa qualité de débitrice du prix de vente. Mais la vente entre époux, conclue à vil prix dans l'intention de faire une donation, n'a aucune valeur (l. 38, D. XVIII, 4). La

femme n'est donc pas débitrice, son obligation constitue une intercession, et elle jouira de l'exception du sénatus-consulte Velléien, alors même, comme nous venons de le voir, que le créancier délégataire aurait été de bonne foi.

A ce principe que nous venons de poser : que le sénatus-consulte reçoit son application quand la femme n'est pas réellement débitrice du délégant, Marcellus apporte une restriction : la femme sera valablement obligée si, se croyant débitrice, elle a voulu payer ce qu'elle pensait devoir : *si quasi debitorum delegata est.... exceptionem ei senatus consulto Marcellus non daret.* (l. 8, § 2, D. XVI, 4.)

Une femme charge son mari de payer un créancier qu'elle a, et lui délègue, à cet effet, une de ses débitrices en se portant caution auprès de son mari de la solvabilité de la déléguée ; y aurait-il lieu d'appliquer le sénatus-consulte Velléien ? Non, répond Papinien (l. 27, § 2, D. XVI, 4) : *Quia mulier suum negotium gessit.*

Mais si la femme s'oblige envers le créancier de son créancier pour ne pas être déléguée, elle ne se libère plus, elle fait une intercession, et elle pourra invoquer l'exception du sénatus-consulte (l. 24, § 1, D. XVI, 1.)

Un cas particulier est prévu par les lois 22, D. 16, pr. D. 21, pr. D. et 23, pr. C : la femme qui a intercedé a été indemnisée soit à l'avance, soit après avoir contracté, mais avant d'être poursuivie, soit au moment même où elle a contracté. Pomponius, Paul, Africain, Callistrate déclarent que le sénatus-consulte Velléien ne saurait alors recevoir d'application, car, suivant les cas,

la femme a fait sa propre affaire, ou ne court aucun danger. Mais il paraît que des difficultés avaient surgi sur le point de savoir combien la femme devait avoir reçu et comment on prouverait qu'elle avait effectivement reçu quelque chose.

Selon son habitude, Justinien : (l. 23, c. IV, XXIX) *Antiqua jurisdictionis retia et difficillimos nodos resolvit*. Il repousse en termes formels toute espèce de distinctions ; il suffit que la femme ait reçu quelque chose : *aliquid*. Quant au mode de preuve, si un acte public a été dressé, il aura pleine force probante ; si aucun acte n'a été dressé, ou s'il a été fait sans les formes voulues, ce sera au créancier à prouver que la femme a été indemnisée ; sinon la femme pourra se prévaloir de l'exception du sénatus-consulte Velléien.

Remarquons que le § 1 de cette loi 23, C. est peu logique : une femme reçoit une certaine somme d'un débiteur, pour promettre à sa place ce qu'il doit à son créancier ; l'obligation de la femme est valable, le débiteur devrait être libéré. Néanmoins, si le créancier ne peut obtenir de la femme tout ce qui lui est dû, il pourra recourir contre le débiteur.

E La femme s'oblige *animo donandi*, pour libérer celui pour lequel elle intercède. — Ici, comme dans le cas où la femme *suum negotium gerit*, il y a bien une *intercessio*, mais les motifs du Velléien ne sauraient lui être appliqués. En effet, comme le dit Pomponius (l. 32, pr., D. XVI, 1), le sénatus-consulte n'a pas voulu assimiler la femme à un mineur, il a voulu seulement la protéger dans le cas où son peu d'expérience aurait pu lui faire

croire que son obligation n'était qu'une forme et un moyen peu dispendieux de rendre service. Or, dans l'espèce, la femme intercède, il est vrai, mais en même temps elle fait une donation ; elle est obligée de déboursier immédiatement une certaine somme, et l'intérêt est là pour l'empêcher d'agir à la légère. C'est donc avec raison que le Velléien ne peut plus être invoqué par elle.

La loi 21, § 1, D. XVI, 1 nous donne un exemple d'intercession *animo donandi* : une femme paye les dettes de son père, afin qu'il ne soit pas tracassé ; elle a l'intention de faire une donation, le texte le suppose : *liberaliter fecerit* ; dès-lors, *non erit tuta senatus-consulto*.

Nous avons ainsi étudié les cinq cas auxquels le sénatus-consulte Velléien n'est pas applicable, soit parce qu'il manque un des éléments essentiels de l'intercession, soit parce qu'il n'y a pas intercession dans le sens du Velléien.

Je vais maintenant examiner des hypothèses dans lesquelles il y a toujours intercession, mais où, par exception, le sénatus-consulte ne saurait être invoqué par la femme. Ces exceptions sont fondées tantôt sur la cause de l'intercession, comme celles admises en faveur de la dot, de la liberté ; tantôt sur la position du créancier, telle est celle qui résulte de sa bonne foi ; tantôt, enfin, sur un fait de la femme, comme son dol ou sa renonciation.

Ainsi, toutes les fois que la femme intercède *pro dote*, c'est-à-dire pour constituer ou garantir une dot à autrui, le sénatus-consulte perd toute son autorité. Mais

ce ne fut que sous Justinien (l. 25, C. IV, XXIX), que cette règle devint aussi générale ; on sait, en effet, combien, à cette époque, on voulait encourager les mariages et éviter les divorces ; or, autoriser toute personne et de la façon la plus large, à constituer une dot, était un puissant moyen d'arriver à ce but.

Sous les derniers empereurs, on se montra aussi toujours favorable à l'affranchissement des esclaves ; il fut, dès-lors, décidé qu'une femme pourrait valablement s'obliger envers un maître pour qu'il affranchisse son esclave (l. 24, C. IV, XXIX).

Enfin, plusieurs textes prohibent l'application du sénatus-consulte, quand la femme s'oblige pour autrui dans un motif pieux : ainsi, quand elle intercède dans un procès pour ses ascendants empêchés par l'âge ou la maladie (l. 41, D. III, III) ; mais il faut 1° que le prêteur ait donné son autorisation (*causâ cognitâ*) ; 2° que nul autre ne se présente pour jouer le rôle de défendeur.

De même, la femme pourra intercéder, toujours sous les mêmes conditions, dans un procès sur la qualité d'esclave ou d'affranchi de son mari ou d'un de ses parents (l. 3, § 3, D. XL, XII).

Le sénatus-consulte Velléen peut, avons-nous dit, être inapplicable à cause de la position du créancier ; ainsi, dans le cas où il est mineur de vingt-cinq ans, et où son débiteur primitif se trouve insolvable. La loi a trouvé la position du mineur plus favorable que celle de la femme et cette dernière a été sacrifiée. Mais si le débiteur primitif est solvable, le mineur ayant un recours

contre lui, on a rendu à la femme la protection du sénatus consulte dont elle pourra invoquer le bénéfice à l'encontre même du mineur de vingt-cinq ans (l. 12, D. IV, IV).

De même, le sénatus-consulte Velléien ne sera plus appliqué si le créancier est de bonne foi ; le principe est posé dans la loi 12, D. XVI, 1, et confirmé dans la loi 1, C. IV, XXIX : *tunc locus est senatus-consulto cum scit creditor eam intercedere*, disent les textes. La bonne foi du créancier consiste donc à croire que la femme s'oblige pour elle-même et non pour autrui. Nous avons déjà vu, comme applications de ce principe, le cas où la femme paraît contracter pour elle-même, mais en réalité n'agit que comme personne interposée, et le cas où elle donne mandat à quelqu'un d'intercéder à sa place. Dans ces espèces, la femme a voulu frauder les dispositions du sénatus-consulte : il sera néanmoins applicable suivant les circonstances. Le créancier a-t-il connu l'interposition ? La femme pourra lui opposer l'exception du Velléien ; n'a-t-il pas su que la femme agissait en qualité de personne interposée ? L'obligation sera valide.

Les textes nous fournissent d'autres exemples : « *si ego cum muliere ab initio contraxerim, cum id ignorarem, cui hæc factum vellet, non dubito senatus-consultum cessare*, dit Ulpien (l. 4, pr. D. XVI, 1).

Cette règle que la bonne foi du créancier empêche l'application du sénatus consulte Velléien est dans l'intérêt même des femmes ; Paul nous le dit avec raison : *alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest quid acturæ sint* (l. 14, D. XVI, 1).

La loi 28 pr. D. XVI, 4, nous donne l'hypothèse suivante : « Seia a acheté des biens ; elle emprunte une somme sous la garantie de son mari pour payer le vendeur ; puis son mari meurt insolvable, déclarant dans son testament pour frauder le créancier qu'il est débiteur de toute la somme. » La femme pourra-t-elle se prévaloir du sénatus-consulte ? Non, car il serait injuste qu'un homme insolvable pût frauder un créancier en déclarant que sa femme a fait une intercession.

Il faut décider de même si l'acte qui a été dressé porte à tort que la femme s'est obligée, tandis qu'en réalité ce n'est pas elle qui contractait (l. 17, C. IV, XXIX).

Quand la femme, afin de ne pas figurer elle-même dans l'opération donne mandat d'intercéder à sa place, le sénatus-consulte Velléien pourra être opposé au créancier s'il a su que la femme avait intercedé ; s'il l'a ignoré, l'intercession de la femme sera valable (l. 6 et l. 32, § 3, D. XVI, 1).

Mais remarquons bien qu'il faut que l'erreur du créancier soit excusable ; si elle est le résultat de sa légèreté, de son imprévoyance, en un mot si elle est inexcusable, le sénatus-consulte Velléien recevra son application. Ainsi : une femme est déléguée comme débitrice par Titius à Sempronius ; ce dernier poursuit la femme qui en réalité n'avait contracté aucune dette envers Titius ; elle lui opposera avec succès l'exception du sénatus-consulte, et Sempronius ne pourra invoquer sa bonne foi, car son erreur est inexcusable : rien ne lui était, en effet, plus facile que de s'assurer si la femme était réellement débitrice.

Au contraire, l'erreur du créancier sera excusable s'il contracte dès le principe avec la femme seule, car il n'a aucun moyen de savoir si la femme intercède ou non ; sa bonne foi empêchera alors l'application du sénatus-consulte.

Il y a du reste une exception à cette règle : que l'ignorance excusable du créancier sur l'existence d'une intercession empêche la femme d'invoquer le bénéfice du Velléien. Cette exception nous la trouvons dans la loi 19, § 5, D. XVI, 4. — Voici l'espèce : un créancier Claudius a pour débiteur Décius, Fabricia voudrait libérer Décius et s'obliger à sa place envers Claudius ; mais ce dernier connaît le sénatus-consulte Velléien, et il refuse d'accepter la femme pour débitrice. Fabricia s'adresse alors à un tiers Titius, qui ne se doute de rien, et lui emprunte une somme d'argent avec la clause qu'il la versera entre les mains de Claudius. Titius fait promettre à Fabricia de lui restituer une somme égale ; puis, comme il n'a pas l'argent sous la main, au lieu de la compter immédiatement à Claudius, il s'engage par stipulation à la lui payer.

Deux hypothèses sont alors possibles : Titius n'a pas encore payé Claudius, ou bien il l'a déjà payé.

1<sup>o</sup> Titius n'a pas payé Claudius : la femme peut-elle opposer l'exception du sénatus-consulte Velléien à l'action de Titius ? Oui, Titius lui-même peut-il opposer cette exception à l'action de Claudius ? Oui encore, car dit Africain, il est raisonnable de traiter Titius comme s'il s'était porté fidéjusseur de la femme.

2<sup>o</sup> Titius a déjà payé Claudius : les deux questions

précédentes se représentent ici ; mais Africain lui-même est embarrassé pour les résoudre ; enfin, après mûre réflexion, il décide que la femme peut opposer l'exception du Velléien à l'action de Titius, bien qu'il soit dans une erreur excusable sur l'existence de l'intercession, et c'est là justement l'exception au principe que la bonne foi du créancier écarte l'application du sénatus-consulte.

Quant à Titius, il pourra, à son tour, par la *condictio indebiti*, répéter ce qu'il a payé à Claudius, pourvu, bien entendu, qu'avant de le payer il n'ait pas connu l'intercession.

En résumé, et sous une forme générale, nous pouvons formuler notre exception ainsi qu'il suit : la femme peut opposer l'exception du sénatus-consulte Velléien, alors même que le créancier qui le poursuit aurait ignoré son intercession, si ce créancier n'a fait au fond qu'intercéder pour la femme intercedante ; mais il pourra, à son tour, invoquer la même exception contre la poursuite qui sera dirigée contre lui.

Nous en sommes ainsi arrivés à l'hypothèse où le sénatus-consulte Velléien n'est plus applicable par suite d'un fait de la femme ; la loi 2, § 3, D. nous donne pour exemple le cas où la femme a commis un dol : « *Deceptis non decipientibus opitulatur.* »

La femme ne pourra non plus se prévaloir de l'exception du Velléien lorsqu'elle a intercedé sachant parfaitement que son obligation n'était pas valable (loi 3, D. pr. XVI, 1).

De même, quand la femme succède à un débiteur

pour lequel elle a intercédé, la loi 8, § 13, D. XVI, 1 décide qu'elle peut être poursuivie, non seulement par une action restitutoire comme ayant cause du défunt, mais encore directement par l'action qu'a fait naître son intercession.

Justinien a introduit une innovation : il déclare que la femme qui, au bout de deux ans, renouvelle son intercession, ne peut plus se faire restituer ; selon cet empereur, cette persistance de la femme ne peut s'expliquer qu'en supposant qu'elle ait intérêt à s'obliger : « *Videtur etenim non pro aliena obligatione se obligare, sed pro sua causa aliquid agere* (l. 22, C. IV, XXIX). » Le renouvellement, avant l'écoulement du laps de deux ans, ne produirait aucun effet ; on ne devrait y voir qu'une conséquence de la même fragilité qui a conduit la femme à intercéder la première fois.

Cette loi 22 a donné lieu à deux questions controversées : 1<sup>o</sup> le texte suppose que la femme doit être *perfectæ ætatis* lors de la deuxième intercession ; mais doit-il en être ainsi lors de la première ? M. de Vangerow ne le pense pas ; la majorité des jurisconsultes allemands et particulièrement Glück sont d'un avis contraire.

2<sup>o</sup> Est-ce en vertu de la première intercession ou de la seconde que la femme sera obligée ? L'opinion commune est que la femme sera obligée en vertu de la deuxième intercession ; cette opinion se fonde sur ces mots du texte : « *Ex secunda cautione sese obnoxiam facere.* »

L'arrive, enfin, au dernier cas où le sénatus-consulte n'est pas applicable par suite d'un fait de la forme, je

veux parler de l'hypothèse où elle renonce au bénéfice du sénatus-consulte.

Les textes nous citent trois cas où la femme peut renoncer à invoquer l'*exceptio senatus-consulti Velleiani* :

1° Si une femme veut jouer le rôle de défendeur dans un procès, afin de libérer celui pour lequel elle a intercedé : « *Cavere debebit exceptione se non usuram* ; »

2° La mère ou la grand-mère qui veulent avoir la tutelle de leurs descendants doivent renoncer à se remarier et à jouir du bénéfice du Velléien (*authentique matri et avia*, C. V, XXXV) ;

3° Enfin, nous venons de voir la loi 22, C. IV, XXIX, qui décide que si la femme renouvelle son intercession au bout de deux ans, elle sera valablement obligée. Le renouvellement de l'intercession équivaut donc à une renonciation de la femme.

Mais ici se place une controverse célèbre, qui divise encore aujourd'hui les romanistes les plus distingués : en dehors des cas que nous venons de citer, la femme peut-elle renoncer à l'exception du sénatus-consulte Velléien ? Deux systèmes bien tranchés sont en présence : le premier, soutenu par M. de Vangerow, prétend que la femme peut toujours renoncer au sénatus-consulte Velléien, et tout porte à croire que la jurisprudence romaine le consacra. Le second, appuyé sur la majorité des auteurs anciens et modernes, déclare, au contraire, que la femme ne peut, en dehors des trois cas ci-dessus, renoncer à l'exception du sénatus-consulte, et je me range à cette opinion comme la seule conforme aux vrais principes du Velléien.

1<sup>er</sup> SYSTÈME : Le sénatus-consulte Velléien est un droit qui a été établi en faveur de la femme autant que contre elle ; puis, progressivement, on s'est habitué à ne le considérer que comme un bénéfice auquel, par conséquent, la femme pouvait renoncer. Et qu'on ne dise pas que la femme renoncera à son privilège avec autant de facilité qu'elle intercèdera, car son attention pourra s'éveiller quand elle apprendra qu'une disposition législative la protégeait ; et on comprendra très-bien qu'avec le progrès des mœurs, on admit plus facilement des exceptions au sénatus-consulte. Du reste, la loi 32, § 4, D. XVI, I, ne présente rien de particulier dans l'espèce qu'elle propose, et du moment que la femme peut renoncer au bénéfice du Velléien, quand elle joue dans un procès le rôle de défendeur *pro alio*, on est autorisé à affirmer que, dans tous les cas, elle pourra agir de même.

2<sup>me</sup> SYSTÈME : Je ne crois pas cette première opinion fondée en droit ; si, en effet, il est vrai que quelquefois le sénatus-consulte Velléien a voulu protéger la femme, l'idée de protection n'a pas été le motif principal qui a guidé le législateur. Le sénat a voulu surtout écarter la femme de tout *officium publicum, virile* ; il a voulu mettre un frein à cette influence démoralisatrice qu'exerçait la richesse des femmes : il leur a défendu d'intercéder. C'est donc une règle d'ordre public qu'a voulu établir le sénatus-consulte ! Comment après cela, soutenir que la femme pourra, par le fait de sa renonciation, anéantir une loi promulguée dans l'intérêt de la société romaine toute entière ? Mais alors même qu'il s'agirait simplement

d'une protection accordée à la femme, permettre à cette dernière de renoncer, ne serait-ce pas la livrer sans défense, à ces mêmes dangers dont on a voulu la préserver en lui interdisant de s'obliger pour autrui? Accorder à la femme le droit de renoncer, c'était vouloir anéantir le Velleïen, comme l'expérience l'a prouvé en Allemagne! Et on voudrait soutenir comme juridique le premier système, sous prétexte que les jurisconsultes romains l'auraient adopté! Ce n'est malheureusement pas d'aujourd'hui que la jurisprudence est souvent en désaccord avec la doctrine, et il faut bien le dire, si la jurisprudence a un caractère essentiellement pratique, la doctrine a l'avantage des arguments purement juridiques, et je crois que quand il s'agit de l'application d'une loi, c'est surtout aux principes qu'il faut s'en rapporter, plutôt qu'aux avantages que telle ou telle opinion pourrait offrir. Si la loi est mal faite, qu'on l'abroge; tant qu'elle existe, il faut l'appliquer sans fléchir. — Enfin le dernier argument des adversaires de ce second système sur la loi 32, § 4, ne saurait me toucher; il est tout naturel que, dans cette hypothèse, on permette à la femme de renoncer au sénatus-consulte, car défendre pour autrui, c'est vouloir payer la condamnation à sa place, et la femme qui veut jouer le rôle de défenderesse, sait parfaitement à quoi elle s'expose, quelles que soient, du reste, son inexpérience et sa légèreté.

## CHAPITRE IV.

### DES EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

L'effet direct du sénatus-consulte Velléien est de libérer la femme de l'obligation qu'elle a contractée pour autrui ; mais cela eût été souvent injuste, car en réalité le débiteur primitif se fût enrichi aux dépens du créancier. Aussi, le préteur est-il venu compléter le droit civil, et protéger à juste titre le créancier, en lui accordant une restitution d'action.

Ces deux effets du sénatus-consulte Velléien sont mentionnés dans la loi 16, C. IV, XXIX.

La femme est protégée soit par un refus d'action, soit par une exception ou réplique, soit par une *condictio indebiti*, soit enfin par une revendication. Notons bien que ces différents droits sont facultatifs pour la femme, et que si elle le préfère, elle peut exercer l'action de mandat contre le débiteur pour lequel elle a intercedé ; mais elle devra alors lui promettre de le protéger contre l'action restitutoire du créancier, dans le cas où ce

dernier l'intenterait, ce qu'il peut faire, du reste, malgré le paiement. (l. 31, D. XVI, 1).

Étudions successivement chacun des effets que peut produire le sénatus-consulte Velléien à l'égard de la femme :

1° *Refus d'action.* — Le refus d'action est l'effet le plus simple du sénatus-consulte : « *ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur,* » dit la loi 2, § 1, D. XVI, 1. On ne devra donc donner contre la femme ni action réelle, ni action personnelle. Mais ce moyen n'est pas suffisant; le préteur ne peut l'employer qu'autant qu'il est constant que la femme a intercedé, et qu'elle ne se trouve dans aucun des cas d'exception au sénatus-consulte Velléien. Or, il peut y avoir doute sur chacun de ces points, et dès lors le préteur délivrera une formule contre la femme, mais en ayant soin d'y insérer une exception.

2° *Exception du sénatus-consulte Velléien et Réplique.*  
— L'*exceptio senatus-consulti Velleiani* est rangée par la loi 3, D. XLIV, 1, parmi les exceptions perpétuelles et péremptoires, c'est-à-dire : « *quæ semper locum habent, nec evitari possunt.* » Elle est attachée non pas à la personne, mais à la chose ; « *rei cohærens* » dit la loi 7, § 1, D. XLIV, 1 ; comme le dit Doneau : « elle est donc née aux femmes non parce qu'elles sont femmes, mais parce qu'elles ont intercedé. »

La conséquence de ce principe est que l'exception du Velléien est accordée à tous ceux qui sont obligés par suite de l'intercession ; ainsi elle peut être opposée par les héritiers de la femme (l. 20, C. IV, XXIX), par ses

mandataires (l. 15, C. *eod. tit.*), par ses fidéjusseurs (l. 16, § 1, D. XVI, 1; et l. 14, C. IV, XXIX).

Nous voyons dans cette loi 16, § 1, que Gaius Cassius soutenait qu'il fallait faire pour le sénatus-consulte Velléien la même distinction que pour le sénatus-consulte Macédonien : le fidéjusseur bénéficiera de l'exception seulement lorsqu'il aura un recours à exercer ; ainsi, quand il aura agi *animo donandi*, il ne pourra opposer l'exception au créancier. Julien, au contraire, protestait avec raison contre cette doctrine ; le fidéjusseur pourra toujours invoquer l'exception du Velléien : « *quia senatus totam obligationem improbat.* »

Est assimilé au fidéjusseur, celui qui est délégué par la femme sans être son débiteur (l. 8, § 4, D. XVI, 1).

Comme le fidéjusseur encore, celui qui aura hypothéqué sa chose pour garantie de l'intercession de la femme pourra se prévaloir de l'exception du Velléien (l. 2, D. XX, 3).

Le fidéjusseur qui a intercedé pour le débiteur principal sur le mandat de la femme qui voulait déguiser sa propre intercession, pourra aussi invoquer l'exception du Velléien, mais à la condition que le créancier aura été de mauvaise foi ; si, au contraire, le créancier a été de bonne foi et le fidéjusseur de mauvaise foi, ce dernier ne pourra recourir par l'action de mandat contre la femme, et sera tenu vis-à-vis du créancier (l. 32, § 3, D. XVI, 1).

Néanmoins, on a trouvé trop dure cette position du fidéjusseur et Papinien trouve juste de lui accorder une action de gestion d'affaires contre le débiteur qu'il a libéré (l. 7, D. XVI, 1).

Nous venons de voir que l'exception du sénatus-consulte Velléien est accordée à tous ceux qui sont obligés en vertu de l'intercession. Mais contre quelles personnes peut-elle être invoquée? Contre tous ceux qui exercent une action dont la source se trouve dans l'intercession de la femme. Les lois 7, 32, § 3, D. XVI, 4, que nous connaissons déjà nous fournissent des exemples.

Les exceptions, en général, ne peuvent être opposées après que la sentence a été rendue; cependant l'exception du Velléien, comme celle du sénatus-consulte Macédonien, peut être invoquée même lorsque le créancier poursuit l'exécution du jugement (l. 11, D. XIV, 6).

Quant à la réplique du sénatus-consulte Velléien, ce n'est rien autre chose que l'exception se présentant dans certains cas comme réponse à une autre exception. Nous avons déjà vu les textes où il est parlé de cette réplique, ainsi la loi 17, § 1, et la loi 22, § 2, D. XVI, 4.

3° *Condictio indebiti*. — Toutes les fois que la femme aura payé, ou ce qui revient au même aura délégué son débiteur, ignorant qu'elle pouvait opposer l'exception du Velléien, elle pourra répéter ce qu'elle a donné au créancier au moyen de la *condictio indebiti* (l. 8, § 3, D. XVI, 4, et loi 9, C. IV, XXIX).

Il est certain que si la femme a payé, sachant qu'elle avait un moyen de repousser la demande du créancier, elle ne pourra plus répéter (l. 9, pr. c, IV, V).

La *condictio indebiti* est encore donnée au débiteur délégué par la femme, qui, se croyant débiteur de la délégante, s'est obligé envers le délégataire et l'a payé.

Du reste, d'autres moyens lui sont ouverts; ainsi il aurait pu, avant de payer, agir par l'action de mandat contre la femme.

Enfin la loi 19, D., § 5, accorde cette même *condictio indebiti* au créancier de la femme quand il n'a fait au fond qu'intercéder lui-même pour la femme intercédante, mais sans le savoir.

4<sup>o</sup> *Revendication*. — Le droit de revendication est analogue à la *condictio indebiti*; par ce moyen, la femme peut revendiquer l'objet qu'elle a payé en vertu de son intercession: c'est ce que constate la loi 32, § 2, D. XVI, 1.

Si c'est un droit de gage ou d'hypothèque que la femme a constitué par son intercession, elle pourra le revendiquer aussi, et reprendre sa chose franche et quitte (l. 32, § 1, D. *cod. tit.*)

Si le créancier gagiste ou hypothécaire a vendu la chose à un tiers de bonne foi, la revendication n'en aura pas moins son effet, dit Pomponius: « *ne melioris conditionis emptor sit quam fuerit venditor*; » en effet, l'acheteur ne saurait avoir plus de droits que son vendeur. Néanmoins, il ressort de la loi 32, § 1, D. que cela avait fait question.

Nous devons, du reste, observer que le sénatus-consulte Velléien, différant encore en cela du sénatus-consulte Macédonien, ne laisse pas même subsister d'obligation naturelle. Le caractère de l'obligation naturelle est, en effet, d'empêcher l'exercice de la *condictio indebiti*, de pouvoir être cautionnée, de pouvoir être garantie par un droit de gage ou d'hypothèque; or, nous venons de voir

que la femme pouvait employer la *condictio indebiti*, que le fidéjusseur de la femme intercédante n'était pas valablement obligé, que le gage ou l'hypothèque garantissant l'intercession de la femme n'étaient pas valablement concédés.

Tels sont les moyens que la femme qui a fait une intercession peut employer pour se défendre. Mais comme nous l'avons vu, elle n'était pas la seule que la loi dût protéger. La position du créancier est digne d'intérêt : par l'intercession de la femme il a perdu son action contre le débiteur primitif, l'intercession est déclarée nulle et il est constitué en perte ; bien plus le débiteur s'enrichit injustement à son préjudice. Aussi le prêteur porte-t-il remède à ce défaut de la loi civile par une restitution d'action qu'il accorde au créancier contre le débiteur primitif.

Cette action restituée par le prêteur est indifféremment appelée dans les textes : *pristina actio*, *actio utilis*, *rescissoria actio*, *rescissoria actio*.

Certains auteurs, Doneau entr'autres, pensent que l'action restitutoire n'est qu'un cas d'*in integrum restituo*, non prévu spécialement par le prêteur, mais rentrant dans la proposition générale : « *si qua alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituum,* » (l. 1, D. § 1, IV, VI).

