

maritale, telle que Portalis la défend, est en opposition avec les mœurs, les sentiments et les idées de la société moderne. Quand le code civil fut discuté, on entra dans l'ère de réaction contre les idées de 89. Écoutez un homme de la Révolution; Condorcet nous dira quelles sont les aspirations de l'humanité en ce qui concerne la prétendue prééminence de l'homme sur la femme. Il qualifie de préjugé l'inégalité des deux sexes. « On chercherait en vain, dit-il, des motifs de la justifier par les différences de leur organisation physique, par celles qu'on voudrait trouver dans la force de l'intelligence, dans leur sensibilité morale. Cette inégalité n'a eu d'autre origine que l'abus de la force, et c'est vainement que l'on a essayé depuis de la justifier par des sophismes (1). » Rien de plus vrai; si nous voulions remonter aux origines de la puissance maritale, nous trouverions partout la force. Mais à quoi bon? Portalis lui-même ne l'avoue-t-il pas? Eh bien, la force qui régnait dans l'ancien monde a été détrônée en 89; la loi de l'inégalité a fait place à celle de l'égalité. Pour mieux dire, la Révolution n'a fait que consacrer la transformation qui s'était opérée dans les mœurs. En dépit du code qui a maintenu la vieille tradition, l'égalité règne dans le mariage comme dans l'ordre politique; ce n'est pas la *protection* et l'*obéissance* qui y dominant, c'est l'affection, lien des âmes; ce n'est pas un maître qui y impose sa volonté et une esclave qui la subit, c'est par voie de délibération commune et de concours de consentement que les décisions s'y prennent. Mais, s'écrie Portalis, comment une société de deux personnes pourrait-elle subsister, si l'on ne donnait pas voix pondérative à l'un des associés (2)? Portalis oublie qu'il peut très-bien y avoir des sociétés de deux personnes, sans que l'une ait la prééminence sur l'autre. Si les associés sont en dissentiment, le tribunal décide. Il en est même ainsi dans la société conjugale, malgré la puissance maritale. Quand le mari refuse d'autoriser la femme à faire un acte juridique, la femme peut

(1) Condorcet, *Esquisse des progrès de l'esprit humain*.
 (2) Portalis, Discours préliminaire, n° 42 (t. I^{er}, p. 165).

s'adresser à la justice. Quand le mari ne fournit pas à la femme l'entretien auquel elle a droit, il y a encore recours au juge. Pourquoi n'organiserait-on pas un recours dans tous les cas où les époux sont en désaccord?

Nous n'insistons pas, parce que notre objet n'est pas de critiquer la loi, mais d'en exposer les principes. Remarquons toutefois avec Condorcet les funestes conséquences qui découlent du préjugé de l'inégalité. La femme n'est pas l'égal de l'homme, donc elle ne doit pas jouir, au même titre, des bienfaits de l'éducation. Il est entendu qu'elle doit avoir une religion, tandis que le mari sera libre penseur. Qui ne sait la belle harmonie qui règne dans les ménages où la femme est l'esclave de la superstition! Il est entendu aussi que la femme doit être plus morale que l'homme; libre au mari d'adultérer tant qu'il lui plaira: la loi ne trouve rien à y redire, pourvu qu'il prenne soin de ne pas tenir sa concubine dans la maison commune! La loi de l'égalité est plus sévère tout ensemble et plus bienfaisante. Elle veut que les époux vivent de la même vie intellectuelle et morale; elle leur reconnaît les mêmes droits, mais aussi les mêmes devoirs. C'est seulement quand cet idéal sera entré dans nos lois et dans nos mœurs qu'il y aura un véritable mariage!

§ II. Devoirs spéciaux.

N° I. FIDÉLITÉ, ASSISTANCE ET SECOURS.

84. « Les époux se doivent mutuellement fidélité, » dit le code Napoléon (art. 212). Certes, c'est là un devoir commun, le droit naturel nous le dit, et la loi semble consacrer le cri de la conscience. Cependant il n'en est rien. Lisez les articles 229 et 230; vous y verrez que le mari peut demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme, tandis que la femme ne peut demander le divorce pour cause d'adultère de son mari que lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune! Ouvrez le code pénal, et vous y lirez que la femme convaincue d'adultère

sera condamnée à un emprisonnement de trois mois à deux ans; tandis que le mari adultère n'est passible d'aucune peine, à moins qu'il n'ait tenu sa concubine dans la maison conjugale, et dans ce cas même, malgré la circonstance aggravante de l'insulte, il ne sera puni que d'un emprisonnement d'un mois à un an (art. 387-389). Le code de 1810 ne le punissait que d'une amende (art. 339).