Je ne saurais admettre cette opinion ; dans l'action restitutoire il ne saurait y avoir une *in integrum restitutio* : d'abord les textes n'y font jamais allusion ; puis les caractères de l'action restitutoire sont incompatibles avec ceux de l'*in integrum restitutio*. La loi 10, D. XVI, 4, nous

dit, en effet, que l'action restitutive est perpétuelle, or, l'*in integrum restitutio* doit être demandée avant Justinien dans l'année utile, depuis cet empereur, dans les quatre ans. — La loi 8, § 13, D. XVI, 1, constate que la femme qui a intercédé peut être poursuivie par l'action directe ou par l'action restitutive, or il est de l'essence de l'*in integrum restitutio* d'être un *extraordinarium auxilium*, de ne pouvoir être employée que lorsqu'on n'a plus aucun moyen. — Enfin, l'*in integrum restitutio* ne peut être accordée que *causâ cognitâ*, et par un décret du préteur, et les textes sur le sénatus-consulte Velléien ne font aucune allusion à ces deux formalités.

Sans doute, il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que la restitution d'action s'opère *ipso jure* ; évidemment elle est accordée par le préteur, mais ce n'est certainement pas au moyen d'une *in integrum restitutio*. Le magistrat accorde cette action au créancier comme si l'intercession n'avait pas eu lieu.

Il ne peut y avoir de restitution d'action qu'autant que le débiteur primitif a été libéré par l'intercession de la femme, c'est évident ; mais il importe peu de quelle manière la libération s'est opérée ; que ce soit par novation, par acceptilation, etc., c'est indifférent (l. 8, § 7, D. XVI, 1).

Il y a cependant des cas où celui pour lequel la femme a intercédé, n'est pas obligé, et dans lesquels cependant une action pourra être donnée contre lui : ainsi, Titius se prépare à contracter avec Seius ; survient Sempronia qui persuade à Titus de contracter plutôt avec elle. C'est là un cas d'intercession déguisée auquel le sénatus-con-

sulte Velléien ne peut devenir applicable que par la collusion du créancier. Séius dans cette hypothèse n'a jamais été obligé, on ne peut donc restituer au créancier une action contre lui; le prêteur en a alors créé une que les interprètes ont appelée action institutoire, et cette action sera du même genre que celle qu'avait le créancier contre la femme (l. 8, § 44, D. XVI, 1).

Dans certains cas, le prêteur va plus loin encore; non seulement il institue une action, mais il la garantit par une hypothèque contre une personne qui n'avait jamais concédé un pareil droit au créancier. Paul, l. 29, pr. D. XVI, I, nous donne l'exemple suivant: un individu veut prêter de l'argent aux héritiers de Lucius Titius, mais n'ayant pas confiance dans leur solvabilité, il préfère contracter avec la veuve de Titius en se faisant concéder un droit de gage. La veuve prête cet argent aux héritiers et se fait aussi donner par eux un objet comme gage. Dans cette espèce, Paul nous dit que la femme n'est pas obligée, car elle a intercedé; le droit de gage qu'elle a concédé ne saurait, par suite, être valable; mais le prêteur, en instituant l'action contre les héritiers, concèdera avec raison un droit de gage en faveur du créancier sur les objets donnés comme garantie par les héritiers à la veuve.

De cette loi il résulte encore que ce n'est nullement la bonne foi du créancier qui est la base de la restitution ou de l'institution d'action, car, dans l'espèce, c'est lui-même « *qui mulierem ream elegit.* » Du reste, s'il était de bonne foi, il n'y aurait pas précisément lieu de lui restituer une action, car la femme ne pourrait

lui opposer l'exception du sénatus-consulte Velléien.

Il est deux cas dans lesquels on pourrait croire que la restitution d'action ne pourra être accordée ; elle le sera néanmoins : 1<sup>o</sup> Le créancier fait acceptilation à la femme ; il semblerait, dès lors, qu'il ne doit plus jouir du bénéfice de la restitution d'action ; cependant, la loi 8, § 9, D. XVI, I, le lui accorde avec raison : « *Quia inanem obligationem dimisit.* » Mais il en serait autrement si le créancier avait fait acceptilation à la femme qui n'aurait pu ni invoquer l'exception du Velléien, ni répéter ce qu'elle aurait payé, ce qui arrive toutes les fois que la femme se trouve dans un des cas d'exception au sénatus-consulte ; dès lors, c'est à ses risques et périls qu'il a agi, et il ne peut se faire restituer une action contre le débiteur primitif qui a été libéré par l'obligation efficace de la femme (l. 8, § 10, D. XVI, I).

2<sup>o</sup> Quand le créancier devient héritier de la femme qui a intercedé, il semblerait qu'il doit s'opérer une confusion qui mettra obstacle à la restitution d'action du créancier. Non, nous dit Ulpien avec raison, « *cùm non obligata cum effectu successerit* » (l. 8, § 12, D. XVI, 1).

Nous savons déjà que toutes les fois où par exception, la femme qui intercède s'oblige valablement, le créancier ne jouit pas de la restitution d'action, mais les textes nous donnent d'autres exemples ; ainsi, lorsque le créancier peut exercer une *condictio*, on ne lui accordera pas l'action restitutive (l. 8, § 8, D. XVI, I). Mais il ne faut pas étendre cette disposition, car il est des cas où le créancier a bien aussi une action et où on

ne lui en accorde pas moins l'action restitutoire, comme nous l'a attesté la loi 8, § 13, D. XVI, I.

De même, la loi 13, § 1, D. XVI, I, nous dit qu'il n'y a pas lieu à restitution d'action en faveur du créancier en ce qui concerne les gages consentis par le débiteur primitif; il peut, en effet, se servir de l'action quasi servienne ou hypothécaire, qui n'a pas cessé d'exister, puisqu'il n'y a pas eu paiement. Il paraît étonnant que l'action principale étant considérée comme perdue, il n'en soit pas de même de l'action accessoire; mais cela s'explique par la nature toute particulière de l'action hypothécaire; elle subsiste par elle-même, indépendamment de l'action principale, tant que le créancier n'est pas payé ou satisfait.

Enfin, le prêteur n'accordera pas la restitution d'action quand elle ne sera au créancier d'aucune utilité, en raison de la qualité de la personne contre qui elle compéterait. La loi 8, § 15, D. nous en donne trois exemples: 1<sup>o</sup> quand l'individu pour lequel la femme a intercedé est un pupille non autorisé que le contrat n'a pas enrichi; 2<sup>o</sup> ou un mineur de vingt-cinq ans qui peut obtenir la *restitutio in integrum*; 3<sup>o</sup> ou un fils de famille qui s'est obligé en prohibition du sénatus-consulte Macédonien.

La restitution d'action est accordée à tous ceux auxquels la femme peut opposer l'exception du Velléien; ainsi, le prêteur la donne au créancier, à ses héritiers et autres successeurs (l. 10, D. XVI, I).

Elle est accordée contre tous ceux qui ont été libérés par l'intercession de la femme, ainsi contre le débiteur primitif (l. 1, D. § 2, XVI, I), contre les fidéjusseurs de

ce même débiteur (l. 14, D.); contre les héritiers et autres successeurs de ce débiteur (l. 10, D. *eod. tit.*); mais non, comme nous l'avons vu, contre le détenteur des objets engagés ou hypothéqués (l. 13, § 4, D. XVI, 1).

Le prêteur donnera encore l'action restitutoire au créancier contre tous les débiteurs corréaux, alors même que la femme n'aurait intercedé que pour un seul (l. 20, D. XVI, 1). En effet, l'un étant libéré, tous le sont. Au contraire, l'action ne serait pas restituée à tous les créanciers corréaux; celui seulement auprès duquel la femme a intercedé pourra l'obtenir.

Il ne s'opèrera pas de confusion, si la femme qui a intercedé pour le débiteur primitif devient son héritière; le créancier pourra donc obtenir l'action restitutoire contre la femme (l. 8, § 13, D. XVI, 1).

Il le pourra aussi contre le maître de l'esclave pour qui la femme a intercedé (l. 9 et l. 32, § 5, D.); contre le père d'un fils de famille (l. 9, D.).

Mais à partir de quel moment l'action restitutoire peut-elle être intentée? Paul nous répond qu'elle peut l'être immédiatement après l'intercession (l. 24, § 2, D. XVI, 1), quoique le créancier ne sache pas encore si la femme opposera ou non l'exception du sénatus-consulte Velléien. On n'a pas voulu que le créancier fût ainsi obligé de rester dans l'incertitude.

Remarquons que ni le terme, ni la condition apposés à l'obligation de la femme intercedante ne modifieraient cela (l. 13, § 2, D. XVI, 1) : « *quo enim bonum est expectare conditionem vel diem, cum in ea causa sit prior*

*iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem.* »

Nous avons vu que l'action restitutoire est perpétuelle (l. 10, D.); néanmoins, il faut admettre un tempérament à cette règle, ainsi l'*actio restitutoria* sera temporaire, quand la première action l'était elle-même; c'est ce que constate la loi 24, § 3, D.: « *si pro eo qui temporali actione teneretur mulier intercesserit, temporalis actio restituetur.* » Et cela est parfaitement conforme à ce que dit Julien dans la loi 14, D.: « *integra causa pristina restituenda est.* »

Mais comment calculer la durée précise de cette action temporaire, le texte est assez obscur: « *temporalis actio restituetur, sic tamen ut ex præcedenti causa continua tempora numerarentur post restitutionem: quamvis statim atque intercessit mulier competierat.* » Pothier (1), suivant en cela l'opinion de Cujas, fait une correction au texte; au lieu de *quamvis*, il lit *quia* ou *quoniam*, et il comprend ainsi: « le temps de l'action restitutoire doit courir du jour où l'obligation a été contractée avec l'ancien débiteur, parce que jamais le créancier n'a été empêché d'agir contre lui. « — Mais il me semble qu'on peut, en lisant *quamvis* et sans corriger le texte, arriver à un sens différent, il est vrai, mais parfaitement raisonnable et que voici: on additionnera 1<sup>o</sup> le temps qui s'est écoulé depuis le jour où l'obligation est née, jusqu'à celui de l'intercession de la femme, c'est le *ex præcedenti causâ*; et 2<sup>o</sup> le temps qui a couru à partir du jour où l'action a été restituée, c'est le *post restitutionem*. Mais

(1) Pothier, *Pandectes ad h. t.* n<sup>o</sup> 46.

on ne comptera pas le temps qui s'est écoulé depuis l'intercession jusqu'à la restitution, et cela, quoique (*quamvis*) cette restitution ait pu être demandée par le créancier aussitôt après l'intercession.

## CHAPITRE V.

### INNOVATIONS DE JUSTINIEN.

Je viens d'étudier le sénatus-consulte Velléien tel qu'il fut édicté par le sénat et commenté par les juriconsultes. Mais Justinien qui refondit le Droit romain, ne laissa pas intacte la législation sur l'intercession de la femme. Pour compléter notre étude, je dois donc parcourir les modifications apportées par Justinien au sénatus-consulte Velléien.

Les innovations de cet empereur sont au nombre de six ; quatre d'entre elles nous sont déjà connues : 1<sup>o</sup> la femme sera valablement obligée, quand après deux ans elle renouvellera son intercession (l. 22, C. IV, XXIX) ;

2<sup>o</sup> Quand elle a reçu quelque chose pour intercéder (l. 23, pr. et § 1, C) ;

3<sup>o</sup> Quand elle intercède *pro libertate* (l. 24, C. eod. tit.) ;

4<sup>o</sup> Quand elle intercède *pro dote* (l. 25, C.) ;

Il nous reste à examiner :

5° La formalité d'un acte public (l. 23, § 2, C.) ;

6° Les règles applicables au cas spécial où la femme intercède pour son mari (Novelle 134, chap. VIII, Authentique : *si qua mulier*).

---

Justinien a soumis l'intercession de la femme à des formalités rigoureuses : l'obligation de la femme pour autrui ne sera valable qu'autant qu'un acte public, signé de trois témoins, aura été dressé, faute de quoi il y aura nullité radicale ; la femme sera franche de toute obligation, ce sera comme si elle n'avait rien fait (l. 23, § 2, C. IV, XXIX).

Cette constitution de Justinien si simple en apparence a donné lieu cependant à de graves controverses, quand il a fallu déterminer ses rapports avec le droit antérieur et préciser dans quels cas elle est applicable.

Nous savons que, dans l'ancien droit, il y avait certains cas exceptionnels dans lesquels la femme intercédait valablement, et ne pouvait invoquer l'exception du Velléen. La question à se poser est dès lors celle-ci : la formalité d'un acte public est-elle nécessaire dans le droit de Justinien, pour valider une intercession que l'ancien droit regardait déjà comme parfaite ?

Trois systèmes sont en présence :

1<sup>er</sup> SYSTÈME. — La formalité de l'acte public n'est pas nécessaire pour les intercessions valables d'après l'ancien droit. Aussi, même sous Justinien, les cas d'intercession *pro dote* et *pro libertate*, de bonne foi du créan-

cier, de dol de la femme, de renouvellement de l'intercession, obligeront efficacement la femme, alors même qu'il n'aura pas été dressé d'acte public. Ce système remonte au XII<sup>e</sup> siècle; la majorité des interprètes l'a adopté, et beaucoup de jurisconsultes allemands le soutiennent aujourd'hui encore.

2<sup>me</sup> SYSTÈME — La formalité d'un acte public sous Justinien est nécessaire dans les cas où, d'après l'ancien droit, l'intercession de la femme serait efficace; faute de cet acte l'intercession de la femme valable dans le droit des jurisconsultes, sera donc nulle dans le droit de Justinien. Ce système remonte comme le précédent au XII<sup>e</sup> siècle; longtemps abandonné, il réunit aujourd'hui la majorité des jurisconsultes allemands.

3<sup>me</sup> SYSTÈME. — La formalité d'un acte public n'est point nécessaire dans les cas exceptionnels où la femme est efficacement obligée par son intercession; mais lorsque la formalité de l'acte public a été remplie, par cela seul la femme est toujours efficacement obligée, sans pouvoir jamais opposer le sénatus-consulte Velléien à l'action dirigée contre elle.

En un mot, d'après le premier système, l'innovation de Justinien se bornerait à substituer une nullité *ipso jure* à une nullité *exceptionis ope*; d'après le second système, l'innovation est plus étendue: les intercessions autrefois efficaces seront désormais frappées de nullité s'il n'a point été confectionné d'acte public. Enfin, d'après le troisième système, l'innovation de Justinien aurait une immense portée: toute intercession d'une femme serait obligatoire à la seule condition d'être contenue dans un acte public.

ii Le premier système ne saurait être admis, car il est en contradiction avec le texte de la constitution de Justinien ; la loi 23 nous dit en effet : « que ce n'est qu'autant que la formalité de l'acte public aura été remplie, que toutes les règles anciennes et nouvelles sur l'intercession de la femme trouveront leur application. » Justinien ne distingue donc pas si l'on se trouve ou non dans les cas d'exception au sénatus-consulte Velléien, et nous devons dire que les intercessions qui étaient efficaces dans l'ancien droit, ne le seront plus désormais qu'autant qu'un acte public aura été dressé.

Je ne puis admettre non plus le troisième système, car sa contradiction avec les textes est encore plus manifeste que celle du premier. La loi 23 dit en termes formels que l'acte public ayant été dressé, alors seulement les règles du droit ancien et de la législation impériale seront applicables. Comment dès-lors pouvoir dire que par la formalité de l'acte public, toute intercession sortira son plein et entier effet, le principe posé par les jurisconsultes aussi bien que par l'Empereur étant que l'intercession de la femme n'est pas valable!

J'adopte donc le second système comme seul juridique, seul conforme au texte de la loi 23. Il se résume en cette théorie si simple de M. de Vangerow : s'il n'y a pas d'acte public, l'intercession est nulle de plein droit ; s'il y a eu un acte public, toute la législation du sénatus-consulte Velléien reçoit son application : la femme peut invoquer l'exception, à moins qu'elle ne se trouve dans un de ces cas d'exception où elle est efficacement obligée.

Pour compléter cette théorie, ajoutons que les actes

qui ne constituent point une intercession dans le sens du Velléien (ce qui arrive quand la femme gère sa propre affaire, ou agit *animo donandi*), que ces actes, dis-je, obligent la femme indépendamment de tout écrit; le *principium* de la loi 23 y fait allusion quand il déclare obligée la femme qui a reçu quelque chose pour son intercession, lors même qu'elle a intercedé *sine scriptis*.

La loi 23 ne s'applique pas non plus aux actes qui ne deviennent des intercessions que par la collusion du créancier. En effet, c'est aux créanciers que Justinien recommande l'observation des nouvelles formes, et c'est à leur préjudice qu'il frappe de nullité les intercessions qui en sont dépourvues; dès lors, comment admettre que le créancier devra subir les conséquences d'un fait qu'il ne pouvait éviter?

Enfin, dans le droit de Justinien, la renonciation de la femme au bénéfice du sénatus-consulte Velléien, et de la loi 23, ne saurait rendre l'obligation valable, si la formalité de l'acte public fait défaut; on ne saurait, en effet, renoncer à une chose qui n'a aucune existence juridique.

---

Nous arrivons maintenant à l'obligation de la femme pour son mari; l'histoire des principes qui ont régi cette intercession compte quatre périodes :

1<sup>re</sup> PÉRIODE: de la fondation de Rome à Auguste. — La *patria potestas*, la *manus* et la *tutelle*, rendent impossible toute obligation de la femme pour autrui; mais à la fin de la république, la femme est émancipée; et devient

capable d'intercéder pour toute personne, même pour son mari.

2<sup>e</sup> PÉRIODE : d'Auguste au sénatus-consulte Velléien.

— La loi ne s'occupe alors de l'intercession de la femme que vis-à-vis de son mari ; la loi 2, pr., D. XVI, 4, nous dit, en effet, qu'Auguste, puis Claude défendirent : « *ne feminae pro viris suis intercederent.* »

3<sup>e</sup> PÉRIODE : du sénatus-consulte Velléien à la Nouvelle 134. — Nulle intercession de la femme n'est valable, qu'il s'agisse de son mari ou de tout autre. Certains auteurs allemands pensent à la vérité que les édits d'Auguste et de Claude subsistèrent à côté du sénatus-consulte Velléien ; mais je pense avec M. de Vangerow que c'est là une opinion erronée, car, nulle part, les textes qui traitent du sénatus-consulte ne font mention d'une distinction entre l'intercession de la femme pour son mari, et son intercession pour un étranger.

4<sup>e</sup> PÉRIODE : législation de la Nouvelle 134, chap. VIII.

— Cette nouvelle s'occupe de l'espèce la plus fréquente, le cas où la femme s'oblige pour son mari. Justinien déclare que l'obligation de la femme est alors radicalement nulle, sauf une seule exception : lorsqu'il est constant que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme. On comprend facilement le motif de cette décision : on a voulu protéger la femme contre l'ascendant que pouvait exercer sur elle son mari.

Remarquons bien l'immense portée qu'a la Nouvelle 134 : toutes les intercessions en faveur du mari, même celles qui n'ont point cette qualité dans le sens du sénatus-consulte Velléien, sont frappées de nullité ; une seule

exception à ce principe général : l'obligation sera efficace quand l'argent aura été employé dans l'intérêt de la femme.

A plus forte raison, l'Authentique *si qua mulier* s'appliquera-t-elle aux cas d'exception au sénatus-consulte Velléien ; mais elle n'empêchera point que la femme soit poursuivie par des actions ayant pour fondement d'autres principes de droit.

Enfin, notons qu'une renonciation de la femme au bénéfice de l'Authentique ne saurait valider l'intercession qu'elle a faite pour son mari ; on ne peut valider ce qui n'a pas d'existence.

Nous venons de voir que l'Authentique ne s'applique pas quand l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme ; mais faudra-t-il que cette intercession, valable sous la législation de la Nouvelle 134, soit accompagnée de la formalité d'un acte public, prescrite par la loi 23, § 2, C. IV, XXIX ? La question est controversée, mais je trouve, avec M. Vangerow, que ces formes ne sont nullement nécessaires ; en effet, nous avons établi que la loi 23, C. § 2, n'était pas applicable aux actes qui ne sont pas une intercession dans le sens du Velléien ; or, dans notre espèce, la femme gère sa propre affaire.

La Nouvelle ne s'appliquera pas non plus aux actes qui ne constituent pas une intercession dans le sens général du mot et abstraction faite du sénatus-consulte Velléien. De ce principe, M. de Vangerow conclut : 1<sup>o</sup> que l'Authentique ne s'appliquera pas non plus aux actes qui ne deviennent des intercessions que par la collusion du créancier, alors que ce créancier sera dans une erreur

excusable ; 2<sup>o</sup> qu'il en sera de même quand la femme contractera un emprunt conjointement avec son mari, à moins, bien entendu, qu'elle ne fasse cette double preuve : 1<sup>o</sup> que l'emprunt n'a été fait, en réalité, que dans l'intérêt du mari ; 2<sup>o</sup> que le créancier le savait bien.

Enfin, l'Authentique ne saurait régir l'intercession d'une veuve pour payer les dettes de son mari prédécédé ; le texte suppose, en effet, que le mari est vivant ; puis les motifs qui ont engagé Justinien à édicter la Nouvelle 134 ne sont pas applicables si le mari est mort.

Mais, notons-le bien, l'acte de cette veuve n'en sera pas moins une intercession, et la formalité de la loi 23, § 2, devra être accomplie.

### CHAPITRE VI.

#### DESTINÉES DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN EN FRANCE ET EN EUROPE.

Toutes les provinces de France, les pays de droit écrit comme les pays de coutumes, accueillirent avec empressement le sénatus-consulte Velléien ; partout il fut accepté « comme une loi pleine de sagesse, comme un remède excellent pour subvenir à la faiblesse des femmes. »

Mais le principe ainsi généralement admis, était bien loin d'être appliqué partout de la même manière ; et chose remarquable, c'est un pays coutumier, la Normandie, qui seul accepta la théorie du Velléien dans toute sa rigueur.

Les diverses provinces étaient séparées par une foule de divergences, dont les principales étaient relatives : 1° au délai pendant lequel on pouvait demander les lettres de rescision ; ce délai variait soit quant à son point de départ, soit quant à sa durée ; — 2° aux personnes pour

lesquelles les femmes étaient exceptionnellement admises à s'obliger ; — 3<sup>o</sup> enfin à la validité des renonciations.

Mais le XVI<sup>me</sup> siècle s'était à peine écoulé, que le sénatus-consulte cessait d'être la loi générale du royaume, pour n'être plus que le statut particulier de quelques provinces. La faculté de renonciation fut la cause de la chute de cette institution ; la renonciation devint bientôt une clause de style, et le Velléien dégénéral en une vaine formalité, « en une ridicule chicane, » les jurisconsultes en sollicitèrent l'abrogation.

Sans doute la jurisprudence exigeait que les notaires spécifiassent aux femmes la nature et les effets des privilèges auxquels elles renonçaient, « mais comment les notaires leur eussent-ils expliqué ce qu'ils n'entendaient pas eux-mêmes ? »

Le désordre et les abus étaient immenses, lorsqu'un publiciste aujourd'hui oublié, mais dont le renom et l'autorité furent considérables, Jacques Leschassier (1), se rendit l'organe du sentiment public, et écrivit contre la pratique vicieuse qui avait corrompu l'institution du Velléien, une vive diatribe qui se terminait par ces mots : « l'usage de cette renonciation contraire au droit, étant entre nous passé par coutume en styl de notaire et ayant abrogé le Velléien, s'est changé en un piège tendu à la simplicité de ceux qui contractent avec les femmes, quand par malice ou ignorance les notaires omettent

(1) Jacques Leschassier, *Observation de la renonciation au Velléien.*

cette clause. Encores qu'elle soit du tout vaine et sans aucun effet en l'esprit des femmes, si est ce que les obligations où elle défaut sont déclarées nulles. N'est-ce point imposer loy aux paroles et non aux choses? Ou ne vaudrait-il point mieux abroger cette formalité comme une mauvaise herbe qui doit être arrachée du champ de la justice? »

L'ouvrage de Leschassier fut trouvé si bien fait, il montrait si judicieusement l'abus qui s'était introduit, que quelques années après, Henri IV par un édit d'août 1606, « défendit à tous notaires et tabellions du royaume, sous peine de suspension et d'amende arbitraire, d'insérer dans leurs contrats aucunes renonciations au Velléien et autres privilèges du sexe, et ordonna que les contrats souscrits par les femmes eussent même effet, force et vertu, que si toutes ces renonciations y eussent été bien et dûment spécifiées. » D'une manière indirecte, Henri IV abrogeait purement et simplement le sénatus-consulte Velléien.

Mais cet édit bien accueilli par une foule de jurisconsultes, rencontra une résistance opiniâtre dans les parlements; ceux de Rouen, de Reims, de Bordeaux, de Pau, de Toulouse, d'Aix, de Grenoble, refusèrent de l'enregistrer.

Deux ordonnances de Louis XIV vinrent confirmer l'édit d'Henri IV; néanmoins au XVIII<sup>e</sup> siècle encore des parlements, résistant à l'autorité royale, continuaient à appliquer le sénatus-consulte Velléien avec des différences de détail.

Cette institution ne tomba définitivement qu'au moment

de la rédaction du Code civil; elle fut abolie sans qu'aucune voix s'élevât pour la défendre; et le 17 février 1804, jour où fut promulgué l'article 1423 du Code Napoléon, le sénatus-consulte Velléien avait disparu de la législation française.

Cependant, l'étude de ce sénatus-consulte peut être utile même à des juristes français; c'est, en effet, une loi de capacité qui régit encore les Allemands et les Espagnols résidant en France, et les tribunaux français peuvent être appelés à juger des questions de droit international privé (art. 3, C. civil), pour lesquelles la connaissance de la théorie du Velléien est indispensable.

---

En Allemagne, le sénatus-consulte Velléien ne parut qu'au XVIII<sup>e</sup> siècle lors de la renaissance de l'étude des lois Romaines.

Une telle nouveauté ne s'introduisit pas sans rencontrer d'abord quelque résistance; les populations allemandes sentaient en effet, combien cette vieille loi était peu en rapport avec les mœurs et les besoins de la société nouvelle. Des juristes distingués attaquèrent avec opiniâtreté le sénatus-consulte Velléien, Thomasius en particulier écrivait les réflexions suivantes: « le sénatus-consulte a perdu dans la pratique moderne son utilité: car le créancier ne manque pas d'exiger de la femme une renonciation à son bénéfice, en sorte qu'elle se trouve aussi exposée aux surprises et aux séductions que s'il n'y avait jamais eu de Velléien. Les seules personnes que la loi puisse atteindre, sont ceux-là précisément

qu'elle devrait épargner, ceux qui, ignorant son existence n'ont pu songer à se prémunir contre ses coups et à exiger la renonciation de leur débitrice. Ce prétendu bénéfice n'est donc autre chose qu'un piège tendu par le législateur à l'ignorance et à la bonne foi. » (1).

Cette critique acerbe eut pour résultat de faire resserrer le champ d'application du Velléen ; on affranchit successivement de cette loi, les commerçantes, les juives, les princesses ou suzeraines, celles qui s'engageaient sous l'autorisation de leur tuteur, celles qui s'engageaient sous la foi du serment ; quant à la renonciation au sénatus-consulte Velléen, nous savons que la pratique allemande la sanctionna toujours.

Et maintenant, si on rassemble toutes ces restrictions, et que l'on compare l'effet du sénatus-consulte Velléen à Rome, et son effet en Allemagne, on jugera combien est grande la distance qui les sépare. Les divers expédients qu'avait imaginés la pratique allemande pour éluder le sénatus-consulte, constituaient une véritable science que l'on appelait : *cautelæ Velleiani*. Cette loi, en vigueur dans la doctrine, avait perdu toute son autorité en pratique ; elle subissait le sort de toutes les institutions qui ont trop vécu : la pratique ne pouvant l'abroger s'appliquait à l'éluder.

Dès 1789 cependant, le pays de Bade validait l'intercession de la femme ; le Code prussien fit de même en 1794, en exigeant seulement que la femme intercédant

(1) Thomasius, *de exiguo usu senatus-consulto Velleiani, in Germania.*

pour son mari fût assistée par un jurisconsulte. Le Code Autrichien de 1810 fut plus radical encore ; il déclara : que toute personne ayant la libre administration de ses biens peut, sans distinction de sexe, s'obliger pour la dette d'autrui.

Il suffit de la comparaison de ces dates pour prévoir le sort réservé à notre sénatus-consulte ; la science en demande elle-même l'abrogation : « En adoptant le sénatus-consulte Velléien, dit un jurisconsulte Allemand (1), le législateur se place en face de cette alternative, ou permettre à la femme de renoncer, ou le lui défendre. Permet-il la renonciation ? En ce cas, comme le seul but du sénatus-consulte est de prémunir les femmes contre leur facilité à s'obliger, cette institution devient dans la pratique complètement illusoire. Rend-il, au contraire, toute renonciation impossible ? C'est priver alors toute une classe de personnes du droit de se porter caution, même dans les cas où les motifs les plus légitimes le leur commandent. »

En terminant, nous pouvons donc affirmer que le sénatus-consulte Velléien n'a plus, en Allemagne, qu'une autorité nominale, il est éludé par la pratique, il est condamné par la science et menacé de plus en plus chaque jour par le progrès de la législation.

---

En Espagne, vers le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle, le Code des sept parties, compilation de Droit canonique et de

(1) M. Girtanner, *Die Bürgschaft*.

Droit romain. reproduisait la théorie du sénatus-consulte Velléien : « La femme ne doit pas se porter caution pour autrui, car elle serait obligée de comparaître en justice et de se mêler aux assemblées des hommes : ce qui serait contraire aux bonnes mœurs et à la réserve qui convient à son sexe. Il n'est que huit cas où le cautionnement de la femme soit efficace : s'il a lieu pour affranchir un esclave, pour doter une fille ; si la femme a renoncé à son bénéfice après en avoir été expressément informée ; si après un intervalle de deux ans elle a renouvelé son intercession ; si elle a reçu le prix de son cautionnement ; si elle a revêtu des habits d'hommes (chose abominable devant Dieu, ajoute le pieux glossateur), ou si elle a usé de quelque autre artifice pour tromper le créancier ; si elle avait quelque intérêt dans l'affaire, enfin si elle est devenue héritière du débiteur principal. »

La loi de *Toro* (1) a renouvelé les prohibitions du sénatus-consulte Velléien, en distinguant, comme Justinien l'a fait, entre le cas où la femme intercède pour son mari et celui où elle intercède pour un tiers. Les deux intercessions sont prohibées ; mais, dans le second cas, la prohibition souffre des exceptions nombreuses ; ainsi, l'engagement est valable si la femme a profité de l'intercession, ou promis avec serment, ou renoncé à son bénéfice. Toutes ces exceptions disparaissent si c'est pour son mari que la femme intercède, et la loi présume qu'elle intercède toutes les fois que les deux époux

(1) Rendue sous Ferdinand V et Isabelle de Castille, au XV<sup>e</sup> siècle.

s'obligent conjointement ou solidairement, en sorte que le mari est tenu seul et pour le tout. Bien plus, lorsque le mari n'intervient que comme caution dans le contrat souscrit par la femme, la loi, renversant les rôles, présume que c'est la femme qui est caution et le mari débiteur principal.

Toutefois, en Espagne comme en Allemagne, cette institution, incompatible avec les mœurs modernes, doit finir par tomber, et elle a déjà disparu du projet de Code civil publié en 1851.

---

Quant à l'Italie, après l'invasion des barbares, la loi romaine a peu à peu reconquis son empire ; elle a altéré et transformé à son gré toutes celles des coutumes barbares qu'elle n'a pas détruites. Le sénatus-consulte Velléien est remis en vigueur, mais il ne sert plus que de sanction au régime dotal, et dans l'ancienne jurisprudence italienne, il n'est plus qu'un appendice de la loi Julia. La plupart des statuts ne défendent à la femme d'intercéder que si c'est pour son mari ; mais en ce cas la défense est absolue, et la nullité n'est couverte ni par la renonciation de la femme, ni même par son serment. Cependant, quelques tribunaux, plus imbus des doctrines canoniques, donnaient toujours force au serment.

Le Code Sarde de 1837 et le Code de Modène de 1851 ont renouvelé la prohibition du Velléien et en ont même exagéré la rigueur : la femme est incapable non-seulement de se porter caution, mais même de faire une libéralité. Les lois des Etats romains et de la Toscane vont

plus loin encore : la femme ne peut plus faire aucun contrat sans l'autorisation du juge.

Enfin, aujourd'hui l'Italie a rayé de son Code le sénatus-consulte Velléien ; la destinée de ce monument législatif a donc été partout la même.

---

## APPENDICE

### CRITIQUE DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

Le sénatus-consulte Velléien a été l'objet de l'admiration de tous les jurisconsultes enthousiastes de la législation romaine ; il participa en Europe à la faveur qui accueillit la renaissance des lois de Rome et de Justinien. Et il faut bien le reconnaître, le cautionnement étant un contrat périlleux par les conséquences inattendues qu'il peut entraîner, ce n'est pas sans raison qu'on l'entoura de restrictions toutes particulières.

Mais si nous approuvons le fondement du sénatus-consulte Velléien, et si nous rendons un juste hommage à la haute sagesse des jurisconsultes romains, nous nous expliquons plus difficilement pourquoi ils ont fait une distinction entre les deux sexes ; comment se fait-il que la femme soit frappée d'une incapacité dont l'homme est affranchi !

Comme le fait très-bien remarquer un savant profes-

seur à la Faculté de droit de Paris (1) : « il est un principe longtemps méconnu, mais hautement proclamé par la science contemporaine, c'est qu'il n'est pas au pouvoir du législateur, de dénier à un être humain le libre exercice des facultés dont l'a doué la nature, pourvu qu'il en fasse un honnête usage. » Or, que fait la loi positive : elle viole les principes de la loi naturelle en infligeant une incapacité à la femme ; elle viole les lois de la bonne foi, en relevant le débiteur d'une obligation qu'il a volontairement et librement contractée ; d'après le sénatus-consulte Velléien, la femme se joue de l'engagement qu'elle a souscrit.

Mais, dira-t-on, il fallait protéger les femmes contre leur faiblesse ! Ironie amère ! Sous l'apparence de la morale, se cache un fait profondément immoral ; afin que la femme ne soit jamais trompée, on l'autorise à toujours tromper son créancier.

Le Velléien fut-il du moins utile en pratique ? Non ; son effet fut des plus restreint. On voulait empêcher la femme d'exercer une influence par ses richesses ; le sénatus-consulte ne lui enleva qu'un seul moyen d'action, sur tant d'autres qui lui restaient ; et le crédit public fut amoindri par l'incapacité qui frappa toute une classe de la population.

Le sénat romain a dépassé le but. Sans doute le contrat de cautionnement étant périlleux, on aurait pu (en admettant que l'inexpérience de la femme réclamât en réalité une protection), édicter quelques mesures

(1) M. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme.*

destinées à préserver la femme de toute intervention faite inconsidérément. Mais une fois que la femme, bien et dûment avertie de toutes les conséquences de son acte, aurait fait une intercession, dans l'intérêt de la morale et du crédit public, il fallait sanctionner son engagement librement consenti, et la tenir pour obligée aussi bien que l'eût été un citoyen romain.

DEUXIÈME PARTIE.

---

DROIT FRANÇAIS

---

INCAPACITÉ DE  
LA FEMME MARIÉE EN FRANCE

SOUS LE CODE CIVIL.

---

*Sources :*

Code civil : art. 215 à 226 — 776 — 905 — 934 — 940 — 1029 —  
1096, 2<sup>o</sup> — 1124 — 1125 — 1304 — 1312 — 1449 — 1534 —

1538 — 1549, 3<sup>o</sup> — 1576 — 1990 — 2208.

Code de procédure civile : art. 861 à 864.

Code de commerce : art. 4 — 5 — 7.

---

**Rapport de ce sujet avec le précédent.**

Ce sujet de Droit français se rattache par un point au sujet traité en Droit romain : il s'agit toujours de l'incapacité de la femme. Mais des différences séparent la législation française de la législation romaine au triple point de vue des motifs, des personnes, des actes.

1° MOTIFS : A Rome, le sénatus-consulte Velléien a été promulgué dans un esprit hostile aux femmes, mais il faut bien reconnaître que l'idée de protection a eu aussi sa part. La puissance maritale n'est pour rien dans l'incapacité de la femme d'intercéder. En France, au contraire, l'incapacité presque générale qui frappe la femme mariée se rattache essentiellement à la puissance maritale.

2° PERSONNES : A Rome, toute femme, fille, épouse ou veuve est incapable de faire une intercession ; en France, la fille majeure et la veuve ont pleine capacité pour tous les actes de la vie civile ; seule, l'épouse, par le fait même de son mariage, subit une incapacité qui commence avec lui et finit avec lui.

3° ACTES : A Rome, la femme mariée jouit d'une liberté presque complète dans l'administration et la disposition de ses paraphernaux ; en France, la femme mariée est incapable de faire, sans autorisation, la plupart des actes de la vie civile.

Du reste, ces trois différences fondamentales trouveront leur développement dans le courant de cette thèse.

## CHAPITRE I.

### CONDITION CIVILE DE LA FEMME MARIÉE DANS NOTRE ANCIENNE JURISPRUDENCE.

Le principe de l'incapacité de la femme mariée était nettement formulé dans l'article 194 de la Coutume d'Orléans : « Femme mariée, y est-il dit, ne peut donner, aliéner, disposer, ni aucunement contracter entre-vifs sans autorité et consentement de son mari. »

Pothier (1) définit cette autorisation : « Un acte par laquelle mari habilite sa femme pour quelque acte qu'elle ne peut valablement faire que dépendamment de lui. »

La nécessité de l'autorisation est donc fondée sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme. De là résulte qu'il importe fort peu que l'acte fait par la femme lui soit avantageux ou désavantageux : femme mariée ne peut aucunement contracter. Cette conséquence trouve son application dans l'ordonnance des Donations de 1731, où l'acceptation d'une donation par la femme non autorisée est nulle, alors même que cette donation pure et simple ne peut être qu'avantageuse.

(1) Pothier, *De la puissance maritale*.

De là résulte encore que la nullité des actes faits par la femme non autorisée ne peut être couverte par une ratification après le décès du mari ; la ratification, à cette époque, ne pourra valoir que comme un nouveau contrat, ne pouvant produire d'effet que du jour où il est intervenu.

Mais à partir de quel moment cette autorisation est-elle nécessaire à la femme ? La plupart des coutumes décident que c'est à partir du jour de la bénédiction nuptiale. En effet, la puissance maritale étant un effet du mariage, ne peut commencer qu'avec lui.

Néanmoins, quelques coutumes déclaraient que la fiancée devait se faire autoriser par son futur mari dès le jour des fiançailles. Ainsi la coutume d'Artois disait, dans son article 87 : « La femme, dès qu'elle est fiancée, ne peut contracter, ne disposer de ses biens par testament, ne autrement sans l'autorité de son fiancé. » Et je crois que Dumoulin avait raison quand il traitait d'*impertinente* cette disposition de coutume.

L'autorisation du mari peut être suppléée par celle du juge, quand le mari refuse injustement de la donner, ou est trop éloigné pour pouvoir l'accorder en temps utile. La seule différence entre ces deux autorisations est que le créancier de la femme autorisée de justice ne peut se faire payer sur les biens de la communauté que jusqu'à concurrence de ce dont elle aurait profité ; si la femme, au contraire, a été autorisée par son mari, la communauté est tenue vis-à-vis du créancier, sauf au mari à réclamer, à la dissolution, telle récompense qui pourra lui être due.

Remarquons que le juge séculier avait seul pouvoir d'autorisation; les officialités étaient ici incompétentes; car, dit Denisart (1), l'autorisation du juge qui rend la femme habile à contracter concerne l'état civil de la personne, lequel est entièrement du ressort de la puissance séculière.

---

Etudions successivement, au point de vue de l'autorisation, les hypothèses où la femme est : 1<sup>o</sup> séparée de biens ; 2<sup>o</sup> marchande publique ; 3<sup>o</sup> où son mari a perdu l'état civil ; 4<sup>o</sup> où son mari a perdu la raison ; 5<sup>o</sup> où on ignore ce qu'est devenu son mari ; 6<sup>o</sup> où le mari passe pour mort.

A. La femme est séparée de biens. — Que la séparation résulte d'une clause du contrat de mariage, ou d'une sentence intervenue depuis le mariage, la femme aura toujours besoin de l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concerneraient que la simple administration de ses biens. La puissance maritale subsiste toujours malgré la séparation de biens ; et l'effet direct de cette puissance est la nécessité pour la femme d'une autorisation, toutes les fois qu'elle veut faire quelque acte de la vie civile ; sauf le cas où l'acte n'intéresse que l'administration de ses biens, car la femme séparée de biens a droit d'administration.

C'est dans ce sens qu'il faut interpréter l'article 234 de la coutume de Paris : « Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle

(1) *Nouveau Denisart* (éd. de 1808.)

n'est séparée par effet ou marchande publique. »

La coutume de Montargis, chapitre 8, article 6, avait rejeté cette distinction : « femme séparée quant aux biens solennellement, peut et lui loist contracter et disposer de ses biens meubles et immeubles, ainsi et en la manière qu'elle pourrait faire si elle n'était mariée. »

La coutume d'Orléans décidait de même dans le principe ; mais lors de la réformation on en revint à la théorie de la coutume de Paris, la seule conforme aux principes de notre droit.

B. La femme est marchande publique. — La coutume de Paris, article 236, s'exprime ainsi : « La femme marchande publique se peut obliger sans son mari touchant le fait et dépendance de la dite marchandise. » Et l'article 235 ajoute : « la femme n'est réputée marchande publique, pour débiter les marchandises dont son mari se mêle, mais elle est réputée marchande publique, quand elle fait marchandise séparée, et autre que celle de son mari. »

On comprend que l'intérêt du commerce exigeait cette capacité exceptionnelle chez la femme marchande publique ; les affaires commerciales réclamant une grande célérité, on ne pouvait raisonnablement contraindre la femme à demander une autorisation pour chacune d'elles.

C. Le mari a perdu l'état civil. — Dès lors la femme est pleinement capable de faire tous actes et contrats. Par sa condamnation à une peine capitale, le mari a perdu en effet tous les droits qu'il avait dans la vie civile, le droit de puissance comme les autres. Et l'autorisation du juge n'est même plus nécessaire, car elle n'est que repré-

sensation et supplétive de celle du mari, comme le dit très-bien Pothier.

D. Le mari est tombé en démence. — La femme est quand même soumise à la puissance maritale ; mais le mari ne pouvant exercer son droit d'autorisation, la coutume le délègue au juge. Mais si ce dernier nomme la femme curatrice à la personne et aux biens de son mari, elle pourra alors faire tous les actes d'administration ; quant aux actes d'aliénation, il faudra toujours qu'elle se fasse autoriser par la justice.

E. De la femme dont on ignore ce qu'est devenu le mari. — Dans cette hypothèse, la femme doit obtenir l'autorisation du juge pour contracter ; la mort naturelle ou civile de son mari peut, en effet, seule lui faire recouvrer la capacité qu'elle a perdue en se mariant. Or on ne sait pas si le mari est mort.

Cependant Pothier pense avec raison, selon moi, que la femme pourrait faire sans autorisation tous les actes d'administration ; elle a de fait la gestion de ses biens et de ceux de son mari, et il pourrait lui être fort préjudiciable d'attendre l'autorisation de justice pour tel ou tel fait d'administration.

F. Le mari passe pour mort dans le public. — C'est ici le cas d'appliquer la maxime : « *error communis facit jus.* » Du moment que la femme et son co contractant ont de bonnes raisons de croire que le mari est mort, et négligent en conséquence d'obtenir l'autorisation de contracter, contrat doit être maintenu alors même que le mari le reparaitrait.

Passons au mari, et examinons l'effet que pourra avoir sa minorité quant au droit d'autorisation ?

Le mari, bien que mineur, n'en a pas moins la puissance maritale, et dès-lors il a le pouvoir d'autoriser sa femme, qu'elle soit majeure ou mineure. De là résulte qu'un mari mineur peut valablement autoriser sa femme majeure à aliéner ses propres immeubles. Mais si cette aliénation lui fait subir un préjudice, en sa qualité de mineur lésé, il pourra se faire restituer, et l'acte de la femme se trouvant par le fait destitué d'autorisation, sera annulé. Si au contraire l'aliénation ne lui cause aucun préjudice, ni lui ni sa femme ne pourront le faire tomber.

Si nous supposons la femme mineure, le mari ne pourra plus l'autoriser que quant aux actes pour lesquels les mineurs émancipés n'ont pas besoin de curateur ; tels sont les actes de simple administration.

---

Nous avons vu que la coutume d'Orléans décidait dans son art. 194, que : « femme mariée ne peut aucunement donner, aliéner, disposer, ni aucunement contracter... » Cette prohibition comprend les aliénations de meubles comme celles d'immeubles, les aliénations nécessaires aussi bien que les volontaires. De même, tous les contrats sont interdits à la femme non autorisée ; peu importe qu'ils lui soient avantageux ou désavantageux ; elle ne peut pas plus obliger les autres envers elle, qu'elle ne peut s'obliger envers les autres.

Mais nous savons qu'on a fait exception à ces principes pour la femme séparée de biens, ou marchande publique. La jurisprudence sanctionna aussi par ses arrêts quelques autres dérogations à ces principes

de la coutume d'Orléans. Ainsi, un arrêt du 12 avril 1595 déclara valable le contrat par lequel une femme, en l'absence de son mari, avait sans autorisation constitué une dot modique à sa fille. Un autre arrêt du 15 mars 1651 déclara pareillement valable un contrat de dotation fait par une femme non autorisée pour l'entrée en religion de sa fille. Enfin, un arrêt du 27 août 1564 décida que l'obligation contractée par une femme non autorisée, pour retirer son mari de prison, devait être regardée comme aussi valable que si l'autorisation avait été obtenue.

Selon le droit commun, la femme n'a besoin d'autorisation que pour les actes entre-vifs ; cela résulte implicitement de l'art. 194 de la coutume d'Orléans.

Néanmoins, quelques coutumes assujettissent la femme mariée à l'autorisation, même pour ses dispositions testamentaires ; telles sont celles du Nivernais, du Bourbonnais, de Bourgogne, de Normandie. Mais Pothier pense que la femme n'a plus besoin d'autorisation quand elle veut révoquer son testament.

Remarquons que la femme mariée n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait en son nom : lorsqu'elle contracte, comme fondée de procuration, soit de son mari, soit de quelque autre personne que ce soit, il n'est pas besoin d'autorisation ; car ce n'est pas elle en ce cas qui contracte ; c'est celui qui lui a donné procuration qui contracte par son ministère.

Voilà ce qu'il faut décider pour les actes de la femme, d'après le commentaire de l'art. 194 de la coutume d'Orléans.

Quant aux obligations que voudrait contracter la femme mariée, la coutume de Paris s'en explique ainsi :

« Femme mariée, dit-elle, dans son article 234, ne peut s'obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée ou marchande publique. »

Quelque généraux que soient ces termes, il faut néanmoins faire quelques distinctions.

L'effet de la coutume doit être restreint aux obligations qui naissent de quelque fait de la femme. Quant à ces obligations que nous contractons sans aucun fait de notre part, la femme est capable, comme toute autre personne, sans le consentement de son mari.

Telles sont les obligations que la femme contracte, *quasi ex contractu*, par le fait d'un autre, ainsi la gestion d'affaires en faveur de la femme.

Telles sont encore les obligations que la loi seule ou l'équité produit ; ainsi une femme emprunte de l'argent sans avoir obtenu l'autorisation ; sans doute elle n'est pas obligée envers le créancier à lui restituer cette somme, mais si elle s'est enrichie, elle sera tenue, jusqu'à concurrence de son enrichissement : « *neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.* »

La femme mariée peut contracter aussi, sans le consentement de son mari, les obligations qui naissent de ses délits ou de ses quasi-délits.

Si la femme commet un dol en contractant, sans doute il y a délit ; mais comme celui qui en souffre doit s'imputer d'avoir contracté avec elle, la femme ne sera pas obligée.

Enfin, si la femme trompe son créancier, en se faisant passer pour veuve ou fille majeure, son obligation sera valable ou non, suivant que l'erreur du créancier aura été excusable ou non.

Occupons-nous maintenant de l'incapacité toute spéciale de la femme d'ester en jugement.

La coutume de Paris, art. 224, s'exprime ainsi : « Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée, ou séparée par justice, et la dite séparation exécutée. »

C'est là le droit commun de la France, ce n'est que par l'autorisation maritale que la femme acquiert *legitimam standi in judicio personam*.

Ce principe produit son effet, même à l'égard des instances commencées avant son mariage ; si pendant un procès une fille se marie, à dater de ce moment on ne peut plus procéder valablement ni de part ni d'autre ; il faudra que le mari reprenne l'instance, ou sur son refus de le faire, que le juge autorise la femme.

Néanmoins, la coutume de Paris fait une exception pour le cas où la femme est séparée par justice, et la dite séparation exécutée. Ce pouvoir d'ester en jugement sans autorisation est une conséquence du droit que la séparation de biens donne à la femme d'administrer sa fortune ; aussi l'exception de l'art. 224 ne doit-elle s'appliquer qu'aux actions qui concernent l'administration des biens. A l'égard de celles qui concernent la propriété de leurs immeubles, les femmes ne peuvent les intenter ni y défendre, sans l'assistance de leur mari ou l'autorisation du juge.

La coutume veut que la séparation soit exécutée, parce que les sentences de séparation qui n'ont pas été mises à exécution, sont regardées comme non avenues, et n'ont aucun effet. Il faut encore que la séparation ait été prononcée par justice ; la coutume entend par là, qu'une séparation qui se ferait par simple convention, durant le mariage, ne donnerait pas à la femme le pouvoir d'ester en jugement sans l'assistance de son mari, cette convention étant nulle et ne pouvant produire aucun effet.

Mais si la séparation résulte du contrat de mariage, la femme pourra ester en jugement sans autorisation, car la séparation contractuelle est une loi irrévocable du contrat de mariage, et parait même quelque chose de plus fort que la séparation judiciaire.

La coutume de Paris ne parlant pas des femmes marchandes publiques nous sommes autorisé à dire qu'elles ne pourront sans autorisation ester en jugement, même pour les actions relatives à leur commerce. Tel était sûrement le droit commun. Mais quelques coutumes consacraient cette exception en faveur de la marchande publique ; telle était la coutume de Mantes.

Voilà ce qui concerne les procès civils. S'il s'agit d'une accusation criminelle intentée contre la femme, elle pourra y défendre sans autorisation. Mais si c'est elle qui poursuit quelqu'un au criminel, elle devra être assistée par son mari. Cette distinction est faite par la coutume de Poitou.

La coutume d'Orléans ne la reproduit pas ; dans son article 200, elle s'exprime ainsi : « Femme mariée peut intenter et poursuivre en jugement, sans son mari, l'in-

jure dite ou faite à elle ; et aussi peut être convenue pour l'injure qu'elle aurait faite ou dite à aucun. »

Quant à l'autorisation que doit donner le mari, il faut distinguer entre les actes extrajudiciaires et les actes judiciaires ; puis nous aurons à étudier dans quelle forme cette autorisation devra être donnée.

A. Dans les actes extrajudiciaires, s'il s'agit seulement d'administration, une procuration générale portant autorisation suffit ; la femme sera, par cela même, capable de faire tous les actes et contrats qui ne dépassent pas les bornes de cette administration.

Si, au contraire, il s'agit d'actes ayant pour objet la propriété des biens immeubles de la femme, qui tendent à en disposer, à les aliéner ou à les charger d'hypothèque, l'autorisation du mari devra être expresse et spéciale ; une autorisation générale portée soit par une procuration, soit même par contrat de mariage, serait dans ce cas regardée comme nulle. Ce serait, en effet, mettre la femme hors de la dépendance de son mari.

Du reste, cette jurisprudence nous est attestée par un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 22 février 1695 : « Nous attestons que l'article 223 de la coutume de Paris s'observe exactement et à la lettre, sans aucune restriction, de manière que toute femme mariée ne peut vendre, aliéner, ni hypothéquer ses immeubles sans l'autorisation expresse de son mari ; que tous les actes faits sans une autorisation expresse sont nuls, et que, par conséquent, toutes les autorisations générales, par des

procurations, par contrat de mariage ou autres actes, ne peuvent jamais suppléer ce que la coutume demande. »

De même, les actes de notoriété des 12 décembre 1699 et 23 février 1708, déclarent qu'il faut que la procuration soit spéciale, mise *in ipso actu*, ou dans une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe.

Et Pothier a bien soin de nous faire remarquer que, pour que le mari soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas qu'il ait déclaré par le contrat qu'il y donnait son consentement et qu'il l'approuvait ; l'autorisation est, en effet, quelque chose de plus qu'un consentement, c'est un acte par lequel le mari habilite sa femme à faire le contrat ; il est donc absolument nécessaire qu'il déclare qu'il *autorise* sa femme, et ce terme est comme sacramentel.

A plus forte raison, faut-il décider de même si le mari a donné son consentement tacite ; par exemple, s'il a souscrit au contrat sans dire qu'il autorisait sa femme : le contrat sera absolument nul.

Si le mari contracte conjointement avec sa femme sans autoriser expressément cette dernière, le contrat sera bien valable à son égard, mais nul à l'égard de la femme. Lebrun cite plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.

Mais si, au lieu de s'engager conjointement avec sa femme, le mari se porte seulement caution, le contrat sera nul, et à l'égard de la femme et à l'égard du mari ; à l'égard de la femme pour défaut d'autorisation, à l'égard du mari pour ce motif que l'obligation principale étant nulle, le contrat accessoire de la caution ne saurait être valable.

A quel moment l'autorisation doit-elle être donnée? Il n'est pas nécessaire qu'elle soit donnée au moment de la passation du contrat; le mari peut l'accorder valablement par un acte qui précède celui pour lequel il autorise, et il n'importe quel intervalle de temps il y ait entre l'acte d'autorisation et le contrat pour lequel la femme a été autorisée. A ce sujet, Pothier nous fait observer qu'il faut qu'il soit fait mention de l'autorisation dans le contrat; sans cela le contrat serait nul; car la femme en ne faisant pas usage de l'autorisation de son mari, en contractant comme une femme libre, sans se dire autorisée, fait la même chose que si elle ne l'avait pas été.

Mais si l'autorisation peut être antérieure ou concomitante au contrat, elle ne saurait lui être postérieure; en effet, le contrat étant absolument nul faute d'autorisation, ne peut être confirmé par l'autorisation qui survient depuis. Tout l'effet que peut avoir l'autorisation postérieure, c'est de former un contrat dont les effets se produiront à dater du jour où elle a été donnée.

B. Dans les actes judiciaires, au contraire de ce que nous venons de voir pour les actes extrajudiciaires, le mari n'a plus besoin de donner son autorisation d'une façon sacramentale; il suffit que le mari intente conjointement avec sa femme une action, ou y défende dans la même qualité, pour que la femme soit pleinement capable d'ester en justice.

Secondement, tandis que, pour les actes extrajudiciaires, il n'est pas nécessaire que le mari soit présent en cette qualité au contrat, pour les actes judiciaires au

contraire, il est de toute nécessité que le mari dans l'instance soit en cette qualité conjointement avec sa femme.

---

Pour terminer, examinons quels sont les effets tant de l'autorisation que du défaut d'autorisation.

L'autorisation du mari, et l'autorisation supplétive de justice, rendent la femme pleinement capable de contracter ou de faire un acte quelconque ; sauf toujours l'action en rescision pour lésion si la femme est mineure.

Mais des différences distinguent l'autorisation du mari de celle de justice ; nous savons, en effet, que la femme commune autorisée par son mari, peut obliger la communauté *in infinitum* ; dans le même cas, la femme seulement autorisée par le juge ne pourra obliger la communauté que *quatenus locupletior facta sit*.

Quant au défaut d'autorisation, son effet est de rendre complètement nuls les actes de la femme mariée.