Telles sont les leçons de morale que la loi de l'inégalité donne à l'homme! Montesquieu a essayé de justifier cette révoltante inégalité. « Les lois, dit-il, demandent des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent pas des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes les vertus (1). » Si les lois font cela, les lois ont tort; car le législateur ne doit jamais donner des leçons d'immoralité, et il en donne quand il permet à l'homme de violer impunément le devoir de fidélité, tandis qu'il punit cette violation chez la femme. Vainement dit-on que l'adultère de la femme a des conséquences plus graves, puisqu'il introduit dans la famille et met à la charge du mari des enfants qui lui sont étrangers. C'est là une circonstance aggravante qui justifierait une peine plus forte, ce n'est certes pas une raison d'excuser l'adultère du mari. Bien moins encore est-ce une raison pour donner au mari le droit de divorcer, alors qu'on le refuse à la femme. L'inégalité conduit à l'injustice en même temps qu'à l'immoralité.

85. « Les époux se doivent secours et assistance », dit encore l'article 212. Ces deux obligations se rapportent à ce qu'on appelle le poids de la vie. Notre existence a ses misères, besoins physiques et tourments de l'âme. L'époux doit à son conjoint les nécessités matérielles, c'est ce qu'on appelle l'obligation alimentaire; nous en avons parlé. Quant aux consolations, quant au dévouement qui allège les malheurs inévitables attachés à la condition humaine, ces devoirs ressortissent au sentiment plus qu'au droit. C'est le domaine de l'affection conjugale, la plus

(1) Montesquieu, de l'Esprit des lois, XXVI, 8.

vive, la plus intense des affections. L'assistance dérivant de la morale plus que du droit, il n'en peut résulter d'action judiciaire. Il n'en est pas de même de l'obligation de se secourir. Toutefois les deux devoirs ont une sanction civile: leur violation peut constituer une injure grave, ce qui est une cause de divorce ou de séparation de corps (art. 231, 306).

N° 2. DE LA VIE COMMUNE.

86. « La femme, dit l'article 214, est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider: le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. » Cette obligation dérive de l'essence même du mariage, puisqu'il implique nécessairement une vie commune. La communauté de vie suppose une seule et même habitation pour les deux époux; cette habitation est celle du mari; c'est la conséquence la plus naturelle, la plus légitime de la puissance maritale. De là le principe établi par l'article 108 que la femme n'a point d'autre domicile que celui de son mari. La loi comprend le domicile de fait aussi bien que le domicile de droit.

Le code Napoléon n'a fait que formuler les principes admis dans l'ancien droit. Pothier dit, presque dans les mêmes termes, que la femme est obligée de suivre son mari partout où il juge à propos d'aller demeurer ou résider; mais il ajoute, pourvu que ce ne soit pas hors du royaume et en pays étranger. Si le mari, dit-il, abjurant sa patrie, voulait s'y établir, la femme, qui doit encore plus à sa patrie qu'à son mari, ne serait pas obligée de l'y suivre (1). Le projet de code reproduisait cette exception; il portait: « Si le mari voulait quitter le sol de la république, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence. » Cette

(1) Pothier, De la puissance du mari, n° 1.

disposition fut retranchée par le conseil d'État sur la demande réitérée du premier consul : il remarqua, avec raison, que l'obligation de la femme de suivre son mari étant générale et absolue, ne devait recevoir aucune modification (1). Rompre la vie commune, c'eût été rompre le mariage. On ne pouvait pas permettre à la femme de rompre le mariage par sa seule volonté, alors que, dans le système de la puissance maritale, elle n'a point de volonté, puisqu'elle doit obéir à son mari. Quant aux motifs donnés par Pothier, ils tiennent aux idées du vieux régime qui attachait l'homme à la terre où il avait vu le jour ; l'abjuration de la patrie n'est plus un crime d'après notre droit public, c'est un droit qui découle de la liberté individuelle.