Tel est l'exposé rapide de la condition de la femme mariée dans notre ancienne jurisprudence ; je vais étudier maintenant cette même condition sous le Code civil.

## CHAPITRE II.

### ORIGINE ET MOTIFS DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

Il est généralement reconnu aujourd'hui que l'incapacité de la femme mariée nous vient du droit germanique. Chez les tribus germaniques, la femme était soumise au *mundium* de son mari; cette institution du *mundium* pénétra dans les Gaules avec l'invasion des barbares, et se modifia sur notre sol pour devenir la *mainbournie* de notre droit coutumier. La femme dépendait elle et ses biens de son mari, et c'est cette dépendance quant aux biens, qui est devenue ce que l'on appelle aujourd'hui l'incapacité de la femme mariée, dépendance ayant naturellement varié avec les progrès des mœurs et de la civilisation.

Certains auteurs ont voulu trouver l'origine de cette incapacité de la femme française, soit dans le droit romain, soit dans le droit celtique. J'avoue que je ne puis

comprendre qu'on ait voulu faire remonter l'incapacité de la femme, à la *manus* romaine. Cette puissance de la *manus*, si spéciale aux lois de Rome, si différente de notre puissance maritale, ne peut certes avoir servi d'origine à l'incapacité de la femme.

Cette origine se trouvera-t-elle davantage dans le droit celtique? non; et, en effet, lors de l'invasion des barbares, il y avait déjà longtemps que le droit aristocratique et théocratique de nos aïeux avait disparu. La conquête romaine avait effacé jusqu'aux derniers vestiges du vieux droit gaulois, et la loi romaine avait partout remplacé la loi celtique.

Tenons donc pour certain que c'est au *mundium* germanique que nous devons faire remonter l'origine de l'incapacité de la femme mariée en France.

---

Quant aux motifs qui ont engagé les rédacteurs du Code à maintenir l'incapacité de la femme mariée, ils ne ressortent clairement ni des travaux préparatoires, ni de l'étude de l'ensemble de la loi; aussi cette question divise-t-elle les auteurs. Plusieurs systèmes ont été soutenus.

1<sup>er</sup> SYSTÈME. — La femme est incapable *propter fragilitatem sexus*. Ce motif est inadmissible, car alors comment comprendre que la fille majeure et la veuve puissent, sans aucune autorisation, faire tout ce que fait l'homme lui-même? Les facultés intellectuelles, l'expérience, l'aptitude aux affaires que la femme possédait avant son mariage, les a-t-elle perdues en se mariant,

et les recouvre-t-elle quand elle devient veuve? Evidemment non. Puis, comment s'expliquer dans ce système que la femme puisse avoir la tutelle de ses enfants, et même de son mari interdit (art. 390 et 507)? Ce premier système a été soutenu par Lebrun et Proudhon.

2<sup>e</sup> SYSTÈME. — L'incapacité de la femme a pour fondement la puissance maritale; c'est là l'opinion de M. Delvincourt (1) et de Merlin (2); mais elle me paraît aussi inadmissible que la première. Si tel avait été, en effet, le principe des rédacteurs du Code, le mari mineur pourrait autoriser sa femme, car il a la puissance maritale; or, l'art. 224, contrairement à la solution que donnait Pothier, décide que si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme. Ce deuxième système conduirait aussi à cette conséquence: la puissance maritale venant à cesser, l'incapacité de la femme cessera en même temps. Or, aux termes de l'art. 221, le mari frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, et perdant par suite la puissance maritale, la femme même majeure doit se faire autoriser par le juge. — Enfin, si l'incapacité de la femme mariée est le résultat immédiat de la puissance maritale, comment concevoir que la femme qui fait un acte sans autorisation, puisse, aux termes de l'art. 225, en demander la nullité?

3<sup>e</sup> SYSTÈME. — Il réunit pour ainsi dire les deux pre-

(1) Delvincourt, t. I, p. 75.

(2) Merlin, *Questions*, t. IX; v<sup>o</sup> *Puissance maritale*, § 4.

miers, il est défendu par M. Valette (1) et Mourlon (2) qui prétendent que l'incapacité de la femme mariée repose tout à la fois et sur la puissance maritale, et sur l'intérêt personnel et individuel de la femme. Cette troisième opinion explique parfaitement les dispositions des articles 224, 221 et 225.

4<sup>me</sup> SYSTÈME. — M. Demolombe (3) et Zachariæ (4) admettent comme base de l'incapacité de la femme mariée, la puissance maritale, mais ils y ajoutent l'intérêt collectif des époux et de la famille. Dans ce système comme dans le précédent, on peut expliquer fort logiquement les art. 221, 224 et 225.

Les deux premiers systèmes devant être rejetés, la discussion ne doit, dès-lors, porter que sur les deux derniers. Mais, à mon avis, ils sont également fondés, et je crois que le parti le plus sage serait de les combiner. Je proposerai donc de décider, que l'incapacité de la femme repose tout à la fois et sur l'intérêt personnel de la femme, et sur l'intérêt collectif de la famille. Ce système éclectique est jugé par M. Demolombe comme le meilleur en théorie et en législation ; pourquoi ne serait-il pas celui qu'ont entendu admettre les législateurs du code, puisqu'avec lui toutes les dispositions de la loi s'expliquent, d'elles-mêmes, sans difficulté ?

(1) Valette, *Explication sommaire du livre I du Code civil*, p. 419.

(2) Mourlon, t. I, p. 379.

(3) Demolombe, t. IV, n° 415.

(4) Zachariæ (2<sup>e</sup> éd.), t. III, p. 323.

### CHAPITRE III.

#### ETENDUE DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE.

Quel que soit le régime matrimonial adopté par la femme, elle est toujours incapable de faire certains actes sans autorisation ; c'est ce que nous appellerons l'*incapacité invariable*.

Réciproquement, sous tous les régimes, la femme a pleine capacité pour faire certains autres actes, c'est ce que nous appellerons la *capacité invariable*.

Enfin, il est pour la femme une *capacité variable*, dépendant du régime sous lequel elle est mariée et que nous étudierons pour le régime de séparation de biens qui en est la plus large expression.

Remarquons que les règles du code sur l'autorisation maritale, constituent pour la femme des règles de capacité ; dès lors il résulte, comme le font très-bien remarquer MM. Demolombe (1), Aubry et Rau (2), que lors

(1) Demolombe, t. I, n° 44.

(2) Aubry et Rau, d'après Zachariæ (3<sup>e</sup> éd.), § 30, notes 18 et 20.

même qu'une femme aurait eu avant la promulgation du code, le droit de faire tel ou tel acte sans autorisation, en vertu même de son contrat de mariage, il n'en serait pas moins nécessaire qu'elle fût autorisée

De plus, l'art. 3 du Code civil est ici applicable, et la femme française ne pourrait faire sans autorisation à l'étranger, ce qu'en France elle n'aurait pu faire sans cette même autorisation. Et réciproquement la femme étrangère pourra accomplir dans notre pays tous les actes pour lesquels la loi de sa nationalité lui donne pleine capacité, alors même que, pour ces mêmes actes, le Code civil exigerait l'autorisation maritale.

L'autorisation maritale étant un effet direct du mariage, la nécessité de l'obtenir subsiste pendant toute sa durée ; la séparation de biens ne saurait donc dispenser la femme de demander l'autorisation de son mari (art. 215 et 217). Il faut décider de même quand la séparation de corps a été prononcée entre les époux ; en effet, malgré la séparation de corps le mariage subsiste toujours, et la nécessité de l'autorisation résulte essentiellement du mariage (Demolombe (1), Massol (2), Duranton (3), Cassation : 6 mars 1827 et 13 novembre 1844 )

De ces principes il résulte encore que la nécessité de l'autorisation ne peut commencer qu'avec le mariage ; et nous savons que ce n'est que par exception que quelques-unes de nos anciennes coutumes décidaient que c'était à

(1) Demolombe, t. IV, n° 449.

(2) Massol, *De la séparation de corps*, p. 230.

(3) Duranton, t. II, n° 623.

dater des fiançailles que la femme devait obtenir l'autorisation de son futur mari.

Ces préliminaires posés, nous pouvons maintenant entrer dans l'étude de ce que j'ai appelé l'incapacité invariable, la capacité invariable, la capacité variable.

*Incapacité invariable.*— Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme ne pourra jamais sans autorisation : Ester en jugement (art. 215 et 216), aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit (art. 217), hypothéquer (art. 217), acquérir à titre onéreux ou à titre gratuit (art. 217), contracter (art. 217, 220 à 224). Notons cependant que si l'obligation contractée par la femme ne constitue qu'un acte d'administration, la femme aura pleine capacité si les conventions matrimoniales lui laissent l'administration de ses biens.

Reprenons chacun de ces actes pour lesquels la femme doit toujours être autorisée :

A. Incapacité d'ester en jugement. — Cette incapacité de la femme de figurer comme partie dans un procès, n'est absolue qu'en matière civile. En matière criminelle, correctionnelle ou de simple police, il faut distinguer suivant que la femme est demanderesse ou défenderesse.

Est-elle demanderesse, elle doit obtenir l'autorisation de son mari ; (Demolombe (1), Dalloz (2), Marcadé (3),

(1) Demolombe, t. IV, n° 440.

(2) Dalloz, *Alphab.*, v° *Mariage*.

(3) Marcadé *Sur l'article 216*.

cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1808). En effet, l'article 216 du Code civil porte que : « l'autorisation du mari n'est pas nécessaire quand la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. » De là résulte que l'autorisation est nécessaire quand la femme est poursuivante. La raison de cette distinction est du reste facile à saisir : quand la femme poursuit, elle fait un acte libre, volontaire : par conséquent, avant qu'elle agisse, il y a lieu d'examiner s'il est opportun, s'il est convenable qu'elle intente son action. Mais quand elle est poursuivie, il faut nécessairement que la poursuite suive son cours ; il n'est au pouvoir ni de son mari ni d'elle-même d'arrêter le procès par un acquiescement ou une transaction comme en matière civile ; par conséquent, l'autorisation serait ici sans objet et sans utilité. — Le Code a donc suivi la doctrine de Pothier (1), et a repoussé celle de la coutume d'Orléans qui décidait, que la femme demanderesse ou défenderesse devant un tribunal de répression, n'avait jamais besoin d'autorisation.

La femme, nous venons de le voir, n'a pas besoin d'être autorisée quand elle comparait comme défenderesse devant un tribunal de répression (article 216) ; l'application de cette disposition est incontestable quand les poursuites sont exercées par le ministère public ; mais en est-il de même quand elles le sont par la partie civile ? Tout d'abord, il est bien certain que si la partie civile agit en dommages-intérêts devant la juridiction civile, l'article 216 ne sera pas applicable. Si la partie civile

(1) Pothier, *Puissance du mari*, n<sup>o</sup> 64.

porte son action devant la juridiction criminelle, certains auteurs distinguent suivant que l'action civile est intentée en même temps que l'action publique et accessoirement à cette dernière, ou qu'elle est intentée seule et directement devant le tribunal correctionnel ou de police; l'autorisation n'est pas nécessaire dans le premier cas, mais elle l'est dans le second (Zachariæ (1), Marcadé (2)).

Je repousse cette distinction comme contraire au texte de l'article 216; dans les deux cas, la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police, et l'article 216 doit être appliqué. Du reste, dès que la juridiction criminelle est saisie par la partie civile, l'action publique se trouve mise en mouvement, et le désistement de la partie civile ne pourrait même la paralyser. C'est donc avec raison que je puis conclure avec M. Demolombe (3), que dans les deux cas précités on doit appliquer sans distinction l'article 216, puisqu'il y a toujours poursuite contre la femme devant un tribunal de répression, et identité de motifs pour la dispenser de la nécessité de l'autorisation.

En matière civile, au contraire, la femme ne peut jamais ester en jugement sans y être autorisée, et il importe peu qu'elle joue le rôle de demandeur ou de défendeur. Cette incapacité subsiste, quel que soit le régime matrimonial; et l'article 215 a soin de s'en expliquer expressément pour la séparation de biens; car, Pothier (4)

(1) Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 124.

(2) Marcadé, *Sur l'article 216*.

(3) Demolombe, t. IV, n° 443.

(4) Pothier, *Puissance du mari*, n° 62.



nous le dit, la coutume d'Orléans décidait que la femme sous ce régime pourrait ester en jugement en ce qui concernait l'administration de ses biens. Les rédacteurs du Code ont pensé que dans aucun cas il n'était désirable que la femme pût s'engager avec trop de précipitation dans un procès.

L'article 215 s'explique aussi catégoriquement pour l'hypothèse où la femme serait marchande publique. C'est avec raison que le législateur a fait disparaître toute équivoque, car certaines coutumes, celle de Mantes en particulier, donnaient à la femme marchande publique le droit de plaider sans autorisation pour les actes de son commerce. Ici encore on a trouvé qu'il était toujours temps pour la femme même marchande publique de s'engager dans un procès, et en conséquence, on l'a obligée à se faire autoriser, quoique, pour les actes de son commerce, elle ait pleine capacité.

Quel que soit le procès engagé, quel que soit le tribunal qui doive en connaître, l'incapacité de la femme d'ester en jugement est toujours absolue. Ainsi, même dans le cas de demande en séparation de biens (art. 865, C. de pr.), ou en séparation de corps (art. 878 *id.*), la femme devra être autorisée. Mais alors ce ne sera plus le mari ou la justice qui devra autoriser ; il suffira, par exception, d'une autorisation émanée du président du tribunal, et mise dans l'ordonnance par laquelle il renvoie les parties à se pourvoir, lorsqu'il s'agira d'une séparation de corps ; et dans l'ordonnance en réponse à la requête quand il s'agira de séparation de biens. Cette autorisation est, du reste, de pure forme, car le Code décide expres-

sément que le président ne peut la refuser en matière de séparation de biens, et on admet généralement la même solution en matière de séparation de corps.

Remarquons, à ce sujet, que sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, la femme n'avait pas besoin d'être autorisée pour ester en divorce, soit devant l'autorité administrative ou l'officier de l'état civil, soit lorsque le mari s'y opposait, devant les tribunaux ordinaires. La loi de 1792 abrogeait donc l'article 224 de la coutume de Paris qui défendait impérieusement à la femme d'ester en justice sans autorisation. C'est ainsi, du moins, que l'a jugé un arrêt du tribunal de cassation du 9 frimaire en XI.

Quand la femme exerce une action que lui donne la loi, ainsi, quand, aux termes des articles 490 et 513, elle veut faire interdire son mari, ou lui faire nommer un conseil judiciaire, il semblerait qu'elle ne devrait plus avoir besoin d'autorisation pour ester en jugement, par cela même que la loi, en lui accordant une action, semble suffisamment l'autoriser. C'est ce qu'a jugé, du reste, la Cour de Toulouse dans un arrêt du 28 février 1823. Néanmoins, je crois, avec M. Demolombe (1), que l'article 215 est absolu, et par suite que, même dans notre espèce, la femme devra se faire autoriser par la justice. Du reste, le but de l'autorisation ne peut-il pas s'appliquer dans notre hypothèse avec plus de force que dans tout autre ? Ne s'agit-il pas de pouvoir arrêter une poursuite quelquefois téméraire, plus souvent fâcheuse ?

(1) Demolombe, t. IV, n° 426.

Mais le mari ne pourra-t-il pas, dans un intervalle lucide, autoriser sa femme à poursuivre son interdiction? La question est controversée. Cependant, pourquoi ne pas admettre l'affirmative et permettre à un mari de demander lui-même que l'on prenne des mesures contre la folie dont il a conscience? Pour savoir si la femme a été valablement autorisée, il n'y aura qu'une question de fait à élucider : le mari était-il, oui ou non, dans un intervalle lucide quand il a donné l'autorisation? (Valette sur Proudhon (1).

Si c'est la femme elle-même qui est poursuivie en interdiction, elle devra être autorisée pour paraître en justice. Toutefois, si c'est le mari qui est demandeur, elle est suffisamment autorisée par la demande même (Demolombe (2), Zachariæ, Aubry et Rau (3).

Un arrêt de la Cour de Cassation, du 9 janvier 1822, a décidé, en conséquence, que le mari serait fondé à attaquer, par la voie de la tierce-opposition, le jugement d'interdiction rendu contre sa femme non autorisée.

La procédure d'ordres étant une instance judiciaire qui peut entraîner l'aliénation des droits des parties, la femme ne peut y ester à son détriment, ni y encourir aucune déchéance, si elle n'a été autorisée de son mari ou de justice. Spécialement, il a été jugé par la cour de cassation, le 21 avril 1828, que la femme non autorisée ne peut être déclarée forclosé parce qu'elle a laissé

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 521.

(2) Demolombe, IV, n° 425.

(3) Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 424.

passer un mois sans contredire l'état de collocation provisoire.

Il sera même nécessaire que la femme obtienne l'autorisation de son mari ou de justice quand elle demandera la nullité de son propre mariage. On nous objectera peut-être que par ce fait la femme reconnaît la validité du mariage qu'elle veut faire annuler, ce qui ne saurait être admis ? Nous répondrons que lors même que le mariage est infecté d'un vice qui doit en entraîner la nullité, il subsiste néanmoins tant que cette nullité n'a pas été légalement prononcée, et que par conséquent il produit tous ses effets ; or, l'un de ces effets, c'est justement la nécessité de l'autorisation. (Demolombe (1) et Merlin (2).

Du reste, la cour de cassation dans deux arrêts du 21 janvier 1845 et du 10 février 1851, a fixé la jurisprudence en ce sens.

Remarquons que dans notre espèce, l'art. 218 du Code civil est applicable, et qu'à défaut du mari, la justice a plein pouvoir pour accorder ou refuser l'autorisation ; il n'en est plus ici comme dans les demandes intentées par la femme en séparation de corps ou de biens.

Que la femme joue le rôle de demandeur, de défendeur ou de partie intervenante, elle doit toujours être autorisée ; mais, nous le verrons plus tard, l'application de ce principe peut différer, quant à la compétence, quant

(1) Demolombe, t. IV, n° 427.

(2) Merlin, *Rép.* t. XVI, v° *Mariage*.

à la manière dont l'autorisation doit être donnée, quant aux effets de l'autorisation et aux effets du défaut d'autorisation, selon que la femme intente une action ou y défend.

Quel que soit l'adversaire de la femme, le principe absolu de la nécessité de l'autorisation subsiste toujours ; sans doute, si le mari est demandeur, il est censé par là même autoriser sa femme à plaider contre lui ; mais, si au contraire c'est la femme qui joue le rôle de demandeur contre lui, elle devra être autorisée par son mari même ou par la justice. Des arrêts ont été rendus en ce sens par la cour de Toulouse, le 8 février 1823, par la cour d'Aix, le 27 août 1827. (Demolombe (1), Merlin (2).

Mais que décider quand une fille qui a un procès se marie ? L'époque à laquelle le procès a été engagé importe peu ; la femme devra toujours être autorisée par son mari, ou à défaut, par la justice, pour pouvoir continuer valablement son procès. C'est là, du reste, la décision de notre ancien droit. En conséquence de ce principe, la cour de cassation, le 20 thermidor an XII, a jugé que lorsqu'après une instance une femme veuve s'est mariée, et que depuis elle s'est pourvue en cassation sans l'autorisation de son mari, il y a lieu d'ordonner que dans un délai déterminé elle justifiera de cette autorisation, encore que le pourvoi ait été formé avant la publication du Code civil.

(1) Demolombe, t. IV, n° 158.

(2) Merlin, *Rép.* t. XVI, v° *Aut. mar.*

Cette règle reçoit toutefois une exception : si l'affaire est en état, le jugement ne peut être différé (art. 342 et 343 C. de pr.); et alors même qu'elle ne l'est pas, les procédures peuvent être continuées tant que le changement d'état de la femme n'est pas notifié à la partie adverse qui n'est pas obligée de le connaître (art. 345, C. pr. c.).

En conséquence, il a été jugé par la cour de cassation, le 2 août 1825, que la femme qui a esté en justice sans l'autorisation de son mari, alors que le procès était commencé avant son mariage et qu'elle s'est toujours qualifiée de veuve, ne peut tirer un moyen de nullité du défaut d'autorisation.

**B. Incapacité d'aliéner.** — Le principe est posé dans l'article 217 du Code civil. La femme ne peut valablement, sans autorisation : aliéner à titre gratuit ses meubles ou ses immeubles, aliéner à titre onéreux ses immeubles ou ses meubles. Seulement, pour les aliénations de meubles, la femme n'aura pas besoin d'autorisation quand elle sera séparée de biens et quand cette aliénation ne constituera qu'un acte d'administration.

*a. Aliénations à titre gratuit de meubles ou d'immeubles.* — Notons, en passant, que cette incapacité de la femme n'existe que pour les donations entre vifs ; nous verrons, en effet, plus tard, que la femme mariée a pleine capacité pour faire son testament (art. 226). Tout le monde est d'accord pour décider que la femme ne peut, sans autorisation, faire une donation immobilière ; mais la question est controversée pour les dona-

tions mobilières. M. Delvincourt (1) décide que la femme, séparée de biens, pourra faire sans autorisation une donation mobilière : il se fonde sur le n° 2 de l'article 1449 : « La femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner. » Cette opinion ne saurait être soutenue en présence des termes formels et absolus des articles 217 et 905 ; et l'article 1449, n° 2, n'est pas en contradiction avec eux ; le n° 2 de cet article doit, en effet, s'expliquer par le n° 1, et l'on doit dire que la femme séparée de biens ne peut disposer de son mobilier et l'aliéner que dans les limites des actes d'administration ; or, jamais une donation ne sera regardée comme un acte d'administration. Tenons donc pour certain que, sous aucun régime, la femme ne peut faire une donation qu'elle soit mobilière ou immobilière, et cette doctrine soutenue par la majorité des auteurs (Aubry et Rau (2), Demolombe (3), etc...), a été confirmée par un arrêt de la cour de Paris, du 28 juin 1851.

Mais la femme pourra-t-elle, du moins donner, sans autorisation, non pas un capital mobilier, mais une portion de ses revenus à mesure qu'elle les touche, et avant que par l'accumulation ils ne soient devenus eux-mêmes un véritable capital ! M. Troplong (4) se prononce pour l'affirmative, pourvu qu'il ne s'agisse que d'un don modique ne dépassant pas la limite des actes d'administration. — Malgré l'autorité de ce jurisconsulte

(1) Delvincourt, t. II, p. 58, note 46.

(2) Aubry et Rau, d'après Zachariæ, 3<sup>e</sup> édit., t. V, § 648.

(3) Demolombe, t. IV, n° 450.

(4) Troplong, *Donations*, t. II, n° 594.

érudit, je ne saurais me ranger à son avis, car jamais une donation, quelque modique qu'elle puisse être, ne constituera un acte d'administration. Néanmoins, il faut admettre que la femme séparée de biens pourra faire sans autorisation les présents qu'il est d'usage d'offrir dans certaines circonstances de la vie et que l'on prend d'habitude sur les revenus.

La femme ne pourra pas davantage faire d'institution contractuelle, si elle n'y est autorisée ; en effet, les articles 226 et 905 ne la dispensent de l'autorisation que pour le testament, et l'art. 217 la soumet d'une manière absolue à une autorisation pour tous les actes d'aliénation. Or, instituer contractuellement, c'est aliéner (Troplong (1) et Grenier (2)).

*b. Aliénation immobilière à titre onéreux.* — Dans aucun cas la femme mariée ne peut aliéner ses immeubles, même à titre onéreux, sans y être autorisée. L'article 217 pose le principe et l'article 1538 le développe de façon à prévenir toute discussion : « Dans aucun cas, y est-il dit, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari, ou à son défaut sans être autorisée par justice. »

La femme ne peut donc ni vendre, ni échanger, ni constituer une servitude, ni consentir un droit d'usufruit ou d'antichrèse, car tous ces actes constituent des aliénations.

(1) Troplong, *Donations*, t. IV, nos 2368 et 2571.

(2) Grenier, *Donations*, t. II, n° 431.

Devant la prohibition absolue de la loi, il faut aussi déclarer sans hésitation que la femme séparée de biens ne peut pas aliéner l'immeuble acquis avec ses revenus, pas plus que la femme commerçante l'immeuble acquis avec les bénéfices de son commerce.

c Aliénations mobilières à titre onéreux. — Le principe est que la femme est incapable de les faire sans autorisation ; mais cette incapacité n'est plus invariable, et par exception la femme non autorisée pourra faire des aliénations mobilières quand elle aura l'administration de tout ou partie de ses biens. Il en sera ainsi quand la femme sera séparée judiciairement, ou d'après une clause de son contrat de mariage, ou bien encore quand elle sera mariée sous le régime dotal et qu'elle aura des paraphernaux (article 1576).

C. Incapacité d'hypothéquer. — L'incapacité de la femme d'hypothéquer est invariable (article 217). En effet, par cela seul que la femme ne peut aliéner ses immeubles, elle ne peut non plus les hypothéquer, car l'hypothèque ne peut être consentie que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent (article 2124).

Cependant, certains auteurs dont le mérite ne saurait être contesté (Toullier (1), Duranton (2), Zachariæ (3)), sont d'un avis contraire ; ils pensent que l'hypothèque pourrait être constituée par une femme jouissant de l'ad-

(1) Toullier, t. II, p. 4298.

(2) Duranton, t. III, n° 673.

(3) Zachariæ, t. I, p. 265.

ministration de tout ou partie de ses biens, relativement à des obligations contractées pour cause de cette administration. Pour ces jurisconsultes la validité de l'hypothèque conventionnelle, en ce qui concerne la capacité du constituant, dépend uniquement de la validité de l'obligation principale, et si la personne est capable de consentir l'engagement, elle est par cela même capable de consentir l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire.

Je crois avec M. Demolombe (1), que cette théorie ne peut être soutenue en présence des termes formels de l'article 2124 qui exige formellement la capacité d'aliéner pour avoir la capacité d'hypothéquer ; et des termes absolus de l'article 217 qui sans distinction aucune déclare la femme incapable d'hypothéquer.

D. Incapacité d'acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux. — L'article 217 pose le principe de cette incapacité. La femme ne peut sans autorisation acquérir à titre gratuit, car dans l'intérêt de la morale, il faut que le mari connaisse la cause des libéralités faites à sa femme, et en approuve les motifs. Puis une donation peut entraîner certaines charges, et on n'a pas voulu que la femme puisse s'y soumettre d'une manière irréfléchie.

On retrouve l'application de ce principe de l'article 217, dans l'article 776 relatif à l'acceptation des successions légitimes échues aux femmes mariées, et dans l'article 934 relatif à l'acceptation des donations.

Quant à l'acceptation des legs ou successions testamentaires échues à la femme, la loi est muette ; mais il

(1) Demolombe, t. IV, n° 462.

est évident que le principe général de l'article 217 doit aussi recevoir son application ; les motifs sont en effet les mêmes.

Peu importe le régime matrimonial qui régit l'association conjugale : l'incapacité d'acquérir à titre gratuit frappe la femme séparée de biens, même la femme séparée de corps. — L'ordonnance de 1731 sur les donations admettait, il est vrai, que la femme mariée sous le régime dotal pouvait sans autorisation recevoir un bien qui lui serait donné pour lui tenir lieu de paraphernal, mais le Code n'a pas reproduit cette distinction.

La femme mariée ne peut non plus acquérir à titre onéreux si elle n'y est autorisée ; en effet, acquérir à titre onéreux, c'est aliéner quelque chose, ou tout au moins s'obliger en retour de ce que l'on reçoit ; or, nous le savons, la femme ne peut aliéner sans autorisation, et elle ne peut davantage s'obliger, comme nous le verrons bientôt.

Si on voit tous les jours des femmes mariées faire tel ou tel achat, c'est que le mari est censé leur avoir donné mandat ; et ces achats sont dès lors parfaitement valables, sans qu'il soit besoin, pour expliquer cette validité, d'invoquer une exception à l'incapacité de la femme d'acquérir à titre onéreux.

Remarquons en passant que, malgré la généralité des termes de l'art. 217, il faut admettre que la femme séparée de biens pourra acquérir à titre onéreux des meubles et des immeubles, si ces acquisitions constituent des actes d'administration.

E. Incapacité de contracter. — Sous tous les régimes

où la femme ne peut aliéner, elle ne peut non plus s'obliger; elle ne peut en effet donner à ses créanciers le droit de faire vendre ses biens, droit qu'elle n'a pas elle-même.

Mais dans les trois cas de séparation de biens judiciaire, de régime de séparation de biens, de régime dotal avec stipulation de paraphernaux, la femme peut aliéner son mobilier pourvu que ce soit pour cause d'administration. Or la capacité de s'obliger est corrélatrice de la capacité d'aliéner; dès lors il faut conclure que, dans les trois cas précités, la femme pourra s'obliger sur son mobilier dans les limites des actes d'administration. Nous approfondirons du reste cette matière en étudiant le régime de séparation de biens.

Tel est le développement de ce que nous avons appelé l'incapacité invariable de la femme.

---

Passons maintenant à la *capacité invariable*, ou actes que la femme peut toujours faire sans autorisation, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée.

Nous venons de le voir, l'incapacité de la femme mariée a une grande étendue; mais il est un principe général en législation, c'est que les incapacités sont de droit étroit. Du reste le Code civil nous présente des textes positifs: c'est d'abord l'article 1123: « toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. » C'est ensuite l'art. 1124, plus spécial à notre matière: « les femmes mariées sont incapables de contracter dans les cas exprimés par la loi. » Remarquons

que ces dispositions sont générales bien qu'elles soient contenues dans le titre des contrats, et qu'elles s'appliquent à tous actes juridiques bien qu'elles n'emploient que le mot *contracter*.

Dans notre droit, la capacité de la femme mariée est donc le principe, son incapacité l'exception ; mais il faut bien le reconnaître les exceptions menacent d'absorber la règle générale.

De l'article 1124 il résulte que tous les actes qui ne sont pas défendus à la femme, lui sont permis sans que la loi ait besoin de s'en expliquer. Mais pour être complet, il faut ajouter qu'alors même que la nature d'un acte devrait empêcher que la femme eût capacité pour le faire sans autorisation, elle sera néanmoins capable de l'accomplir si une disposition législative expresse lui en donne le pouvoir, ou si la conséquence directe et logique d'un texte le veut ainsi.

La femme mariée, avons-nous dit, peut faire sans autorisation tous les actes qui ne lui sont pas interdits ; en conséquence elle peut :

1° Exercer sur les enfants la puissance que la loi accorde à la mère : ainsi consentir au mariage de ses enfants, sans distinction entre ceux d'un premier lit et ceux du lit actuel (Demolombe) (1).

2° Adresser au président du tribunal des requêtes en séparation de biens ou de corps (art. 865 et 875 C. de Pr. C. déjà vus), et les requêtes en poursuite de ses

(1) Demolombe, t. IV, n° 467.

droits quand le mari refuse, est absent, ou interdit (art. 861, 863 et 864, id.)

3° Prendre une inscription hypothécaire, soit sur un tiers, soit sur son mari (art. 2139 et 2194).

4° Requérir transcription d'une donation qu'elle a été autorisée à accepter (art. 940); — de l'acte de célébration de son mariage contracté à l'étranger (art. 471); — requérir transcription de tout acte entre-vifs translatif de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques; — de tout acte portant renonciation à ces mêmes droits; — de tout jugement qui déclare l'existence d'une convention verbale de la nature ci-dessus exprimée; — de tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant; — de tout acte constitutif d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation; — de tout acte portant renonciation à ces mêmes droits; — de tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une convention verbale; — des baux d'une durée de plus de 18 ans, — de tout acte ou jugement constatant même pour bail de moindre durée, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus (loi du 23 mars 1855 sur la transcription).

Remarquons ici avec M. Mourlon et Proudhon, qu'il faut accorder à la femme la capacité de s'obliger pour payer le coût de ces actes : qui veut la fin, veut les moyens. Réciproquement, il est équitable que les mêmes actes faits par des tiers contre la femme soient valables; mais, dès que la femme sera obligée de paraître en justice, elle devra se faire autoriser.

5° Enfin, il a été jugé par la Cour de cassation, le 15 juillet 1824, que la femme peut sans autorisation révoquer le mandat qu'elle a donné.

La femme mariée peut encore agir sans autorisation quand une disposition expresse de la loi lui donne ce pouvoir. Ainsi :

1° Nous avons déjà vu que la femme défenderesse devant les tribunaux de répression n'avait besoin d'aucune autorisation pour ester en jugement (art. 216). Le motif n'est pas, comme on l'a dit souvent, que le mari ne peut arrêter l'action de la loi, car il ne le peut pas davantage en matière civile ; le fondement de cette dérogation est que la femme accusée ou prévenue a toujours intérêt à se défendre, tandis qu'en matière civile, il vaut mieux quelquefois se laisser condamner par défaut. Dès lors, quand la femme est défenderesse en matière criminelle, correctionnelle ou de police, le mari ne pouvant raisonnablement refuser l'autorisation, il valait autant ne pas l'exiger. Je n'insiste pas davantage sur cette espèce que nous avons déjà développée au sujet de l'autorisation d'ester en jugement.

2° La femme peut tester sans qu'elle y soit autorisée (art. 226 et 905, 2°). Cette disposition s'explique d'elle-même, car il est de l'essence du testament d'être l'expression de la volonté unique et libre du testateur ; puis, cet acte est toujours révocable ; et enfin, il ne doit produire son effet que lorsque la puissance maritale aura cessé. Tel était aussi le droit commun de la France dans notre ancienne jurisprudence ; néanmoins, certaines coutumes n'accordaient même pas à la femme la capacité de

tester sans autorisation ; il en était ainsi dans la Normandie, la Bourgogne, la Bretagne, l'Artois, le Nivernais, le Bourbonnais.

3<sup>o</sup> L'article 1096, 2<sup>o</sup> décide aussi que la femme pourra, sans autorisation, révoquer la donation entrevifs qu'elle a faite à son mari.

4<sup>o</sup> La femme mariée peut encore accepter et exécuter un mandat sans y être autorisée (art. 1990) ; elle peut se constituer mandataire pour un acte juridique quelconque ; mais bien entendu, elle ne peut pas plus s'obliger en vertu du mandat, qu'en vertu de tout autre contrat ; tant pis pour le mandant qui a choisi un mandataire qui peut opposer une nullité à son recours.

J'ajoute cependant avec MM. Aubry et Rau que, si la femme s'est enrichie, elle sera tenue d'une action *de in rem verso* ; et si elle a détourné quelque objet, elle sera tenue de l'action de son délit.

Enfin, il est des cas où la dispense d'autorisation résulte implicitement, mais nécessairement de la loi. Ainsi :

1<sup>o</sup> En matière de testament, le droit commun lui étant applicable, elle peut, sans autorisation, révoquer son testament, soit par un nouveau, soit par une déclaration devant notaires (art. 1305).

2<sup>o</sup> La femme peut reconnaître l'enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage, soit de son époux, soit d'un autre ; l'article 337 ne fait, en effet, aucune distinction entre le mari et la femme.

3<sup>o</sup> La femme peut acquérir par prescription ou accession, et elle peut aliéner de la même manière. En effet,

la prescription court en principe contre la femme mariée (art. 2254); ce n'est que par exception qu'elle est suspendue pendant le mariage en sa faveur, quand il s'agit de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal (art. 2255), ou d'une action que la femme ne pourrait exercer qu'après option sur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, ou bien encore de l'hypothèse où le mari ayant vendu un bien propre de la femme sans son consentement, est garant de la vente, et de tous les autres cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari (art. 2256).

4° Il est certain aussi que la femme est obligée par ses délits et ses quasi-délits; les articles 1382 et 1383 lui sont donc applicables.

5° La loi, dans certains cas, faisant une obligation à la femme de gérer une tutelle, elle ne doit pas dès lors avoir besoin d'autorisation pour accepter, pas plus que pour être obligée par suite de son acceptation (art. 1370). C'est à tort, selon nous, que M. Duranton (1) professe l'opinion contraire.

6° La femme est capable d'accepter la donation entre-vifs qui serait faite à ses enfants ou petits enfants (art. 935). C'est du moins l'opinion de la majorité des auteurs (Troplong (2), Demolombe (3), Aubry et Rau (4), Dalloz,

(1) Duranton, t. II, p. 500. — *Contra*, Demolombe, t. IV, n° 176.

(2) Troplong, *Donations*, t. III, p. 4119.

(3) Demolombe, t. IV, n° 167.

(4) Aubry et Rau, § 652, note 2.

etc...). Cependant, M. Grenier (1), dans son *Traité des Donations*, combat cette doctrine, en se fondant sur ce principe : que l'on ne peut stipuler pour autrui relativement à un objet pour lequel on ne pourrait pas stipuler pour soi-même. Je ne saurais partager cette opinion, car non-seulement le principe invoqué par M. Grenier ne se trouve écrit nulle part, mais il se trouve même contredit implicitement par le texte de l'art. 1990, duquel il ressort que la femme n'a pas besoin d'être autorisée, quand elle n'agit pas en son propre nom. — Notre doctrine était, du reste, suivie dans l'ancienne jurisprudence, Pothier (2) le constate ; et puis la mère, dans l'espèce, ne fait qu'accomplir un mandat légal ; elle ne s'oblige pas ; la loi la met sur la même ligne que le père, et son pouvoir serait inutile s'il était soumis à la nécessité de l'autorisation.

7<sup>o</sup> Enfin, des auteurs ont soutenu que la femme pouvait valablement s'obliger par les quasi-contrats, sans qu'il lui fût nécessaire d'être autorisée. Ils raisonnent ainsi : tous les textes déclarent que l'incapacité de la femme d'acquiescer, d'aliéner, de s'obliger, n'est relative qu'aux *contrats*. Cette distinction est du reste conforme aux principes ; les contrats en effet sont le résultat de la volonté commune des parties ; les quasi-contrats résultent au contraire toujours de la loi d'une façon plus ou moins directe. Dès-lors, comment comprendre que cette même loi exigeât l'autorisation du mari ou de justice pour des

(1) Grenier, *Donations*, t. I, n<sup>o</sup> 64.

(2) Pothier, *puissance du mari*, n<sup>o</sup> 49.

engagements qu'elle crée de sa propre autorité. Telle est aussi l'opinion de Toullier (1) et de M. Valette (2), sur Proudhon.

Cette argumentation est forte, mais elle est trop absolue; des distinctions sont nécessaires.

a. Un tiers a géré les affaires de la femme; peut-elle être obligée? Sans aucun doute; mais comment? Suivant MM. Delvincourt (3) et Duranton (4), le gérant n'aura d'action contre elle que jusqu'à concurrence de ce dont elle aura profité. En un mot on n'accorde au gérant contre la femme qu'une action *de in rem verso*.

Je crois avec M. Demolombe (5), qu'il faut aller plus loin et donner selon le droit commun au gérant une action *negotiorum gestorum*.

b. Il est incontestable que le *fait personnel* de la femme produit de sa part un engagement, s'il constitue un délit ou un quasi délit; mais il n'en sera plus de même s'il constitue un quasi-contrat; ainsi la femme ne pourra sans autorisation s'obliger par l'acceptation d'une succession (article 776), ou par l'acceptation de la charge d'exécutrice testamentaire (article 1029).

c. Je maintiendrai même cette décision pour le cas où la femme a géré l'affaire d'autrui (Demante (6),

(1) Toullier, t. 2, n° 630, et t. 5, n° 498.

(2) Valette, t. 1, p. 462.

(3) Delvincourt, t. 1, p. 75.

(4) Duranton, t. 2, n° 497.

(5) Demolombe, t. 4, n° 177.

(6) Demante, t. 4, n° 300 bis.

Demolombe (1), Aubry et Rau (2). Il est en effet de principe que la femme ne peut jamais s'obliger par son fait personnel sans autorisation ; il n'est fait exception à cette règle que pour les délits ou les quasi-délits, et pour les cas où la femme s'est enrichie. Donc si le maître la poursuit pour tout autre motif, la femme pourra invoquer la nullité pour défaut d'autorisation, et repousser ainsi l'action *negotiorum gestorum contraria*.

d. Mais *quid* pour le paiement de l'indû ? Ce quasi-contrat est plus embarrassant, car il résulte tout à la fois du fait d'un tiers et du fait personnel de la femme.

Si c'est la femme qui a fait un paiement qu'elle avait la capacité de faire, je le tiens pour bien fait ; et je pense que c'est à elle de prouver, suivant le droit commun, que la dette n'existait pas et que le paiement a été fait sans cause (article 1235).

Si c'est la femme qui a reçu indûment un paiement, le tiers, après avoir démontré que la dette n'existait pas, pourra recourir contre la femme, mais seulement jusqu'à concurrence de son enrichissement ; cela cependant est contesté ; néanmoins, bien que la femme eût qualité (nous le supposons) pour recevoir un paiement, le tiers ne doit-il pas s'imputer de n'avoir pas examiné de plus près si la dette existait en réalité ? (Demolombe).

---

*Capacité variable* — La capacité de la femme, nous le savons, est indépendante du régime matrimonial qu'elle

(1) Demolombe, t. 4, n° 484.

(2) Aubry et Rau, t. 4, p. 426.

a adopté ; néanmoins il existe une exception à ce principe quant à l'administration des biens de la femme, lorsque elle jouit de l'administration de tout ou partie de sa fortune.

La femme mariée administre ses biens dans quatre cas : 1<sup>o</sup> dans la séparation de biens judiciaire (art. 1449) ; 2<sup>o</sup> dans la séparation de biens contractuelle (art. 1536) ; 3<sup>o</sup> dans le régime dotal en ce qui concerne les paraphernaux (art. 1576) ; 4<sup>o</sup> dans tous les régimes quant aux biens dont elle s'est réservé l'administration par une clause de son contrat de mariage (art. 1387, 1534, 1549, 3<sup>o</sup>).

Je crois du reste avec MM. Demolombe (1), Dalloz (2), Marcadé (3), que les trois premiers cas sont identiques quant aux effets qu'ils produisent, et qu'il n'y a aucun intérêt à les distinguer.

Je vais donc prendre comme type, la femme séparée de biens : la séparation de biens est en effet l'expression la plus large de cette extension de capacité que donne à la femme l'administration de ses biens.

Du reste, cette étude doit se borner à rechercher quelle est la différence de capacité de la femme séparée de biens : plus simplement, nous devons combiner les articles 217 et 1449.

Cette combinaison est des plus délicates, et il est à regretter que la loi ait laissé planer sur ce sujet tant de doutes et d'obscurités.

(1) Demolombe, t. 4, n<sup>o</sup> 448.

(2) Dalloz, *Alphab.*, v<sup>o</sup> *Contrat de mariage*

(3) Marcadé sur l'art. 1449.

Le principe est que la femme séparée de biens a l'administration libre et entière de son patrimoine, rien de plus, rien de moins. Donc elle pourra faire sans autorisation tous les actes d'une large administration ; mais elle ne pourra pas faire sans cette même autorisation, ceux qui sortiront de cette sphère.

De ce que la femme séparée de biens peut faire sans autorisation tous actes rentrant dans les limites d'une large administration, il suit qu'elle pourra : toucher ses revenus, recevoir ses capitaux, donner quittance ou mainlevée d'une inscription hypothécaire, payer ses dettes, placer ses capitaux et ses revenus soit en acquérant des meubles corporels ou incorporels, soit en acquérant des immeubles à titre de placement de fonds actuellement disponibles.

Ce dernier mode est contesté ; on nous objecte le raisonnement suivant : l'art. 217 défend à la femme d'aliéner et d'acquérir ; par exception l'art. 1449 autorise la femme séparée de biens à aliéner ; il lui défend donc implicitement d'acquérir (Daloz) (1).

Je répondrai avec M. Demolombe (2) que cet argument devrait s'appliquer tout aussi bien aux placements en meubles qu'aux placements en immeubles ; il n'y a pas en effet de raison pour distinguer. Or nos adversaires nous l'opposent quant aux immeubles, et reconnaissent qu'il est mal fondé quant aux meubles. Ne pouvons-nous pas les taxer à juste titre d'inconséquence ? Sans doute

(1) Daloz, *Alphab.*, v<sup>o</sup> *Mariage*.

(2) Demolombe, t. 4, n<sup>o</sup> 457.

la femme ne peut en principe acquérir des immeubles ; mais si cette acquisition rentre dans la sphère des actes d'administration, pourquoi ne pas la valider ; les articles 217 et 1449 ne sont donc pas inconciliables. Du reste le code s'est toujours préoccupé des immeubles, et il serait contraire à son esprit de décider que la femme peut faire des placements sur des meubles, et ne peut les faire sur des immeubles.

La femme séparée de biens peut encore aliéner son mobilier corporel ou incorporel (l'art. 1449 ne distingue pas), et par suite céder ses créances, mais toujours dans les limites d'une large administration.

Néanmoins, ce pouvoir d'aliénation du mobilier étant très étendu, pourra cacher des aliénations qui ne constitueront plus des actes d'administration ; ce sera, dès lors, aux tribunaux à juger en fait si, oui ou non, la femme en aliénant a fait un acte d'administration. Les juges devront aussi prendre en considération la bonne foi des tiers, car autrement nul ne voudrait contracter avec la femme séparée de biens, et sa capacité d'aliéner pour cause d'administration deviendrait à peu près inutile (Demolombe (1)).

La femme séparée de biens pourra aussi transiger sur ses biens meubles, dans la limite de son droit d'aliénation (art. 2045) ; acquiescer aux demandes relatives à ses meubles et aux demandes relatives à l'administration de ses immeubles ; consentir des baux à loyer et à ferme pour neuf ans, sauf aux tribunaux à apprécier,

(1) Demolombe, t. IV, n° 455.

suivant les circonstances, si des baux plus longs excèdent les limites des actes d'administration (Demolombe (1)).

La femme séparée de biens peut encore contracter des emprunts pour cause d'administration ; mais quand la femme s'est ainsi obligée, le créancier peut-il la poursuivre, non seulement sur ses meubles et sur les revenus de ses immeubles, mais encore sur la propriété de ses immeubles ?

Cette question est controversée.

1<sup>er</sup> SYSTÈME : MM. Demolombe (2), Duranton (3), Valette (4), Rodière et Pont (5), prétendent que le créancier pourra poursuivre le paiement de sa créance, même sur les immeubles de la femme ; en effet, l'art. 2092 est formel :

« Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir. Du reste, la femme séparée de biens ayant la libre administration de sa fortune, elle doit logiquement pouvoir s'obliger personnellement aussi efficacement que toute autre personne dans cette limite et pour cette cause ; décider le contraire, serait lui enlever d'une main ce qu'on lui donne de l'autre.

2<sup>e</sup> SYSTÈME : MM. Zachariæ (6), Massol (7), Marcadé (8) n'accordent pas à la femme le pouvoir de s'obli-

(1) Demolombe, t. IV, n° 454.

(2) Demolombe, t. IV, n° 464.

(3) Duranton, t. II, p. 492.

(4) Valette, t. I, p. 465.

(5) Rodière et Pont, *du Contrat de mariage*, t. II, n° 803.

(6) Zachariæ, t. III, p. 484.

(7) Massol, *De la séparation de corps*, ch. 4, n° 24.

(8) Marcadé, sur l'art. 4449.

ger sur ses immeubles : en effet, l'article 1449-3<sup>o</sup> est formel : « La femme séparée de biens ne peut aliéner ses immeubles sans autorisation ; » dès lors, comment pourrait-elle donner à ses créanciers un droit qu'elle n'a pas elle-même ? La loi lui permettrait donc de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement ? Quant à l'article 2092, il ne saurait être invoqué contre nous, car il ne s'applique qu'aux obligations contractées par les personnes capables d'aliéner leurs meubles et leurs immeubles.

Je l'avoue, il m'est difficile de choisir entre ces deux opinions soutenues avec une logique égale. Néanmoins, je crois le second système plus conforme aux idées générales du Code sur la capacité de la femme séparée de biens. Sans doute, le législateur a voulu concéder à la femme les pouvoirs nécessaires à une large administration, mais, selon son habitude, il a voulu mettre à l'abri de toute atteinte sa fortune immobilière ; l'article 1449-3<sup>o</sup> en est une preuve ; dès lors, comment soutenir que, d'une façon indirecte, la femme pourra éluder cette règle ? Et puis ne comprend-on pas que le législateur ait entendu que la femme fût autorisée quand elle faisait un acte d'administration aussi grave, tel qu'il pouvait entraîner la vente de ses immeubles ? Quant aux tiers, on ne doit pas se préoccuper outre mesure de leur position ; ils doivent connaître la capacité de la femme avec laquelle ils contractent, et c'est, dès lors, à eux d'agir en conséquence.

D'après tout ce que nous venons de voir, il est facile de juger que la femme séparée de biens a une capacité

plus étendue que la femme non séparée. Toutefois, elle ne peut non plus faire certains actes sans autorisation ; ces actes sont ceux qui sortent des limites d'une large administration.

Ainsi, la femme même séparée, ne peut sans autorisation : ester en jugement (art. 215 et 216) ; acquérir à titre gratuit (art. 217 et 934) ; acquérir à titre onéreux, si ce n'est pour cause d'administration, ainsi pour placer des fonds disponibles (217 et 1449) ; aliéner ou hypothéquer ses immeubles (art. 217 et 1538) ; compromettre même sur les difficultés relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier (art. 1004 et 83 C. Pr. c. (Demolombe (1) et Dalloz (2). Néanmoins, Boitard (3) est d'une opinion contraire, que la jurisprudence a confirmée deux fois à Paris, le 8 juin 1808, à Caen, le 28 août 1845.

Ici se place une controverse sérieuse, qui longtemps a divisé les auteurs et la jurisprudence : La femme séparée de biens a-t-elle le droit d'aliéner son mobilier et de s'obliger sur ses meubles, autrement que pour cause d'administration ?

1<sup>er</sup> SYSTÈME. — L'art. 217 défend formellement à la femme d'aliéner ; la conséquence logique, nécessaire, est qu'elle ne peut non plus s'obliger. Or, l'art. 1449 permet, sans restriction aucune à la femme séparée, d'aliéner son mobilier ; donc, elle pourra aussi sans

(1) Demolombe, t. IV, n. 160.

(2) Dalloz, *Répert. Alph.*, v<sup>o</sup> *Mariage*.

(3) Boitard, *procédure civile*, t. II, n. 384.

restriction, s'obliger sur ce même mobilier. La cour de Cassation a sanctionné cette doctrine dans des arrêts du 16 mars 1813 et du 18 mai 1819.

2<sup>e</sup> SYSTÈME. — Le principe sur lequel s'appuie l'opinion précédente est faux ; la défense de s'obliger n'est pas une conséquence de la défense d'aliéner. Elle est virtuellement comprise dans l'art. 217 et elle est indépendante de toute autre prohibition : en effet, on ne peut s'obliger qu'à titre gratuit ou à titre onéreux, et l'art. 217 défend les deux choses. La défense de s'obliger n'étant pas la conséquence de la défense d'aliéner, on comprend dès lors que l'art. 1449 ne permettant à la femme que d'aliéner son mobilier, lui défend par cela même de s'obliger sur ce même mobilier, excepté pour cause d'administration. Ce second système revient donc à dire : la femme séparée peut aliéner son mobilier pour toute cause ; mais elle ne peut s'obliger sur ce mobilier que pour cause d'administration (Vazeille (1), Rodière et Pont (2).)

3<sup>e</sup> SYSTÈME. — Il est vrai que le principe fondamental est que l'incapacité de s'obliger n'est point une conséquence de l'incapacité d'aliéner, mais est virtuellement contenue dans l'art. 217. Mais l'art. 1449 établit que la femme séparée jouit de la libre administration de ses biens ; puis il ajoute : elle pourra sans autorisation aliéner son mobilier. Qui ne voit que lui permettre cette aliénation pour toute cause, serait mettre le n<sup>o</sup> 2 de cet

(1) Vazeille, *du Mariage*, n. 318.

(2) Rodière et Pont, *du Contrat de mariage*, t. II, n. 882.

article en contradiction avec le n<sup>o</sup> 1. Donc, l'aliénation de son mobilier n'est permise à la femme séparée que pour cause d'administration, et c'est dans la même limite qu'on doit lui accorder la faculté de s'obliger sur ses meubles.

J'adopte ce troisième système comme le plus rationnel; du reste, il réunit la majorité des auteurs; et la jurisprudence semble fixée en ce sens. (Demolombe (1), Marcadé (2), Troplong (3), Valette (4), Massol (5), Zachariæ (6). — Arrêt de cassation du 5 mai 1829, idem du 3 janvier 1831, idem du 30 décembre 1832.)

Je crois, avec M. Demolombe, que la femme séparée ne pourrait non plus, sans autorisation, acheter un usufruit, ou placer ses capitaux en rentes viagères. Ce sont là, en effet, des actes d'aliénation et nullement d'administration; le capital est perdu sans retour, et nous ne pouvons croire que la loi ait voulu permettre à la femme de faire un tel placement sans autorisation. Cependant, M. Troplong est d'un avis contraire, et la cour de Paris a jugé conformément à sa doctrine dans un arrêt du 17 mai 1834.

(1) Demolombe, t. IV, n. 155.

(2) Marcadé, sur l'art. 1449.

(3) Troplong, *du Contrat de mariage*, t. II, n. 1410.

(4) Valette, t. I, p. 463.

(5) Massol, *de la sép. de corps*.

(6) Zachariæ, t. III, p. 482.

## CHAPITRE IV.

### DE L'AUTORISATION.

Nous le savons déjà, l'incapacité de la femme mariée consiste uniquement dans la nécessité d'une autorisation pour faire certains actes que nous venons d'énumérer. Je dois donc rechercher maintenant ce que c'est que cette autorisation.

L'autorisation doit être donnée par le mari : voilà le principe ; subsidiairement elle peut être donnée par la justice. L'autorisation du mari n'est plus sacramentelle, elle peut même n'être que tacite, mais elle doit être spéciale, sauf deux exceptions relatives aux actes d'administration et aux actes fait la marchande publique.

L'autorisation de justice ne peut être donnée qu'à défaut de celle du mari ; le tribunal compétent pour la donner est en principe le tribunal civil de l'arrondissement du domicile des époux. La procédure en autorisation a ce caractère, qu'elle se poursuit en entier dans la chambre du conseil.

AUTORISATION EXPRESSE DU MARI. — Dans notre ancienne jurisprudence, ou du moins dans la majorité des coutumes, on distinguait entre l'autorisation pour ester en jugement, et l'autorisation pour contracter ; la première n'était soumise à aucune forme particulière ; mais l'en était autrement pour la seconde. Non-seulement il fallait que l'autorisation fût expresse, mais il était même nécessaire que le mot même *autoriser*, *autorisation*, fût employé ; c'était une formule sacramentelle qui n'aurait pu être remplacée par des équivalents, tels que les mots *consentir*, *approuver*. Tout au plus le mot *habiliter* eût-il pu tenir lieu du mot *autoriser*. (Pothier, Lebrun.)

La distinction admise dans la plupart des pays coutumiers n'a pas été reproduite par le Code civil : dans aucune de ses dispositions, il ne soumet l'autorisation du mari à des formes spéciales, et n'exige de termes sacramentels. D'un autre côté, quand il parle de l'autorisation, soit pour ester en jugement, soit pour contracter, il emploie indifféremment les mots *consentement* ou *autorisation*. (art. 215 et 217 C. civ., et 4 et 5 C. de com.)

L'article 217 ordonne que l'autorisation expresse du mari soit donnée par écrit, mais il importe peu que cet écrit soit authentique ou sous seing privé, lors même que l'acte pour lequel la femme serait ainsi autorisée devrait être fait dans la forme authentique, comme par exemple une donation entre-vifs (934). L'art. 217 ne fait, en effet, aucune distinction ; tout ce qu'il exige, c'est qu'un écrit soit rédigé.