87. En principe, le devoir de cohabitation ne souffre donc pas d'exception. Est-ce à dire qu'il soit absolu ? Tout le monde admet que l'obligation de la femme d'habiter avec son mari est subordonnée à l'obligation qui incombe au mari de la recevoir selon ses facultés et son état. Il a été jugé que lorsque la maison conjugale est dépourvue des premiers objets de nécessité, la femme n'est pas tenue de l'habiter ; le bon sens suffit pour décider que la femme ne peut être obligée d'habiter une maison qui n'est pas habitable, et le droit ajoute que si la femme doit habiter avec le mari, c'est à charge par le mari de la recevoir (2). Les auteurs s'accordent encore à enseigner que si le mari cherchait son existence dans des moyens honteux, ou s'il tenait une concubine dans la maison commune, la femme ne serait pas obligée d'habiter avec lui (3). En effet, l'obligation que la loi impose au mari de recevoir sa femme n'est pas remplie, si le mari offre à la femme les quatre murs et les meubles, ainsi que les nécessités de la vie ; cela n'est que l'élément matériel de la vie commune, mais la vie commune est avant tout une vie morale ; si la femme ne trouve au domicile conjugal que le déshonneur et l'infamie, il n'y a plus de vie commune, partant pas d'obligation de la femme de la partager. Il a été très-bien jugé

(1) Séance du 5 vendémiaire an xi, nos 30 et 32 (Loché, t. II, p. 343 et s.).
 (2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 749, 3° 7.
 (3) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 408, n° 437.

que si le mari, tout en mettant un logement à la disposition de la femme, ne veut pas de vie commune, se tient dans un quartier à part où il refuse de recevoir sa femme, il dispense par cela même sa femme d'habiter la maison conjugale (1). Nous croyons qu'il faut décider, par les mêmes motifs, que si la femme subit de mauvais traitements au domicile du mari, elle ne sera pas tenue d'habiter avec lui. Vainement dit-on que la loi l'oblige à la cohabitation dès que le mari lui fournit les nécessités de la vie selon ses facultés et son état. Non, elle demande plus, elle prescrit la vie commune ; et est-ce une vie commune que celle qui consiste en mauvais traitements ? On dit que ces excès ou ces injures seront pour la femme une cause de divorce ou de séparation de corps, mais qu'ils ne la dispensent pas du devoir de cohabitation (2). Nous avons déjà rencontré cette objection et nous y avons répondu, avec la jurisprudence, que le divorce est un droit dont la femme peut ne pas user, et qu'il serait immoral de l'y obliger indirectement. Mieux vaut une séparation de fait qui peut venir à cesser, qu'une rupture définitive qui est toujours un grand mal alors même qu'elle est une nécessité (3).

88. L'obligation du mari de recevoir sa femme est-elle absolue ? Il a été jugé que le mari n'était pas tenu de recevoir sa femme ni de lui fournir les aliments, quand celle-ci avait déserté le domicile conjugal pour se livrer à l'inconduite (4). Cela est douteux. Sans doute, la femme viole ses devoirs, et aussi longtemps qu'elle ne demande pas à rentrer dans le domicile conjugal, il ne peut être question de lui payer une pension alimentaire. Mais du moment qu'elle veut rétablir la vie commune, il n'y a pas de motif juridique pour le mari de s'y refuser, sauf le moyen extrême du divorce ou de la séparation de corps. Il y a, sous ce rapport, une différence entre le devoir de cohabitation de la femme et le devoir de cohabitation du mari.

(1) Arrêt de cassation du 20 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 748, 3°).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 117, n° 97.

(3) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 749, 8°).

(4) Arrêt de Paris du 29 août 1857 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1858, 2, 27).

Le premier est subordonné à un devoir corrélatif du mari, celui de recevoir sa femme; le second n'a point de corrélatif; il est donc absolu, et ne peut cesser que par la rupture légale de la vie commune.