Aussi, n'est-il pas nécessaire que le consentement du mari soit énoncé dans l'acte passé par la femme ; il suffit

que l'autorisation ait été donnée pour que l'acte soit valable. Néanmoins, on comprend tout l'intérêt que le tiers qui contracte, peut avoir à conserver la preuve que l'autorisation a été donnée, et le meilleur moyen est celui qu'a adopté la pratique : annexer l'acte contenant l'autorisation maritale à l'acte passé par la femme.

Nos anciens auteurs déclaraient au contraire le contrat nul, si la femme n'avait pas déclaré le faire avec autorisation, lors même qu'elle eût été autorisée (Pothier, Lebrun). Mais, c'était là une conséquence de cette théorie qui voulait que l'autorisation fût conçue en termes sacramentels, et depuis la promulgation du Code civil, Toullier (1) est le seul qui ait reproduit et enseigné cette opinion.

La cour de Turin a jugé à ce sujet, dans un arrêt du 17 décembre 1810, que l'autorisation écrite après la signature de la femme dans l'acte est valable, si elle a été concomitante et non interposée après coup.

L'article 217 exige que l'autorisation du mari soit donnée par écrit. Est-ce à dire qu'un consentement verbal dûment constaté ne puisse rendre inattaquable l'acte fait par la femme ? Je ne le crois pas ; en effet, l'autorisation n'est autre chose que la manifestation du consentement du mari, et en général cette manifestation n'est soumise à aucune forme particulière. M'objectera-t-on l'article 217 ? Je répondrai que cet article n'exige point un écrit *ad solemnitatem* ; car lorsque tel a été le but de la loi elle a eu soin de s'en expliquer d'une façon positive ; ainsi dans

(1) Toullier, t. II, n° 647.

l'article 934 pour les donations entre-vifs, dans l'article 1394 pour le contrat de mariage, dans l'article 2044 sur la transaction, dans l'article 2085 sur l'antichrèse. Ce qui résulte seulement de l'article 217, c'est qu'il s'oppose à ce que la preuve testimoniale soit admise même au-dessous de 150 fr. Rien n'empêche dès-lors qu'une autorisation verbale prouvée par l'aveu judiciaire (article 1356), ou par le serment décisoire (art. 1361-1363), ne donne à la femme pleine capacité. Du reste, l'article 1582 sur la vente a reçu la même interprétation que nous donnons à l'article 217; nul ne la conteste pour l'article 1582; pourquoi la contesterait-on pour l'article 217? (Zachariæ, Aubry et Rau (1), Massé et Vergé (2), Demante (3), arrêts de la cour de Paris du 23 février 1849, du 28 août 1851, du 9 juin 1857).

Mais la preuve testimoniale ne sera-t-elle jamais admissible pour prouver que le mari a autorisé sa femme? D'abord il est incontestable que si un écrit constatant l'autorisation du mari a été rédigé, et puis a été perdu par cas fortuit ou cause majeure, la preuve par témoins sera toujours admissible (art. 1348). Mais une hypothèse plus embarrassante est celle où il existe un commencement de preuve par écrit. En présence de l'article 1348 je crois qu'il faut décider que dans ce cas les témoins pourront constater le fait de l'autorisation. Cependant M. Demolombe (4) est d'un avis contraire.

(1) Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 435.

(2) Massé et Vergé, t. I, p. 240.

(3) Demante, t. I, n° 300 bis.

(4) Demolombe, t. IV, n° 495.

Je viens d'admettre que l'autorisation maritale donnée verbalement, pouvait se prouver par l'aveu judiciaire ou par le serment décisoire ; mais quel sera l'effet de cet aveu ou de ce serment ?

Si le mari et la femme ont avoué ou juré, le fait de l'autorisation est constant, le contrat fait par la femme est inattaquable.

Si la femme seule avoue ou prête le serment, le contrat deviendra bien inattaquable quant à elle ou à ses héritiers, mais le mari conservera toujours l'action en nullité.

Enfin, si c'est le mari seul qui avoue ou prête le serment, il ne pourra plus être écouté dans une demande en nullité, mais la femme ou ses héritiers conserveront le droit de faire annuler le contrat. En effet, l'aveu comme le serment ne fait foi que contre celui qui l'a fait.

Remarquons que le mari peut accorder son autorisation par l'intermédiaire d'un tiers, auquel il donne mandat à cet effet ; mais ce mandat doit être spécial, c'est-à-dire, donné pour telle affaire déterminée et bien connue du mari. Par un mandat général le mari n'autoriserait plus par l'intermédiaire du mandataire, ce serait une véritable délégation de la puissance maritale qu'il ferait.

Pour terminer cette étude sur l'autorisation expresse du mari, j'ajoute que, dans certains cas, cette autorisation peut être valable, bien qu'elle ne soit ni écrite ni verbale ; ainsi, un sourd-muet, comprenant parfaitement de quoi il s'agit, pourra donner son autorisation par signes (Demolombe (1)).

(1) Demolombe, t. IV, n° 224.

*Autorisation tacite du mari.* — Il est généralement admis aujourd'hui que l'autorisation du mari pour s'obliger et disposer peut n'être que tacite. La loi l'exprime suffisamment dans l'article 217, en disant que la femme ne peut donner, aliéner..... sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Le consentement par écrit, c'est l'autorisation expresse ; le concours du mari dans l'acte, c'est l'autorisation tacite. Nous savons, au contraire, que, dans l'ancien droit, l'autorisation pour contracter ne pouvait être qu'expresse.

Mais que décider pour l'autorisation d'ester en jugement ? Pourra-t-elle n'être que tacite ? La difficulté vient de ce que l'article 215 ne distingue pas, comme l'article 217, les deux modes d'autorisation, il dit simplement que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari. Néanmoins, je réponds, sans hésiter, qu'une autorisation tacite suffira à la femme pour ester en jugement. Cette décision ressort clairement des travaux préparatoires du Code où l'autorisation pour ester en jugement et l'autorisation pour contracter furent toujours mises sur la même ligne ; et puis ne serait-il pas absurde de soutenir que le Code qui admet une autorisation tacite là où nos coutumes exigeaient une autorisation expresse, réclamat, au contraire, une autorisation expresse, dans les cas où ces mêmes coutumes se contentaient d'une autorisation tacite ? Cette doctrine a, du reste, été sanctionnée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 5 février 1817.

Aux termes de l'article 217, nous venons de le voir, l'autorisation peut résulter du concours du mari dans

l'acte; mais quand pourra-t-on dire, d'une manière certaine, qu'il y aura concours? C'est là une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation des tribunaux.

Cependant on pourra dire, d'une façon certaine, qu'il y aura concours du mari dans l'acte et par suite autorisation tacite pour la femme : 1<sup>o</sup> quand le mari fait une donation à sa femme, par le fait même il l'autorise à l'accepter ; 2<sup>o</sup> réciproquement quand le mari accepte une donation de sa femme ; 3<sup>o</sup> quand le mari fait une déclaration de remploi au profit de sa femme (art. 1435) ; 4<sup>o</sup> quand la femme s'oblige conjointement avec son mari ; 5<sup>o</sup> quand le mari intente une action contre sa femme ; 6<sup>o</sup> quand il procède conjointement avec elle comme demandeur ou défendeur, et il importe peu qu'il ait le même intérêt ou un intérêt distinct dans le procès.

Réciproquement on peut dire, d'une façon certaine, qu'il n'y a pas concours du mari et par suite pas d'autorisation même tacite : 1<sup>o</sup> quand au-dessous de la signature de son mari sur un billet, la femme ajoute : « pour caution » avec sa signature (Cour de Riom, 2 fév. 1810) ; 2<sup>o</sup> quand la femme passe un contrat avec le concours d'un mandataire de son mari ; il ne saurait, en effet, y avoir là un équivalent du concours du mari, à moins que ce mandataire n'ait reçu pouvoir spécial pour autoriser la femme.

Recherchons maintenant si des circonstances autres que le concours du mari dans l'acte ou dans l'instance peuvent constituer une autorisation tacite pour la femme?

MM. Demolombe (1) et Murlon (2) décident que nul autre fait que le concours du mari dans l'acte ne peut constituer une autorisation tacite ; ils n'admettent qu'une exception en faveur de la femme marchande publique ; quant à elle, elle sera suffisamment autorisée, par cela seul que le mari aura connu et toléré les actes de commerce qu'elle aura faits.

Je trouve que cette distinction des deux éminents juristes que je viens de nommer, ne repose sur aucune base sérieuse ; et je pense avec MM. Duranton (3), Bravard-Veyrières (4) et Pardessus (5), que l'article 217, en parlant du concours du mari dans l'acte, n'a fait qu'énoncer à titre d'exemple le cas le plus ordinaire, que cette énonciation n'a rien de restrictif, et que l'autorisation tacite peut résulter aussi bien de l'ensemble de la conduite du mari, s'il apparaît qu'il a connu et toléré l'acte pour lequel son autorisation était nécessaire. La cour de Bourges a appliqué cette théorie dans un arrêt du 9 juillet 1831.

*Spécialité de l'autorisation.* — Dans l'ancien droit, certaines coutumes exigeaient que l'autorisation du mari fût spéciale, certaines autres décidaient qu'il suffisait d'une autorisation générale.

(1) Demolombe, t. IV, n° 497.

(2) Murlon, t. I, p. 395.

(3) Duranton, t. II, p. 475.

(4) Bravard-Veyrières, *Droit com.*, p. 20.

(5) Pardessus, *Droit com.*, t. I, n° 64.

Le Code civil dans les articles 223 et 1538 a formellement adopté le principe de la spécialité de l'autorisation. Deux exceptions seulement existent, nous les retrouverons plus loin.

Mais si le principe de la spécialité est nettement posé par la loi, l'application en est fort délicate. A quel *critérium* reconnaîtra-t-on que l'autorisation est spéciale ou générale?

Dans l'ancienne jurisprudence on exigeait comme dans notre législation actuelle que l'autorisation fût spéciale, et voici quelle signification les auteurs attachaient à ce mot. Ils enseignaient généralement que l'autorisation devait s'appliquer précisément à l'acte même d'aliénation ou d'engagement qu'il s'agissait de faire : « *ad rem quæ geritur accommodata*, » et que dès-lors elle devait se trouver dans l'acte même, ou résulter d'une procuration faite spécialement pour cet acte (Lebrun (1), Pothier (2), d'Aguesseau (3).

En doit-il être de même sous l'empire du Code civil ? MM. Duranton (4) et Zachariæ (5) ne le pensent pas. Ils estiment que l'autorisation aurait une spécialité suffisante pour remplir le vœu de la loi, si elle s'appliquait, non pas à une opération précise, mais à un immeuble ou à certains immeubles déterminés. Suivant ces auteurs, ce que la loi ne veut pas, c'est que le mari donne à sa femme,

(1) Lebrun, *de la communauté*, liv. II, chap. 4.

(2) Pothier, *de la puissance du mari*, n° 67.

(3) d'Aguesseau, pl. du 3 avril 1694.

(4) Duranton, t. II, n° 449.

(5) Zachariæ, t. I, p. 244.

par exemple, l'autorisation d'aliéner tous ses immeubles quand et comme elle le voudra ; mais il peut l'autoriser d'avance à aliéner tel immeuble déterminé ou même une certaine catégorie d'immeubles, comme ceux qu'elle possède dans telle ville, dans telle circonscription, en lui laissant pour l'époque, le mode et les conditions de l'aliénation, une latitude illimitée. Et de même l'autorisation générale de plaider donnée d'avance serait nulle ; mais l'autorisation de soutenir certains procès serait valable.

Mais MM. Dalloz (1) et Demolombe (2) repoussent cette interprétation, qui leur paraît contraire et aux principes et à l'intention du législateur. Je partage complètement leur opinion. En effet, puisque ces mots *autorisation générale*, *autorisation spéciale*, avaient dans l'ancienne jurisprudence une acception consacrée, il est naturel et raisonnable de penser qu'en les employant sans les définir, le législateur a entendu leur conserver cette même acception. Du reste, que veut la loi quand elle exige l'autorisation du mari ? C'est que cette autorisation soit donnée en connaissance de cause, et elle ne le serait pas si elle était donnée d'avance, et pour ainsi dire aveuglément pour des actes que la femme pourrait faire comme bon lui semblerait. Ce ne serait point là une autorisation, mais plutôt la dispense d'autorisation pour une certaine catégorie d'actes. Toutes les garanties que la loi a cherchées dans la nécessité de cette autorisation disparai-

(1) Dalloz, *Alph.*, v<sup>o</sup> *Mariage*,

(2) Demolombe, t. IV. n<sup>o</sup> 207.

traient; la femme pourrait ruiner sa maison sans trouver devant elle aucune barrière qui l'arrêtât. Qu'on envisage l'abus qu'elle pourrait faire, par exemple de l'autorisation indéfinie d'emprunter. Ainsi l'autorisation doit être spéciale, en ce sens que le mari doit la donner en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire sachant l'époque et toutes les conditions du contrat. Peu importe au contraire le nombre d'immeubles que le mari autoriserait sa femme à vendre, s'il connaît toutes les clauses de l'aliénation.

D'après les principes que je viens d'établir sur la spécialité de l'autorisation, je ne saurais regarder comme fondé en droit cet arrêt de la cour de Poitiers du 25 février 1823, qui a déclaré valable une autorisation d'emprunter donnée à la femme jusqu'à concurrence de la somme qu'elle jugerait convenable.

Mais que décider dans cette hypothèse : la femme a donné mandat à son mari d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles ou de contracter en son nom des emprunts illimités ; sera-t-elle obligée ? Je réponds sans hésitation : non ; en effet l'autorisation du mari est ici générale, puisqu'il autorise sa femme à lui donner un mandat général ; l'autorisation étant nulle pour défaut de spécialité, le mandat de la femme est nul aussi, et dès lors comment pourrait-elle se trouver engagée ? (Demolombe, arrêt de cassation du 10 mai 1853).

Objectera-t-on que lorsque le mari fera l'aliénation, ou contractera l'emprunt, ou consentira l'hypothèque, il agira en pleine connaissance de cause, et que son autorisation sera par le fait spécialisée ? Je répondrai que cette objection est une pétition de principe, car elle sup-

pose le mandat valable ; or il est nul comme donné par la femme en vertu d'une autorisation générale.

Du reste que de dangers ne présenterait pas le système que je repousse ; le mari pourrait obtenir de la faiblesse de sa femme des mandats illimités que cette dernière ne pourrait refuser ni plus tard révoquer.

Mais remarquons qu'il n'en serait plus de même si le mari donnait mandat à sa femme d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles. Ici en effet, il n'y a plus à parler d'autorisation, le mari est maître de ses biens personnels, et il peut choisir pour mandataire sa femme aussi bien qu'un tiers.

Si d'après les conventions matrimoniales l'administration des biens personnels de la femme appartient au mari, ainsi dans le régime de communauté, dans le régime sans communauté, et dans le régime dotal, le mari pourra autoriser sa femme à administrer ses biens personnels ; mais cette autorisation générale nulle comme autorisation vaudra comme mandat. Le mari ne peut en effet changer les conventions matrimoniales, ni se décharger des obligations qu'elles lui imposent ; dès lors, bien qu'il autorise sa femme à gérer, ou plus exactement qu'il lui donne mandat de gérer sa fortune, il sera toujours responsable, comme s'il chargeait un tiers de cette administration.

De là résulte que, les époux étant mariés sous le régime de communauté, si le mari donne procuration générale à sa femme de l'obliger et de s'obliger elle-même, d'aliéner et d'hypothéquer tous les immeubles, tant ceux de la communauté que ceux personnels aux

époux, la femme pourra bien obliger son mari, aliéner ou hypothéquer les immeubles communs ou propres à son mari, mais qu'elle ne pourra pas s'obliger valablement elle-même, ni aliéner ou hypothéquer ses immeubles personnels (Demolombe).

*Exceptions au principe de la spécialité de l'autorisation.*

— J'ai déjà eu l'occasion de l'indiquer, il y a deux exceptions au principe de la spécialité de l'autorisation : 1<sup>o</sup> dans le cas où la femme a l'administration de ses biens ; 2<sup>o</sup> quand elle est marchande publique.

L'article 223 décide formellement que le mari pourra donner, par contrat de mariage, une autorisation générale à sa femme pour les actes d'administration de ses biens personnels ; cette convention sera, du reste, valable sous tous les régimes. L'adoption du régime de séparation de biens (art. 1536) et du régime dotal quant aux paraphernaux (art. 1576), produit le même effet, sans qu'il soit besoin d'une clause insérée dans le contrat de mariage.

J'ai déjà énuméré les actes qui pouvaient rentrer dans la sphère de l'administration ; il est donc inutile d'y revenir ici.

Remarquons seulement que ce n'est que par contrat de mariage que le mari peut ainsi donner une autorisation générale à sa femme ; aussi les époux, étant mariés sans contrat, ou ce dernier ne contenant aucune clause spéciale, si le mari délègue l'administration de ses biens à sa femme, il ne pourra jamais être considéré que comme

un mandant, et la femme administrera, en qualité de mandataire, sous la responsabilité de son mari.

Durant le mariage, il n'y a qu'un seul cas où la femme pourra être autorisée d'une façon générale à faire les actes d'administration, c'est lorsque la séparation de biens judiciaire est prononcée (art. 1449).

Quant à la femme marchande publique, l'article 220 du Code civil et l'article 5 du Code de commerce, conçus dans des termes identiques, déclarent qu'elle peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce.

On a soutenu que ces deux articles constituaient un cas d'exception à la nécessité de l'autorisation maritale ; cette opinion est fautive. En effet, la femme, pour faire le commerce, a besoin de l'autorisation de son mari (art. 4, Code de comm.), seulement on fait exception au principe de la spécialité ; la femme marchande publique n'a besoin que d'une autorisation générale. Le motif se comprend assez, sans qu'il soit besoin de s'y appesantir davantage.

Bien plus, par une faveur extraordinaire, la loi accorde encore à la femme commerçante le droit d'engager, d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, sans autorisation spéciale, mais toujours pour faits de son commerce.

---

*Du moment où peut être donnée l'autorisation.* — Le mari peut donner son autorisation avant l'acte pour lequel la femme le demande (arg. de l'art. 217) ; il peut la donner au moment même où la femme contracte

(arg. de l'art. 217) ; il ne peut pas la donner après coup ; nous verrons tout à l'heure la controverse sérieuse à laquelle a donné lieu cette dernière solution.

Mais auparavant, remarquons bien qu'il ne s'agit pas de savoir si la femme voulant retirer son consentement, le mari pourrait l'en empêcher en donnant son autorisation après coup ; tout le monde est d'accord pour dire que le mari ne peut le faire, attendu, dit Proudhon (1), que si la femme a retiré son consentement, il n'y a plus d'acte susceptible de ratification.

Tout le monde est encore d'accord pour décider que le mari ne peut ratifier, après la mort de sa femme, l'acte qu'elle a fait sans autorisation, de manière à enlever à ses héritiers l'action en nullité.

Enfin, personne ne conteste que le mari, en ratifiant, ne puisse ainsi renoncer, quant à lui, à l'action en nullité ; et que les deux époux par une ratification simultanée ne couvrent, d'une manière absolue, la nullité.

Mais il s'agit de savoir si le mari, par l'autorisation donnée postérieurement à l'acte, peut couvrir la nullité d'une manière absolue, c'est-à-dire tant à son égard qu'à l'égard de sa femme ?

Deux systèmes sont en présence.

Le premier système est celui de l'affirmative ; il invoque d'abord à son appui l'ancienne jurisprudence ; dans les coutumes mêmes qui s'étaient montrées les plus rigoureuses sur le sujet qui nous occupe, on avait fini par admettre que l'autorisation donnée postérieurement à l'acte fait par la

(1) Proudhon, t. I, p. 466.

femme, validait cet acte (Pothier (1), Lebrun (2) ; pourquoi serait-on plus sévère aujourd'hui ? L'autorisation même donnée après coup, ajoute à l'acte ce qui lui manquait primitivement pour être valable.

Il doit en être de ce cas comme de celui où l'enfant s'est marié sans le consentement de ses parents ; la ratification de ces derniers, intervenant après le mariage, le met à l'abri de toute attaque (art. 183.)

Le projet de code contenait, dans l'art. 217, un alinéa ainsi conçu : « le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit à le valider. » A la vérité, cet alinéa a été supprimé, mais il avait été adopté par l'assemblée générale du conseil d'Etat dans la séance du 4 vendémiaire an X (3) ; et rien n'indique que sa suppression ait été motivée par un changement d'avis.

Enfin l'article 217 ne fait aucune distinction ; il exige le consentement du mari ; sans dire s'il doit être antérieur, concomitant ou postérieur : « *ubi lex non distinguit, nos quoque distinguere non debemus.* (Delvincourt (4), Marcadé (5), Proudhon (6), Vazeille (7), Duvergier (8).

Le deuxième système soutient la négative ; et selon

(1) Pothier, *Puissance du mari*, nos 5 et 74.

(2) Lebrun, *de la Communauté*, liv. II, ch. I.

(3) Loqué, *Législ. civ.* t. IV, p. 397.

(4) Delvincourt, t. I, p. 79.

(5) Marcadé sur l'art. 225.

(6) Proudhon, t. I, n° 466.

(7) Vazeille, t. II, n° 384.

(8) Duvergier, t. I, n° 648.

nous c'est avec raison qu'il argumente ainsi qu'il suit : l'article 217 veut que la femme ne puisse faire certains actes sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit; donc, quand elle agit sans ce concours ou sans ce consentement préalable, elle contrevient à la loi, elle fait un acte nul. Le consentement que le mari donnerait postérieurement à l'acte, ne serait pas une autorisation, ce serait une ratification. La question est de savoir si cette ratification efface entièrement la nullité?

Non, elle ne l'efface pas entièrement; en effet : dès que l'acte non autorisé a été accompli, le mari et la femme ont chacun une action pour le faire annuler; or, en ratifiant cet acte, le mari n'a pu enlever à la femme l'action qui lui appartenait en propre, et qui formait un bien dans son patrimoine. Il faudrait pour qu'il en fût ainsi un texte analogue à l'article 183, et ce texte n'existe pas.

De plus, l'article 1304 du Code civil déclare que la prescription de dix ans ne court contre la femme que du jour de la dissolution du mariage; or, si le mari pouvait ratifier pendant le mariage, le délai de dix ans, dont l'expiration équivaut à une ratification tacite, devrait aussi courir contre lui pendant le mariage; la femme se trouverait donc déchuë elle-même de son action, après que dix ans se seraient écoulés, pendant le mariage, à partir de l'acte annulable, ce qui serait une violation de l'article 1304.

Enfin, dans l'opinion contraire on pourrait craindre un concert frauduleux entre les tiers intéressés au main-

lien de l'acte, et le mari (Toullier (1), Merlin (2), Duranton (3), Valette sur Proudhon (4), Demolombe (5).

La cour de Grenoble a jugé conformément à cette dernière opinion dans un arrêt du 26 juillet 1828 ; de même, la cour de cassation, dans un arrêt du 26 juin 1839 ; de même enfin la cour de Paris, dans un arrêt du 23 février 1849.

AUTORISATION DE JUSTICE. — L'autorité conférée au mari n'est point arbitraire ; ce n'est pas l'autorité du caprice, c'est la prédominance d'une raison que la loi suppose plus éclairée. Contre l'abus qui pourrait en être fait, la loi ouvre un recours à la femme. Lorsque son mari lui refuse l'autorisation qu'elle demande, elle peut s'adresser à la justice, et si cette dernière trouve le refus mal fondé, elle accorde l'autorisation (art. 218 et 219).

Proudhon (6) démontre parfaitement la légitimité de cette intervention de la justice, quand il dit : « Le mari n'est que le délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu ; la puissance publique qui absorbe tous les pouvoirs particuliers, peut à plus forte raison les suppléer. »

(1) Toullier, t. I, n. 648.

(2) Merlin, *Rép. v. Aut. marit.*

(3) Duranton, t. II, n. 547.

(4) Valette sur Proudhon, t. I, p. 467.

(5) Demolombe, t. IV, n° 244.

(6) Proudhon, *Etat des personnes*, t. I, p. 468.

Ce n'est pas seulement en cas d'injuste refus du mari que la justice peut être appelée à donner l'autorisation ; elle peut l'être également dans le cas où le mari se trouve dans l'impossibilité de la donner lui-même.

Etudions successivement les divers cas d'impossibilité pour le mari de donner son autorisation :

1° *Son absence.* — Le juge est alors compétent pour autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter (art. 222). Le mot *absent* est pris dans cet article dans le sens ordinaire du Code : *personne disparue dont on n'a pas de nouvelles, de telle sorte que son existence est incertaine.* — Néanmoins, ne peut-on pas l'interpréter aussi dans le sens de *non présent* ? En principe, il faut répondre non ; car il ne faut pas que la femme puisse profiter d'un éloignement momentané de son mari pour contracter sans son autorisation ; cependant, je pense que les tribunaux pourront décider en fait, suivant les circonstances, s'ils doivent autoriser la femme d'un non présent ; ainsi, par exemple, s'il s'agit d'autoriser la femme à conclure une affaire nécessaire et ne permettant aucun délai (Pothier (1), Demolombe (2), arrêt de la cour d'Agen du 31 juillet 1806)

2° *Sa minorité.* — Dans l'ancien droit, le mari mineur pouvait autoriser sa femme (Pothier (3)). Il n'en est plus de même aujourd'hui. L'art. 224 porte que : si le mari

(1) Pothier, *Puissance maritale*, n. 42.

(2) Demolombe, t. IV, n. 214.

(3) Pothier, *Puiss. marit.*, n. 29.

est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » « Comment, dit M. Portalis (1), pourrait-il autoriser les autres, quand lui-même a besoin d'autorisation ? »

De là, on a conclu que le mineur, émancipé par le fait même du mariage (art. 476), pourrait autoriser sa femme à faire les actes qu'il peut faire lui-même en tant que mineur émancipé; l'autorisation de la justice ne serait nécessaire que pour les autres (Demolombe (2), Toullier (3)). — Cette conséquence ne me paraît pas admissible, car elle n'est fondée que sur un exposé de motifs de M. Portalis, et de plus, elle est en contradiction avec les termes formels de l'art. 224. Du reste, les partisans de cette opinion en conviennent eux-mêmes, elle offre peu d'intérêt pratique. En effet, le mineur émancipé ne peut faire, sans l'assistance de son curateur, que des actes d'administration; or, de deux choses l'une, ou bien la femme jouit de l'administration de ses biens et dès lors elle n'a pas besoin d'autorisation; ou bien elle n'en jouit pas, c'est le mari qui gère et il n'y a pas davantage d'autorisation à donner. Ce n'est que sous le régime de séparations de biens, ou sous le régime dotal avec des paraphernaux que la femme ayant l'exercice de ses actions mobilières et possessoires, on serait fondé à dire que son mari mineur peut l'autoriser.

(1) Portalis, *Exposé des motifs au conseil d'Etat*.

(2) Demolombe, t. IV, n. 224.

(3) Toullier, t. I, n. 653.

3° *Sa condamnation à une peine afflictive ou infamante.* — Le mari est alors indigne d'exercer les prérogatives attachées à son titre, et la justice le remplace ; du reste, à cette incapacité légale vient souvent s'ajouter une incapacité matérielle (art. 221). Dans aucun cas, la justice n'a à entendre le mari.

Mais la dégradation civique fait-elle perdre au mari son droit d'autorisation ? La raison de douter vient de ce que l'art. 221 ne parle d'incapacité que pendant la durée de la peine ; or, la dégradation civique est perpétuelle. M. Delvincourt soutient l'affirmative : il pense que les mots « pendant la durée de la peine » sont une répétition inutile, et que conformément à la généralité des termes de l'art. 221, le mari ne pourra plus autoriser sa femme à quelque époque que ce soit. Cependant, la réhabilitation pouvant être prononcée, à dater de ce moment, le mari recouvrera la puissance maritale et par suite la capacité d'autoriser sa femme.

MM. Dalloz (1) et Demolombe (2) n'admettent pas cette opinion, et je pense comme eux ; il faut faire une exception à l'art. 221 pour le mari dégradé civiquement ; en effet, l'art. 221 ne peut s'appliquer qu'à des peines temporaires, cela ressort dans tous les cas évidemment de son texte ; mais bien plus l'art. 34 du Code pénal, qui énumère les incapacités attachées à la dégradation civique, ne fait nullement mention de la déchéance du droit d'autorisation. Nous pouvons donc affirmer que le

(1) Dalloz, *Alph. v. Mariage.*

(2) Demolombe, t IV, n. 246.

mari condamné à la peine infamante et perpétuelle de la dégradation civique, conserve néanmoins le droit d'autoriser sa femme, soit à ester en jugement, soit à contracter.

La rédaction de l'art. 221 soulève une autre difficulté : comment les mots *pendant la durée de la peine*, peuvent-ils être appliqués au condamné par contumace qui ne subit pas la peine, et qui même en se présentant, l'anéantit de plein droit? M. Demolombe (1) pense qu'on doit considérer comme la durée de la peine toute la durée de la contumace elle-même, c'est-à-dire tout le temps pendant lequel la peine n'étant pas prescrite, le condamné en demeure toujours menacé

4<sup>o</sup> *Son interdiction.*— Le mari interdit est évidemment dans l'impossibilité de donner l'autorisation ; la justice est alors appelée à le remplacer (art. 222) ; mais aux termes de l'article 507, la femme pourra être nommée tutrice de son mari : que décider alors pour l'autorisation? Pour répondre, il faut distinguer les actes faits par la femme en qualité de tutrice, concernant les biens personnels du mari ou les biens de la communauté, des actes qu'elle fait en son nom personnel. A l'égard des premiers, ce ne sont point les principes de l'autorisation maritale qui doivent être appliqués : ce sont les règles de la tutelle. Ainsi tous les actes que le tuteur a le droit de faire seul, et tous ceux pour lesquels le tuteur a besoin de l'autorisation du conseil de famille et de l'homologation du tribunal, la femme pourra les faire avec cette

(1) Demolombe, t. IV, n<sup>o</sup> 248.

autorisation et cette homologation. La forme et les conditions de l'administration seront au surplus réglées dans ce cas par le conseil de famille suivant le vœu de la loi (art. 507).

Quant aux biens personnels de la femme, si le contrat de mariage en attribue l'administration et la jouissance au mari, la femme, pour tout ce qui concerne cette administration et cette jouissance, sera encore assimilée au tuteur ordinaire; car alors elle agira non point en son propre nom, mais au nom de son mari. Si au contraire le contrat de mariage attribue à la femme l'administration et la jouissance de ses biens personnels, elle n'aura besoin d'aucune autorisation pour les actes se rapportant à cette administration ou à cette jouissance, ainsi que nous l'avons déjà vu. Mais dans cette dernière hypothèse même, la femme est soumise à la nécessité de l'autorisation soit pour ester en jugement, soit pour tous les actes qui excèdent les limites de l'administration. — A qui doit-elle demander cette autorisation quand elle est tutrice de son mari interdit? Il est évident que c'est à la justice conformément à l'article 222. En effet, ce ne sont pas les règles de la tutelle qui sont applicables ici, ce sont les règles de la puissance maritale (Demolombe (1)).

Si le mari déjà en démence, mais pas encore interdit, a donné l'autorisation, cette autorisation et l'acte qui en a été la suite peuvent être attaqués. Mais il faudra bien établir qu'au moment où l'autorisation a été donnée, le mari se trouvait dans un état mental qui ne lui permettait

(1) Demolombe, t. IV, n° 222.

pas d'exprimer une volonté éclairée. C'est là une question de fait, que les tribunaux résoudreont d'après les circonstances.

Mais que décider, si le mari, au lieu d'être interdit, est enfermé dans une maison d'aliénés? Au point de vue légal, la détention dans une maison d'aliénés ne saurait avoir le même effet que l'interdiction, la loi du 30 juin 1838 étant muette sur ce point. Dès-lors on est amené à dire que les tribunaux seront appelés à juger suivant les circonstances, si oui ou non l'autorisation a été donnée en connaissance de cause. Mais en pratique, la loi ne s'y opposant pas, il serait peut-être prudent de faire intervenir l'autorisation de justice pour éviter des procès toujours fort délicats.

5<sup>o</sup> *Conseil judiciaire donné au mari.* — Dans ce cas, le mari pourra autoriser sa femme à faire les actes qu'il pourrait faire lui-même sans l'assistance de son conseil; quant aux autres, la femme devra obtenir l'autorisation de justice (Demolombe (1)). Du reste, c'était là la théorie de notre ancien droit. Admettre l'opinion contraire soutenue par M. Duranton (2), serait contradictoire, puisqu'il faudrait dire que le mari peut autoriser sa femme à faire des actes qu'il ne peut faire lui-même.

Supposons maintenant que ce soit la femme qui est mineure ou interdite. La femme est mineure et son mari majeur: selon notre ancienne jurisprudence comme d'après le Code, le mari est de droit le curateur de sa

(1) Demolombe, t. IV, n<sup>o</sup> 226.

(2) Duranton, t. II, n<sup>o</sup> 507.

femme. Dès lors toutes les fois que la femme aura à faire un acte pour lequel le mineur émancipé a besoin de l'assistance de son curateur, et la femme de l'autorisation maritale, le mari qui réunit les deux qualités, l'assistera et l'autorisera. S'il refuse ou s'il est dans l'impossibilité de donner son autorisation, il sera nommé par le tribunal un curateur à la femme. Ce mode de procéder indiqué par l'art. 2208 pour le cas d'une poursuite en saisie immobilière, dirigée contre la femme, est évidemment applicable à tous les autres cas. Quant aux actes pour lesquels l'assistance du curateur ne suffit pas au mineur émancipé, il faudra suivre alors les formes ordinaires et recourir à l'autorisation du conseil de famille et à l'homologation du tribunal. (Demolombe) (1).

Si le mari lui-même est mineur, il n'est pas alors le curateur de sa femme, mais il ne paraît pas qu'il y ait lieu dans ce cas, de nommer un curateur permanent à la femme. L'art. 2208, en effet, prévoyant justement le cas de minorité du mari et de la femme, suppose pour chaque affaire particulière, la nomination spéciale d'un tuteur *ad hoc*. (Demolombe) (2).

Supposons maintenant que la femme est interdite. Nulle difficulté si le mari est tuteur; on appliquera les règles de la tutelle. Mais il peut se faire que le mari ne soit pas tuteur, qu'il ait été excusé, exclu ou destitué: quelles règles devra-t-on suivre alors? Si avant son interdiction, la femme avait l'administration de ses biens,

(1) Demolombe, t. IV, n° 229.

(2) Demolombe, id. id.

le tuteur pourra comme elle faire les actes d'administration. Dans le cas contraire, pour les actes d'administration comme pour les actes de disposition, M. Dalloz (1) pense que le tuteur devra, comme la femme qu'il représente, obtenir l'autorisation maritale (arrêt de la cour de Montpellier du 14 décembre 1844 ; arrêt de la Cour de Cassation du 9 mai 1829). M. Demolombe pense au contraire que le tuteur de la femme interdite doit être assimilé au tuteur d'un mineur, et que par conséquent il ne doit plus être question de l'autorisation maritale. La cour d'Amiens a confirmé cette doctrine dans un arrêt du 29 décembre 1825.

*Des cas où l'autorisation de justice ne peut suppléer celle du mari.* — L'autorisation maritale seule peut habiliter la femme dans quatre hypothèses :

1<sup>o</sup> Quand les époux étant mariés sous le régime dotal, la femme veut aliéner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants communs (art. 1556). — L'autorisation de justice pourrait au contraire intervenir s'il s'agissait d'enfants d'un premier lit (art. 1555). On explique cette différence en disant que l'amour paternel suffit dans le premier cas pour protéger les enfants ; dans le second cas au contraire, cette garantie n'existe plus.

Du reste, l'article 1556 étant une dérogation au droit commun contenu dans l'article 219, sa disposition ne doit pas être étendue, et il faut décider que, quant à

(1) Dalloz, *Alphab.*, v<sup>o</sup> *Mariage*

l'aliénation des paraphernaux, la justice pourra autoriser la femme.

2° Quand la femme non séparée de biens veut accepter la charge d'exécutrice testamentaire (art. 1029).— Cette distinction, entre la femme séparée de biens et la femme non séparée, se comprend parfaitement ; en effet, la jouissance des biens de cette dernière appartient au mari, l'autorisation de justice ne saurait y porter atteinte, et, dès lors, la responsabilité de la femme vis-à-vis des héritiers n'aurait pas une efficacité suffisante.

3° Quand la femme veut compromettre (836, C. pr. civ. et 1004 *id.*).— En effet, la femme non autorisée ne peut compromettre, car la cause doit alors être communiquée au ministère public, et une telle cause ne saurait faire le fondement d'un compromis. Mais par à *contrario*, il faut admettre que la femme autorisée par son mari peut compromettre.

4° Quand la femme veut faire le commerce. — Cette espèce est, néanmoins, discutée ; mais je crois que l'article 220 du Code civil et les articles 4 et 5 du Code de commerce sont concluants (Daloz (1), Bravard-Veyrières (2), Marcadé (3)).

Je crois même, avec M. Demolombe, que le mari retirant à sa femme l'autorisation de faire le commerce, la justice ne pourrait l'autoriser à continuer ; elle pourrait seulement accorder un délai à la femme pour liquider

(1) Daloz, *Alphab.*, v° *Mariage*.

(2) Bravard-Veyrières, *Manuel du Code de commerce*, art. 4 et 5.

(3) Marcadé sur l'art. 220.

sans de trop grandes pertes. Cependant un arrêt de la Cour de Paris, du 24 octobre 1844, a jugé que la justice pourrait autoriser la femme à continuer son commerce, malgré la révocation de l'autorisation maritale.

**DU TRIBUNAL COMPÉTENT POUR AUTORISER.**— La femme veut-elle contracter ou plaider comme demanderesse, c'est le tribunal civil du domicile commun des époux qui doit donner l'autorisation.

Si la femme est séparée de corps et a eu un domicile spécial, ce qui peut avoir lieu selon l'opinion générale, le tribunal compétent pour l'autoriser sera celui de son domicile. On a fait, néanmoins, quelques objections pour le cas où le mari que le tribunal veut entendre refuserait de se déplacer.

Si la femme veut plaider comme demanderesse devant la Cour d'appel, c'est à cette dernière juridiction qu'elle doit demander l'autorisation. On ne comprendrait pas, en effet, que ce fût le tribunal dont la femme veut faire réformer la sentence qui dût autoriser (Demolombe). D'après les mêmes principes, il faut aussi décider que la femme, qui veut se pourvoir en cassation, doit demander l'autorisation à la Cour suprême.

Si maintenant nous supposons que la femme joue le rôle de défendeur, le tribunal, saisi de l'affaire, sera compétent pour donner l'autorisation.

Donc, à cette question : Quel est le tribunal compétent pour autoriser la femme ? Il faut répondre : Ce sera tantôt le tribunal civil, tantôt la Cour d'appel, tantôt la

Cour de Cassation, tantôt le tribunal de commerce, tantôt le juge de paix.

PROCÉDURE DE LA DEMANDE A FIN D'AUTORISATION. — Le caractère de cette procédure est de ne pas être publique ; la qualité des parties et la nature de l'affaire réclament le secret ; aussi toutes les formalités se poursuivront-elles devant la chambre du conseil, sans en excepter le prononcé du jugement.

Les articles 861 à 864 du Code de Procédure civile, fort courts et par suite fort incomplets, règlent la procédure à suivre :

Les époux peuvent constituer avoué, mais la loi ne l'ordonne pas.

Voici la suite des actes dans l'ordre où ils doivent être faits :

- 1° Sommation de la femme au mari d'avoir à l'autoriser ;
- 2° Requête de la femme au président à fin d'assigner le mari ;
- 3° Ordonnance en réponse permettant l'assignation ;
- 4° Assignation du mari à la chambre du conseil ;
- 5° Audition des époux et de ceux qui peuvent les assister ;
- 6° Rapport d'un juge dans le cas d'absence ou d'interdiction ;
- 7° Conclusions du ministère public ;
- 8° Jugement.

Il faut remarquer ici que l'article 219 du Code civil, quand il s'agit d'une autorisation pour contracter, per-

met à la femme de citer directement son mari ; mais on décide généralement que l'article 861 du code de Procédure, postérieur à l'article 219, a modifié ce dernier ; de sorte que, pour contracter comme pour plaider, la femme doit suivre la procédure à fin d'autorisation que je viens d'indiquer. (Demolombe (1), Marcadé (2), Proudhon et Valette (3).)

Mais si le mari est mineur, devra-t-il être appelé devant la chambre du conseil ? La loi ne l'ordonne pas ; mais en fait, sa présence pouvant être utile, vu la connaissance qu'il a de ses affaires et de celles de sa femme, le tribunal agira comme il le croira convenable (Toullier (4), Demolombe (5).)

---

CARACTÈRES DE L'AUTORISATION DE JUSTICE —

M. Demolombe pense que l'autorisation de justice doit être expresse dans tous les cas. Cependant on fait quelquefois une distinction entre le cas où la femme veut contracter ou introduire une instance ; et le cas où elle veut plaider comme défenderesse. Dans la première hypothèse, on accorde bien que l'autorisation de justice doit toujours être expresse ; mais on prétend que dans la seconde, elle peut n'être que tacite. C'est, du reste, ce

(1) Demolombe, t. IV, n° 250

(2) Marcadé sur l'art. 219, n° 2.

(3) Proudhon et Valette, t. I, p. 469 et note a.

(4) Toullier, t. II, p. 653.

(5) Demolombe, t. IV, n° 253.

qui a été jugé par un arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1853.

L'autorisation de justice doit encore être spéciale, et nous savons déjà ce qu'il faut entendre par là : la justice ne doit autoriser qu'en connaissance de cause.

L'autorisation de justice peut être antérieure à l'acte ou au procès, elle peut aussi être concomitante, mais elle ne saurait être postérieure. En effet, la justice, en autorisant la femme à ratifier, enlèverait au mari le droit d'intenter l'action en nullité, et une ratification ne peut avoir lieu que sans préjudice des droits des tiers (art. 1338). De plus, la loi qui commande à la femme de consulter d'abord son mari, et à son défaut seulement la justice, la loi doit-elle approuver elle-même les actes passés par la femme sans aucune espèce d'autorisation. (Toulouse, 18 août 1827.)

La justice peut accorder ou refuser l'autorisation à la femme, suivant qu'elle le croit utile à cette dernière. Dans le cas de refus, la femme pourra appeler du jugement, car l'appel est de droit commun ; et réciproquement le mari, dans le cas où l'autorisation serait accordée à sa femme, pourra aussi interjeter appel.

Enfin la justice, comme le mari, peut ne donner son autorisation que sous certaines conditions. Comme le dit très-bien M. Demolombe (1), « l'autorisation telle qu'elle est donnée est à prendre ou à laisser. » (Arrêt de la cour de Lyon du 6 mars 1811.)

(1) Demolombe, t. IV, n° 258.

## CHAPITRE V.

### INTERPRÉTATION DE L'AUTORISATION. — SES EFFETS.

Le principe en cette matière est que l'autorisation ne s'applique qu'à l'acte pour lequel elle a été accordée.

Supposons que la femme a été autorisée à ester en jugement. Pourra-t-elle transiger? Non, car transiger, ce n'est pas plaider mais aliéner (cassation, 3 mai 1808).

Elle ne pourra davantage acquiescer ou se désister, car c'est là renoncer à une instance, alors au contraire qu'elle n'est autorisée qu'à plaider.

Mais pourra-t-elle du moins déférer à son adversaire le serment décisoire? Non plus, car « *jusjurandum speciem transactionis continet.* » La délation du serment change en effet l'instance en une véritable convention. C'est par la même raison que la femme ne peut sans nouvelle autorisation prêter le serment que lui défère son adversaire.

Quant à l'aveu, M. Demolombe pense que la femme autorisée à plaider, ne pourra le faire *de plano*; mais qu'elle le pourra dans un interrogatoire sur faits et articles (arrêt de cassation du 22 avril 1828).

Mais l'autorisation d'ester en jugement comprend celle de poursuivre l'exécution : qui veut la fin, veut les moyens. Aussi est-ce avec raison que la cour de Nîmes a jugé dans un arrêt du 11 avril 1842, que la femme autorisée à plaider en séparation de biens est par là même autorisée à poursuivre le recouvrement de sa dot et de ses reprises matrimoniales.

La surenchère que ferait la femme pour arriver à se payer sur les biens de son mari, doit donc aussi être valable ; car ce n'est toujours qu'un acte d'exécution du jugement qui a prononcé la séparation de biens. La cour de cassation paraît du reste aujourd'hui fixée en ce sens (arrêt du 29 mars 1853).

Quand l'autorisation d'ester en jugement n'est pas limitée à telle juridiction, ou ne déclare pas expressément que la femme peut parcourir tous les degrés de juridiction, faudra-t-il permettre à la femme d'aller devant toutes les juridictions, d'employer toutes les voies de recours ? La doctrine est fort incertaine, ainsi que la jurisprudence du reste ; mais on décide généralement que la femme aura capacité pour les voies de recours *ordinaires*, telles que l'appel ou l'opposition, mais qu'elle devra être de nouveau autorisée pour les voies de recours *extraordinaires*, telles que le pourvoi en cassation, la tierce-opposition, la requête civile, la prise à partie. Peu importe du reste que l'autorisation émane du mari ou de justice.

Examinons maintenant l'hypothèse où la femme a été autorisée à faire le commerce ou à exercer une profession non commerciale.

L'autorisation est ici générale : par cela seul que la

femme est autorisée à faire le commerce, elle est autorisée à s'obliger, à aliéner, à hypothéquer ses biens, en un mot à faire tous les actes relatifs à son négoce (art. 215-220 du C. civ., art. 5 et 7 du C. de com.)

L'autorisation de faire le commerce comprend certainement le pouvoir de transiger, mais elle ne comprend pas le droit de faire une société commerciale, ni de cautionner la dette d'un autre commerçant, à moins bien entendu que la femme n'eût un intérêt personnel au cautionnement. Enfin la femme commerçante ne pourrait compromettre sans autorisation.

Ainsi, la femme marchande publique est déclarée par la loi, capable de faire tous les actes qui concernent son commerce, et par suite implicitement incapable de faire ceux qui ne concerneraient pas ce même commerce. Mais dans le doute, pour savoir si un acte fait par la femme marchande publique est commercial ou non, que faut-il présumer? La question est importante au point de vue de la preuve; en effet, si on présume que l'acte est commercial, ce sera à l'adversaire de la femme à prouver que l'acte n'est pas commercial et par suite annulable, si, au contraire, la présomption est que l'acte n'est pas commercial, ce sera à la femme à prouver sa capacité. Le système qui réunit le plus d'adhésions est celui qui consiste à dire que : la femme mariée ne peut en principe, ni s'obliger, ni aliéner sans autorisation; qu'elle n'est dispensée de cette autorisation qu'exceptionnellement, quand elle est marchande publique, pour ce qui concerne son négoce. Donc, il est naturel que l'on présume que la femme n'a pas fait un acte commer-

cial; c'est, en effet, le droit commun. Donc, il faut décider, suivant ce système, que l'acte ne sera valable qu'autant que la femme prouvera qu'elle l'a fait dans l'intérêt de son commerce.

Je crois qu'il serait bien plus simple de laisser à l'appréciation des tribunaux la question de savoir de quel côté doit se trouver la présomption, et ce d'après les circonstances.

Enfin, si la femme est autorisée à exercer une profession non commerciale, comme celle de professeur de musique, on est généralement d'avis qu'elle pourra faire seule tous les actes qui constituent l'exercice de cette profession.

Nous arrivons ainsi à la seconde partie de ce chapitre V :

*Effets de l'autorisation.* — J'examine d'abord les effets à l'égard de la femme.

La femme mariée est incapable en ce sens, qu'elle ne peut faire, sans autorisation, un grand nombre d'actes de la vie civile; mais une fois autorisée, elle acquiert pleine capacité. De ce principe résulte : 1° que la femme autorisée peut s'obliger envers un tiers, dans l'intérêt même de son mari; 2° qu'elle peut contracter directement avec son mari; 3° qu'elle ne peut plus attaquer l'acte qu'elle a fait, du moins en invoquant son incapacité; les voies ordinaires de rescision des contrats lui sont, en effet, ouvertes comme à tout le monde et Bour-

jon (1) le disait avec raison : « l'autorisation du mari ou de justice n'étouffe pas les moyens de restitutions si aucuns sont ouverts à la femme. »

La femme pourra même poursuivre le mari en dommages intérêts, si elle prouve que l'autorisation n'eût pas dû lui être donnée (art. 1382); mais les droits des tiers demeureront intacts, à moins, toutefois, qu'ils n'aient colludé avec le mari pour lui faire donner l'autorisation.

Du reste, notons-le bien, la capacité personnelle de la femme est la même, que l'autorisation émane du mari ou de justice; ce n'est qu'à l'égard de ce dernier que la distinction peut être utile, car il est de principe que l'autorisation de justice ne peut préjudicier au mari.

Je viens d'indiquer les trois conséquences résultant de la pleine capacité de la femme dûment autorisée. Les deux premières ont soulevé quelques difficultés que je vais examiner.

On a soutenu que, pour que la femme pût contracter directement avec son mari, ou s'obliger dans l'intérêt de ce dernier envers un tiers, il fallait qu'elle fût autorisée par la justice. Cette opinion, du reste, est à peu près abandonnée en ce qui concerne l'obligation de la femme envers un tiers.

Rien n'est à mon avis plus faux que cette doctrine soutenue par M. Duranton (2). En effet l'article 217 déclare, sans distinction aucune, la femme capable

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 1, p. 582.

(2) Duranton, t. II, p. 471 et 473.

d'aliéner, etc.... avec le consentement de son mari; de plus les articles 218 et 219 déterminent les cas où il y a lieu à l'autorisation de justice sans y comprendre aucune des deux hypothèses qui nous occupent. Il n'y a pas lieu du reste à nous objecter la maxime : « *nemo potest esse auctor in rem suam*, » car elle n'est applicable qu'aux règles de la tutelle. (Demolombe (1), Marcadé (2), Zachariæ, Aubry et Rau (3), Demante (4); arrêt de cassation du 13 octobre 1812, arrêt de la cour de Nîmes du 9 février 1842.)

*Révocation de l'autorisation.* — Le mari peut toujours révoquer l'autorisation qu'il a donnée; mais il est généralement reçu que cette révocation ne saurait être intempestive, c'est-à-dire faite à un moment où elle causerait de grands préjudices à la femme.

La révocation ne saurait avoir un caractère rétroactif; elle ne produit d'effet que pour l'avenir; bien plus, les actes qui lui seraient postérieurs seront maintenus si les tiers ignoraient que le mari ait retiré l'autorisation qu'il avait donnée.

La loi est muette sur le cas où l'autorisation aurait été donnée par la justice; mais il est évident que le mari ne saurait par sa seule autorité annuler ainsi un acte de l'autorité judiciaire. Mais s'il juge qu'il y a lieu de retirer à la femme cette autorisation, il peut se pourvoir à cet

(1) Demolombe, t. IV, n° 231 à 243.

(2) Marcadé, sur l'art. 224, n° 2.

(3) Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 484.

(4) Demante, t. I, n° 300 bis.

effet devant la justice, de la même manière que la femme s'est pourvue pour obtenir l'autorisation ; c'est-à-dire qu'il devra suivre les formes des articles 861 et suivants du Code de procédure.

Enfin, si l'autorisation a été donnée par contrat de mariage, elle sera immuable si elle n'a trait qu'à l'administration des biens de la femme ; c'est alors en effet une convention matrimoniale parfaitement permise (articles 223 et 1538). Mais hors ce cas toute autre autorisation accordée par contrat de mariage sera nulle ou révocable ; nulle s'il s'agit d'une autorisation générale ; révocable si elle est spéciale, ou si elle habilite la femme à faire autre chose que des actes d'administration.

Le mari ne peut en effet abdiquer son droit d'autorisation et par suite de révocation, pour tous les actes où la loi soumet la femme à cette condition pendant le mariage (Demolombe (1), Toullier (2), Pardessus (3), Zachariæ (4)).

(1) Demolombe, t. IV, n° 324.

(2) Toullier, t. XII, n° 257.

(3) Pardessus, t. 1, n° 64.

(4) Zachariæ, t. III, n° 335.

## CHAPITRE VI.

### EFFETS DU DÉFAUT D'AUTORISATION.

Le défaut d'autorisation entraîne la nullité des actes pour lesquels cette autorisation était nécessaire, et la Cour de Cassation a fait l'application directe de ce principe dans des arrêts du 5 février 1817, du 7 avril 1819, du 15 juin 1842.

Mais quelle est la nature de cette nullité? Dans notre ancien droit, du moins selon la majorité des coutumes, elle était absolue, de telle sorte qu'elle pouvait être proposée même par les personnes qui avaient contracté avec la femme non autorisée, et qu'elle ne pouvait être effacée par aucune ratification (Pothier (1)).

Aujourd'hui, il n'en est plus ainsi; la nullité résultant du défaut d'autorisation n'est plus que relative; les tiers qui ont contracté avec la femme ne peuvent plus l'invoquer; cela résulte du reste de l'article 1125 2<sup>o</sup> : « les

(1) Pothier, *puissance du mari*, n<sup>o</sup> 5, 74 et 78.

personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de la femme avec laquelle ils ont contracté. »

---

*Quelles personnes peuvent demander la nullité ? —*

L'art. 225 nous répond que, « la nullité ne peut être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers. » Par la femme, parce qu'elle a manqué de la protection que la loi a voulu lui assurer ; — par le mari, parce que son autorité a été méconnue, et qu'à cette autorité il fallait une sanction ; parce que l'intérêt collectif de la société conjugale le réclamait ; — par les héritiers de la femme parce que le préjudice qu'elle a souffert retombe sur eux ; — quant aux héritiers du mari, on ne voit pas aussi bien comment peut se justifier le droit que l'article 225 paraît leur conférer.

A quel titre en effet exerceraient-ils l'action en nullité ? Dans l'intérêt de l'autorité maritale ? il n'y en a plus. Dans l'intérêt collectif du mariage ? il n'y a plus de mariage, plus d'intérêts matrimoniaux. Dans un intérêt pécuniaire ? Mais ils ne peuvent en avoir aucun, car l'acte passé par la femme non autorisée est, par rapport au mari et à ses héritiers, *res inter alios acta*, et par conséquent ne peut leur nuire en aucune façon. Il est donc bien difficile, sinon impossible de trouver une hypothèse dans laquelle les héritiers du mari puissent intenter l'action en nullité que leur confère l'art. 225.

Cependant Marcadé (1) sur l'art 225, cite le cas où

(1) Marcadé *Sur l'article 225. n° 4*

la femme aurait renoncé sans autorisation à une succession mobilière qui devait tomber dans la communauté. Toutefois cette hypothèse est fort discutée, et on se demande si les héritiers du mari actionneraient alors la femme en qualité d'héritiers ou en qualité de créanciers?

Je crois que l'opinion la plus sage est celle de M. Demolombe (1), qui pense qu'il est à peu près impossible de trouver une base juridique à l'action des héritiers du mari ; mais que, vu les termes formels de l'art. 225, si jamais il arrivait dans la pratique que les héritiers du mari aient un intérêt pécuniaire à la nullité de l'acte fait par la femme non autorisée, il faudrait leur accorder l'action.

Le mari a qualité pour demander directement la nullité des obligations contractées par sa femme sans son autorisation, alors même que l'exécution en aurait été ordonnée par jugement contre elle (Cour de Montpellier, 27 avril 1831). Ce jugement est en effet à l'égard du mari, *res inter alios acta*.

Du reste, le défaut d'autorisation constituant un fait négatif, on ne peut en mettre la preuve à la charge du mari ou de la femme, ce qui leur serait impossible à établir ; c'est à ceux qui ont contracté avec celle-ci à prouver qu'elle a été légalement autorisée (Cour de Paris, 2 janvier 1808).

Les créanciers de la femme ont-ils qualité pour inten-

(1) Demolombe, t. IV, n° 344.

ter l'action en nullité? Toullier (1) soutient que non, et un arrêt de la Cour de Grenoble du 2 août 1827 est venu confirmer sa doctrine. Mais je ne crois pas que cette opinion doive être admise. En effet, l'article 1166 permet aux créanciers d'exercer tous les droits et action de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne; or, on ne prouvera jamais que l'action en nullité pour défaut d'autorisation soit exclusivement attachée à la personne de la femme (Dalloz (2), Demolombe (3), Marcadé (4), Cassation 10 mai 1853).

Quant aux créanciers du mari, il est douteux qu'ils puissent proposer la nullité résultant du défaut d'autorisation; en effet l'action qui dans ce cas appartient au mari, est fondée principalement sur le droit de la puissance maritale; or c'est là un droit qui de sa nature est exclusivement attaché à la personne; de plus il faudrait qu'ils aient un intérêt pécuniaire, et cela paraît bien difficile, du moment que l'acte passé par la femme non autorisée ne peut préjudicier au mari. La Cour suprême a cependant décidé dans un arrêt du 14 août 1822 que la vente d'effets mobiliers appartenant à la communauté, consentie par la femme seule sans l'autorisation de son mari, peut être attaquée en nullité par les créanciers de ce dernier.

*Quid* du donateur? Pourra-t-il demander la nullité d'une donation entre-vifs acceptée par la femme sans

(1) Toullier, t. VII, p. 566.

(2) Dalloz, *Alphab.*, v<sup>o</sup> *Mariage*, p. 150.

(3) Demolombe, t. IV, n<sup>o</sup> 542.

(4) Marcadé, *Sur l'article 225*, n<sup>o</sup> 4.

autorisation ? Je crois qu'il faut répondre que non ; en effet, les principes généraux admis par le Code sur les donations ne dérogent pas à l'article 225. M. Delvincourt (1) objecte que les actes pour lesquels la loi exige une solennité exacte, requièrent par cela même une capacité parfaite dans toutes les personnes qui y figurent. — On peut lui répondre que cela est faux, car il faudrait dire aussi que si le débiteur d'une femme mariée lui consentait une hypothèque sans qu'elle fût autorisée, il pourrait demander lui-même la nullité de cette hypothèque ; or, personne n'admet cela.

On oppose encore à notre système les articles 934, 938, 942 et 1339. — Art. 934 : « La femme mariée *ne pourra* accepter une donation sans le consentement de son mari, ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de justice, conformément à ce qu'il est prescrit par les articles 217 et 219. » Cet article, dit-on, est prohibitif : du moment que la femme n'est pas autorisée, la donation est radicalement nulle, et toute personne intéressée, le donateur comme les autres, peut en demander la nullité. — Nous répondrons à cela que l'article 217 dit aussi que la femme *ne peut* donner... sans autorisation, et cependant, aux termes de l'article 225, la nullité n'est que relative.

Article 938 : « La donation *dûment acceptée* sera parfaite par le seul consentement des parties. » Dès lors, dit-on, la donation acceptée par la femme non autorisée, n'est pas *dûment acceptée*, elle est imparfaite et par suite

(1) Delvincourt, t. I, p. 240, note 1.

le donateur n'est pas obligé. — Cet argument, il faut le reconnaître, est des plus sérieux ; néanmoins, on peut répondre que l'article 938 ne dit pas tout ce qu'on lui fait dire ; sans doute, la donation acceptée par la femme non autorisée, est imparfaite, mais notre article s'explique-t-il davantage, dit-il que le donateur ne sera pas lié ? Non ; dès lors, il faut appliquer le droit commun de l'art. 225 et dire que la nullité est purement relative, et que la donation n'est imparfaite qu'à l'égard de la femme et non à l'égard du donateur.

Art. 1339 : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs. » Donc, nous opposent nos adversaires, la donation acceptée par la femme non autorisée est radicalement nulle et le donateur n'est pas obligé. — Je répondrai que l'article 1339 ne s'occupe que des vices de forme ; or, le défaut d'autorisation est un vice de capacité et non un vice de forme.

Soutiennent le système de la nullité relative de la donation, MM. Duranton (1), Toullier (2), Marcadé (3), Demolombe (4) et Mourlon (5).

Le système de la nullité absolue compte au nombre de ses défenseurs MM. Grenier (6), Delvincourt (7) et Prou-

(1) Duranton, t. VIII, p. 435.

(2) Toullier, t. II, p. 664, et t. V, p. 493.

(3) Marcadé, *Sur l'article 955*, n° 5.

(4) Demolombe, t. IV, n° 248.

(5) Mourlon, *Rép. écrit*, t. II, p. 289.

(6) Grenier, *Donations*, t. I, n° 64.

(7) Delvincourt, *Art. 934 et 935*.

dhon (1); il a été de plus confirmé par un arrêt de Cassation du 14 juillet 1856.

La caution qui a garanti l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée, peut-elle invoquer la nullité? Non; les articles 2012-2° et 2036 2° permettent, en effet, de cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé.

Mais que faudrait-il décider, si la caution ignorait que la femme n'avait pas été autorisée? Suivant les circonstances, ce sera alors au tribunal à juger en fait si, oui ou non, le cautionnement est valable.

Le tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué par la femme ne peut pas davantage opposer la nullité pour défaut d'autorisation; les articles 225 et 1125-2° s'y opposent. L'article 1125-2° s'exprime ainsi: Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. Or, l'article 225, posant le principe de la nullité relative, empêche que l'on puisse dire par un argument *par à contrario* de l'article 1125, que les tiers qui n'ont pas personnellement contracté avec la femme non autorisée, peuvent invoquer la nullité résultant du défaut d'autorisation.

De même l'acquéreur ou l'adjudicataire, au préjudice duquel la femme non autorisée fait une surenchère, ne peut invoquer la nullité de cet acte, car aucun texte

(1) Proudhon, t. 1, p. 474.

ne fait exception en sa faveur à l'art. 225 (Demolombe (1)).

*Effets du défaut d'autorisation spécialement en matière judiciaire — Assignation donnée contre un tiers par la femme.* — Quoique le contraire soit enseigné (Delvincourt), il est bien certain que le tiers ne pourra demander la nullité de l'assignation ; et cette dernière ne sera valable qu'autant que l'autorisation aura été donnée avant le jugement. Toutefois, on ne saurait obliger l'adversaire de la femme d'accepter une lutte, dont le résultat n'aurait rien de définitif, d'assuré. Il peut dès lors opter entre deux partis ; s'il désire que le débat soit vidé, il appellera le mari en cause, et pourvoira à ce qu'il donne son autorisation. Ou bien, il peut opposer à la femme demanderesse une exception dilatoire jusqu'à ce qu'elle se soit fait autoriser. (Arrêt de cassation du 4 mars 1845.)

La cour de Bordeaux, dans un arrêt du 3 mars 1851, a même jugé : que dans le cas où, sur la fin de non-recevoir opposée par le défendeur, le tribunal ou la cour a impartie à la femme un délai pour requérir l'autorisation, si cette autorisation n'est point rapportée dans le délai accordé, et s'il n'est formé aucune demande à l'effet d'obtenir un nouveau délai, en raison de l'insuffisance du premier, le tribunal ou la cour doit même d'office déclarer la femme non recevable.

(1) Demolombe, t. IV, n° 350 ; *Contra Troplong, hypothèques*, t. IV, p. 954.

*Assignment donnée par un tiers à la femme non autorisée.* — La pratique a adopté le moyen le plus simple, c'est d'assigner conjointement le mari et la femme ; si l'adversaire de la femme ne prend pas ce moyen, l'assignation sera oui ou non valable suivant que l'autorisation interviendra ou non avant le jugement (Demolombe (1), Dalloz (2)).

*Jugements rendus contre la femme non autorisée ou à son profit.* — L'adversaire, nous le savons, ne peut les attaquer pour défaut d'autorisation. Quant aux époux, quel moyen pourront-ils employer ? On connaît, en effet, le brocard de droit : « voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements » La femme pourra employer la voie de l'opposition, de l'appel, ou du pourvoi en cassation. Quant à la requête civile, les auteurs ne sont pas d'accord : M. Demolombe, basant son système sur le 2<sup>o</sup> de l'art. 480 C. de Pr. c. « la requête civile pourra être employée, si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées... », décide que la femme pourra, par cette voie, faire tomber le jugement. On pourrait cependant objecter que le défaut d'autorisation n'est pas un vice de forme, mais un vice de capacité.

Le mari aura la voie de la tierce-opposition (art. 474), s'il n'a pas été appelé en cause, et si le jugement préjudicie à ses droits.

*Condition des tiers qui ont contracté avec la femme non autorisée.* — Leur position est des plus critiques ;

(1) Demolombe, t. IV, n<sup>o</sup> 852.

(2) Dalloz, *Alph.* v<sup>o</sup> *Mariage*.

ils sont engagés envers la femme aussi fortement qu'envers une personne capable, tandis que la femme est ou n'est pas liée avec eux suivant son intérêt ou même son caprice.

Fait-elle annuler le contrat ? les tiers sont encore sacrifiés ; la femme reprend tout ce qu'elle a payé ou livré, et n'est tenue de rien rendre.

Cependant, s'il était prouvé que l'acte dont la nullité est demandée pour défaut d'autorisation, a tourné, au moins dans une certaine mesure, au profit de la femme, la nullité ne pourrait être prononcée qu'à la charge pour la femme de restituer le bénéfice qu'elle aura retiré de l'acte. Elle ne doit pas se faire de son incapacité, un moyen de s'enrichir aux dépens d'autrui. Il pourrait même arriver que l'acte fût déclaré valable pour cette cause, si par exemple, c'était un paiement que la femme eût reçu sans autorisation, et s'il était établi que la somme reçue a été utilement employée à son profit. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation dans un arrêt du 12 mars 1844.

Mais le tiers qui a contracté avec la femme non autorisée, ne pourra-t-il pas refuser d'exécuter la convention, s'il estime que cette exécution serait dangereuse pour lui ? MM. Demolombe et Mourlon se prononcent pour l'affirmative, et je suis de leur avis ; en effet, aucun texte ne défend au tiers d'agir ainsi, et sa prétention est juste et raisonnable. Au contraire, on ne saurait favoriser la prétention de la femme de faire exécuter un contrat qu'elle tiendra pour bon ou mauvais à son gré.

Certains auteurs (1) ont soutenu que le tiers, après avoir exécuté, pourrait intenter une action contre la femme, le mari ou leurs représentants pour les mettre en demeure de choisir entre la validité et la nullité du contrat. Je ne pense pas que cette solution puisse être admise, et que cette action *provocatoire* ou *ad futurum*, comme on l'a appelée, puisse être intentée; ce serait, en effet, contrevenir aux termes formels de l'art. 1304 qui accorde à la femme un délai de 10 ans à partir de la dissolution du mariage pour réfléchir au parti qu'elle prendra.

*Cas où il n'y a pas de nullité malgré le défaut d'autorisation.* — Le principe en cette matière est que le défaut d'autorisation emporte nullité; néanmoins, il y a quelques exceptions.

1° *La femme a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire aux tiers qu'elle avait pleine capacité.* — Dans cette hypothèse, MM. Aubry et Rau, Toullier, Vazeille, pensent que la femme aurait le droit d'opposer le défaut d'autorisation, à la charge toutefois de répondre du dommage qu'elle a causé par son délit. Je crois néanmoins avec MM. Demolombe, Duranton et Duvergier, que c'est aller trop loin, et violer la règle : « *nemo auditur turpitudinem suam allegans.* » Du reste, y a-t-il une réparation plus exacte et mieux appropriée du dommage causé, que le maintien de l'acte lui-même? —

(1) Aubry et Rau, d'après Zachariæ, 3 éd. t. VI, § 746, et M. Demolombe, t. IV, n° 346.

La cour de cassation a jugé dans ce sens, dans un arrêt du 15 juin 1824, pour le cas spécial où la femme a pris frauduleusement la qualité de veuve.

Quant au mari, s'il est étranger au dol, il pourra demander la nullité, dans l'intérêt de l'association conjugale, et de la puissance maritale méconnue; mais dans ce cas il sera dû aux tiers des dommages-intérêts par application de l'article 1382.

Toutefois si la femme n'a pas commis de dol proprement dit, si le tiers a pu par conséquent facilement vérifier la qualité véritable de la femme, cette dernière conservera son action en nullité. Le tiers doit alors en effet supporter les suites de sa négligence (Demolombe (1)).

2<sup>o</sup> *Les tiers ont été dans une erreur excusable.* — Cette hypothèse diffère de la précédente, en ce que la femme ne commet plus de dol, elle néglige seulement d'avertir son co-contractant de sa condition de femme mariée. Dans ce cas, l'erreur du tiers est excusable; ainsi quand le mariage contracté à l'étranger n'a pas été transcrit en France, ou quand l'autorisation a été révoquée à l'insu du tiers, le contrat sera maintenu, et la femme perdra son action en nullité. La Cour d'Agen a jugé en ce sens dans un arrêt du 18 novembre 1822, en se fondant sur le principe : « *error communis facit jus*; » de sorte que le mari perd lui aussi le droit d'intenter son action en nullité.

*Comment la nullité résultant du défaut d'autorisation peut être couverte.* — Dans l'ancien droit, cette nullité n'était point susceptible d'être couverte; il en est autre-

(1) Demolombe, t. IV, n<sup>o</sup> 327.

ment aujourd'hui ; le Code civil reconnaît que l'action en nullité ne pourra pas être intentée, quand il y aura eu ratification expresse ou confirmation (article 1338, 1<sup>o</sup>) ou ratification tacite (articles 1304, 1338, 2<sup>o</sup>).

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

Si le mari ratifie seul, sans le concours de la femme, la nullité n'est couverte qu'à son égard, c'est du moins l'opinion que nous avons admise. Si c'est la femme qui ratifie avec l'autorisation de justice, le mari n'en conserve pas moins l'exercice de son action en nullité. Enfin si la femme a ratifié avec l'autorisation de son mari, l'acte devient valable *ergà omnes*.

Après la dissolution du mariage, la ratification expresse ou confirmation peut être faite par la femme ou ses héritiers, par le mari ou ses héritiers, mais elle n'a jamais d'effet que contre ceux qui ont ratifié.

Voilà pour la ratification expresse ; quant à la ratification tacite, elle peut résulter soit de l'exécution volontaire (article 1338, 2<sup>o</sup>), soit du délai de 10 ans (article 1304).

L'exécution volontaire couvre la nullité soit à l'égard des deux époux, soit à l'égard de celui seulement qui a tacitement ratifié, selon les distinctions que j'ai indiquées pour la ratification expresse.

Le délai de dix ans couvre aussi la nullité des actes passés par la femme mariée non autorisée. Le délai court du jour de la dissolution du mariage (article 1304). Mais la prescription est-elle aussi suspendue pendant le

mariage au profit du mari? La question est controversée : mais l'esprit de l'article 1304 étant que la prescription n'est suspendue au profit de la femme que parce qu'elle n'est pas libre d'agir, on décide généralement que le mari a dix ans aussi pour invoquer la nullité, mais le délai courra du jour où il aura eu connaissance de l'acte passé par sa femme sans autorisation.

La ratification soit expresse, soit tacite, a un effet rétroactif; le contrat primitif existe valable dès le jour de sa date, et non du jour de la confirmation; mais on comprend bien que la loi devait déclarer que cette rétroactivité ne pourrait porter préjudice aux droits des tiers (article 1338, 2<sup>o</sup>).

Ces tiers sont ici ceux à qui la femme, antérieurement à la ratification, a cédé des droits de propriété, servitude, hypothèque, incompatibles avec ceux qui résulteraient de l'acte ratifié. Mais la ratification est parfaitement opposable aux créanciers chirographaires de la femme, à moins qu'ils ne prouvent qu'elle a été faite en fraude de leurs droits (article 1167).

---

J'ai ainsi rempli le programme que j'avais indiqué en commençant cette thèse; j'ai examiné l'incapacité particulière de la femme à Rome sous le sénatus-consulte Velléien, la condition de la femme mariée dans notre ancienne jurisprudence, et dans le Code civil; il ne reste donc qu'à examiner rapidement les critiques dont est l'objet la législation que je viens d'étudier, pour que ma tâche soit remplie.

## APPENDICE.

### CRITIQUE ET CONCLUSION.

La législation du Code civil sur la femme mariée a été l'objet d'attaques véhémentes de la part de moralistes profonds, de jurisconsultes éminents; la presse elle-même a fourni son concours à l'œuvre, et en 1869 il paraissait à Paris un journal : *le droit des femmes*, qui, entr'autres réformes sociales, réclamait l'émancipation civile de la femme.

Néanmoins, je ne crois pas devoir m'aventurer trop avant dans ces théories souvent aussi dangereuses qu'elles sont séduisantes; et je me bornerai donc à critiquer, au point de vue de la raison pure, certaines dispositions du Code, et à proposer des modifications à la loi existante.

C'est aux Codes sortis de la Révolution française que revient l'honneur d'avoir proclamé les premiers l'égalité civile des deux sexes. Et cependant, n'est-ce pas une vérité nécessaire, qui a toujours été vraie, et qui le sera toujours : que la femme est l'égale de l'homme, que pétrie du même limon que lui, elle a reçu comme lui aussi une étincelle divine, une âme et une intelligence susceptibles des mêmes facultés?

Parti de ce principe, le Code civil a accordé pleine

capacité civile à la fille majeure et à la veuve, et soumis en même temps la femme mariée à une incapacité temporaire, indépendante du sexe, mais liée au fait même du mariage.

Cette incapacité de la femme mariée, ce contraste étrange entre la femme dans le mariage et hors du mariage, doivent-ils être maintenus, modifiés ou radicalement abrogés? Tel est l'ensemble de la question à résoudre.

Dès à présent je déclare que le principe même de l'incapacité doit être maintenu, mais qu'il doit être modifié pour se rapprocher autant que le permet l'imperfection humaine, de l'idéal vers lequel la loi doit toujours tendre.

Il est d'absolue nécessité que dans toute association, il y ait un chef; depuis l'Etat jusqu'à la famille, il faut qu'une autorité régisse toute société. L'homme est de droit le chef de la famille; la femme unissant sa destinée à celle de l'homme contracte par là même l'engagement tacite de se soumettre à lui. Voilà donc établi le principe de la puissance maritale, de l'autorité que doit exercer le chef sur tous les membres de la famille. Et c'est là un principe de morale, bien que le Code en ait fait un texte de pur droit positif (article 213).

Mais, en présence de l'autorité maritale, quelque puissante qu'elle doive être, il ne faut pas laisser complètement de côté le principe de l'égalité des deux sexes; or, je reproche au code d'avoir quelquefois complètement sacrifié la capacité de la femme à l'autorité maritale.

Ainsi, je ne puis admettre que lorsque la séparation de corps a été prononcée contre le mari, la loi oblige

encore la femme à obtenir l'autorisation maritale. Il est immoral que le mari qui vient de fouler aux pieds tous ses devoirs conjugaux, conserve encore les prérogatives de son titre ; le code accepte cette déchéance quand le mari a encouru une condamnation infamante, pourquoi ne l'accepterait-il pas dans le cas de séparation de corps prononcée contre lui ?

Il est encore illogique que la femme soit obligée d'obtenir l'autorisation maritale quand elle contracte directement avec son mari, ou même conjointement avec lui. Le mari devient alors un adversaire, et un adversaire plus redoutable qu'aucun autre par les moyens d'influence dont il dispose. Et c'est alors que la femme devrait être protégée avec le plus de sollicitude, que le code la protège le moins !

Et je n'attaque en rien la puissance maritale, car l'histoire nous montre, que les législations où cette autorité a été le plus rigoureusement établie, sont celles précisément où la femme a joui de la capacité la plus grande et des droits les plus étendus.

En résumé, le Code civil a suivi, à mon avis, une ligne indécise et peu logique, tantôt sacrifiant la liberté relative dont la femme doit jouir, au principe de la puissance maritale ; tantôt au contraire laissant la femme sans défense, alors qu'il aurait dû la protéger plus efficacement, vu l'idée qu'il laisse percer dans certaines dispositions, que la femme est inexpérimentée et par conséquent doit être protégée.

Je proposerais donc des modifications importantes au système du code, de façon à combiner, à l'avantage des

deux conjoints, et par suite de l'association conjugale, le principe de la puissance du mari et celui de la capacité naturelle de la femme.

Je désirerais :

1<sup>o</sup> Que la femme ne pût contracter, ester en jugement, acquérir ou aliéner à titre gratuit sans l'autorisation de son mari ; mais avec ce tempérament que l'autorisation pût être générale ;

2<sup>o</sup> Que la justice intervienne à *bref délai* pour donner l'autorisation quand le mari la refuse injustement ;

3<sup>o</sup> Que lorsque le mari est mineur, interdit, absent, en un mot lorsqu'il est dans l'impossibilité légale ou matérielle de donner l'autorisation, la femme puisse agir seule. — Il devra en être de même quand la séparation de corps aura été prononcée contre le mari ;

4<sup>o</sup> Que l'action en nullité pour défaut d'autorisation ne puisse pas être intentée par la femme.

Comme le dit très-bien M. Gide dans son traité *sur la condition privée de la femme* : « Ces réformes ne répondraient pas moins aux besoins de la pratique, qu'aux exigences logiques de la théorie N'y aurait-il pas utilité évidente, à ce qu'un mari appelé par ses affaires à de lointains voyages, pût, en partant, laisser à sa femme, par une autorisation générale, le pouvoir d'acheter ou de vendre, suivant les besoins du ménage, et de régler, suivant les circonstances, les clauses d'un contrat. La nécessité d'une intervention incessante de la justice, en cas d'absence ou d'incapacité du mari, ne devient-elle pas souvent pour le ménage privé de son chef, un surcroît d'embarras et d'entraves? Et n'y a-t-il pas une

contradiction flagrante, à ce que la femme tutrice de son mari interdit, ou gérant la communauté pour son mari absent, jouisse de droits plus étendus sur les biens de son mari ou sur les biens de la communauté, qu'elle n'en a sur ses biens propres. Enfin, n'est-ce pas contraire aux notions les plus élémentaires de la justice, de permettre à une femme qui a contracté librement et en pleine connaissance de cause, d'attaquer elle-même son contrat, sous prétexte que son mari ne l'a pas autorisée, ou ne l'a autorisée qu'après coup. »

Les modifications que je viens d'indiquer ont été à peu près toutes adoptées dans le nouveau Code italien ; et leur application, fondée sur la saine raison et la logique, a produit les meilleurs résultats. Il appartient à la France de ne pas rester en arrière : son Code a certainement une supériorité marquée sur la législation des autres nations européennes, mais elle ne doit point oublier cette parole du Premier Consul au conseil d'Etat : « Les lois sont faites pour les mœurs et les mœurs varient. »

Il faut donc aussi que la législation varie et suive les progrès de la civilisation et des mœurs ; et j'ose espérer que le jour n'est pas loin où le Code civil, révisé spécialement en ce qui concerne la capacité de la femme, puisque c'est là le point que je traite, sera un monument législatif que nous n'imposerons plus à toute l'Europe, mais que toute l'Europe nous empruntera. C'est à notre patrie que doit revenir cet honneur ; à elle qui, portant fièrement cette devise : « Le droit prime la force, » sera toujours la grande nation par les sciences, les lettres et les arts.

## POSITIONS.

### DROIT ROMAIN.

I. Dans la législation de Justinien, on ne peut, par simples pactes et stipulations, constituer un droit réel d'usufruit ; il faut, de plus, qu'il y ait eu quasi-tradition de la part du propriétaire.

II. Si le fidéjusseur a voulu s'obliger *in duriorem causam*, son engagement est réduit à l'obligation principale.

III. La femme ne peut renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien en dehors des trois cas prévus par la loi.

IV. L'action restitutoire accordée par le préteur au créancier contre le débiteur primitif pour lequel la femme avait intercedé, n'est pas un cas d'*in integrum restitutio*.

V. Le préteur ni les constitutions impériales n'ont jamais supprimé la nécessité de la *causa perpetua* pour la validité d'une servitude prédiale.

### ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

I. L'incapacité de la femme mariée vient du droit germanique.

II. La femme peut faire seule les actes d'administration, quand on ignore ce qu'est devenu son mari.

### DROIT FRANÇAIS ACTUEL.

I. La possession d'état qui prouve la filiation légitime ne prouve pas la filiation naturelle.

II. L'héritier qui a gardé le silence pendant trente ans perd la faculté de renoncer s'il était saisi, ou la faculté d'accepter s'il n'était pas saisi.

III. La femme mariée ne peut jamais hypothéquer ses immeubles sans autorisation.

IV. L'article 904 du Code civil est spécial aux donations entre vifs et aux testaments; il déroge à l'article 504 qui ne s'applique qu'aux contrats à titre onéreux.

V. L'autorisation maritale ne peut être donnée, postérieurement à l'acte pour lequel elle était exigée.

VI. La femme commune exerçant ses reprises contre la communauté, est créancière pure et simple.

VII. Le donateur ne peut demander la nullité de la donation qu'il a faite à la femme non autorisée.

## DROIT CRIMINEL.

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

II. La peine applicable au complice ne doit point être aggravée par suite d'une qualité personnelle à l'auteur principal.

III. L'infraction à l'article 3 de la loi du 14 mars 1872 sur l'association internationale des travailleurs, constitue non une contravention, mais un délit.

## PROCÉDURE CIVILE.

I. L'article 864 du Code de procédure civile a modifié l'article 217 du Code civil relativement à la poursuite à fin d'autorisation.

II. La tierce-opposition est utile dans certaines hypothèses où l'article 1351 ne serait pas une protection suffisante contre le tiers qui n'a pas été partie dans le procès.

## CODE DE COMMERCE.

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

II. Le voiturier conserve son privilège sur les objets transportés, même après en avoir effectué la livraison.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Un fond du domaine public devient prescriptible, dès qu'il a cessé, même tacitement, d'être affecté à un service public.

II. Les églises consacrées au culte n'appartiennent ni à l'Etat ni aux fabriques, mais aux communes.

*Vu par le président de la thèse,*

GUSTAVE BRESSOLLES.

*Vu par le doyen,*

DUFOUR.

*Vu et permis d'imprimer,*

Pour le Recteur empêché,

L'Inspecteur d'Académie délégué,

VIDAL-LABLACHE.

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des » principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre » public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, article 41), mais non pas des opinions purement juridiques, » dont la responsabilité est laissée aux candidats. »

---

## TABLE DES MATIÈRES.

---

	Pages
INTRODUCTION. . . . .	4

### **Droit Romain.**

CHAPITRE I. — Coup-d'œil sur la condition civile de la femme à Rome avant le sénatus-consulte Velléien. . . . ,	5
CHAPITRE II. — Origine et motifs du sénatus-consulte Velléien.. . . . .	12
CHAPITRE III. — Application du sénatus-consulte Velléien.. . . . .	47
CHAPITRE IV. — Des effets du sénatus-consulte Velléien. . . . .	43
CHAPITRE V. — Innovations de Justinien.. . . . .	56
CHAPITRE VI. — Destinées du sénatus-consulte Velléien en France et en Europe. . .	64
APPENDICE. — Critique du sénatus-consulte Velléien.	72

**Droit Français.**

	Pages
CHAPITRE I. — Condition civile de la femme mariée dans notre ancienne jurisprudence	77
CHAPITRE II. — Origine et motifs de l'incapacité de la femme mariée. . . . .	91
CHAPITRE III. — Étendue de l'incapacité de la femme mariée. . . . .	95
CHAPITRE IV. — De l'autorisation. . . . .	128
CHAPITRE V. — Interprétation de l'autorisation. — Ses effets. . . . .	159
CHAPITRE VI. — Effets du défaut d'autorisation. . .	166
APPENDICE. — Critique et conclusion. . . . .	180
POSITIONS. . . . .	185