89. L'obligation de la vie commune a-t-elle une sanction? C'est une des questions les plus controversées du code civil. Elle se présente d'ordinaire pour la femme. Si elle quitte le domicile conjugal, le mari peut-il la forcer d'y rentrer? Et quelles sont les voies de contrainte qu'il peut employer? L'opinion assez généralement suivie est que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire en cette matière (1). Il y a des arrêts qui fondent ce prétendu pouvoir sur le silence de la loi. Le code établit un devoir, pour mieux dire une obligation civile; il ne dit rien de la sanction de ce devoir: en faut-il conclure qu'il s'en rapporte aux tribunaux (2)? Ce raisonnement nous paraît très-peu juridique. En principe, les tribunaux n'ont point de pouvoir discrétionnaire pour ce qui regarde l'exécution forcée des obligations légales ou conventionnelles; le code de procédure trace ces voies, et le juge n'en peut pas prescrire d'autres. Cela se conçoit: les voies d'exécution sont de droit public; or, rien de ce qui touche le droit public n'est abandonné à l'arbitraire des tribunaux. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait une volonté clairement manifestée du législateur. On prétend que les auteurs du code ont voulu, dans le cas de l'article 214, laisser plein pouvoir au juge (3). Mais la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat ne dit pas cela. La question qui y fut débattue n'était pas même la nôtre. On demandait si la femme serait obligée de suivre son mari à l'étranger. C'était l'avis du premier consul. Réal objecta qu'il ne voyait pas de moyen de forcer la femme; Regnaud répondit que le mari sommerait la femme de le suivre, et que si elle persistait dans son refus, elle serait censée l'avoir abandonné. Ce n'était pas répondre à l'objection; Réal répliqua qu'il fallait un jugement qui commandât à la femme de suivre son mari;

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 119, n° 100
 (2) Arrêt de Bruxelles du 1^{er} avril 1824 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 759).
 (3) Arrêt d'Aix du 23 mars 1840 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 762, 4°).

mais comment parviendrait-on à l'exécuter? Le premier consul dit que le mari cesserait de donner des aliments à la femme. Boulay finit par remarquer que toutes ces difficultés devaient être abandonnées aux mœurs et aux circonstances (1). Voilà la discussion d'où l'on veut induire que le législateur donne un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux. Les paroles de Boulay que l'on cite sont un de ces propos qui n'expriment qu'un sentiment individuel. Encore ne dit-il pas ce qu'on lui fait dire; il dit plutôt le contraire. En effet, si c'est une question de *mœurs*, par cela seul les tribunaux n'ont pas à intervenir. Et rien de plus vrai, comme nous allons le voir.

90. La seule sanction juridique dont il ait été question au conseil d'Etat, est celle que le premier consul mit en avant. Si la femme quitte le domicile conjugal, il est certain que le mari ne lui doit plus d'aliments, car c'est au domicile du mari qu'elle les doit recevoir. Il y a des arrêts en ce sens (2), et cela ne peut faire l'ombre d'un doute. Mais cette sanction ne suffit point. Si la femme ne demande pas d'aliments, il n'y a pas lieu à les refuser. Si la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal, elle dispose elle-même de tout ou de partie de ses revenus. Dans ce cas, elle n'a pas besoin d'aliments, et par suite l'obligation de cohabiter avec son mari n'aura pas cette sanction. N'y en a-t-il pas d'autre?

91. Le mari peut-il saisir les revenus de la femme et se mettre en possession de ses biens? Cela suppose que les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ou sous le régime dotal. La femme a, dans ces deux régimes, le droit de jouir de ses biens, sauf les biens dotaux proprement dits. Il y a une hypothèse dans laquelle le mari a le droit incontestable de saisir les biens de la femme, c'est quand elle ne remet pas au mari la portion de ses revenus pour laquelle elle doit contribuer aux charges du mariage. La cour de Paris a décidé en ce sens que la femme qui a obtenu la séparation de biens devant

(1) Séance du conseil d'Etat du 5 vendémiaire an x, n° 32 (Loché, t. II, p. 344).

(2) Voyez la jurisprudence dans Daloz, au mot *Mariage*, n° 757.

supporter, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, les frais du ménage, il y avait lieu d'attribuer à son mari une partie des revenus de sa femme jusqu'au jour de la réintégration de celle-ci dans le domicile conjugal (1).

Mais autre est la question de savoir si le mari peut saisir tous les revenus de sa femme et se mettre en possession de ses biens, pour la forcer à rentrer au domicile conjugal. Nous croyons qu'il faut décider la question négativement et sans hésiter. La femme a le droit d'administrer ses biens et d'en jouir. Pour la priver d'un droit qu'elle tient de sa qualité de propriétaire et de son contrat de mariage, il faudrait un texte. Le droit du propriétaire est absolu, les tribunaux ne peuvent le modifier qu'en vertu de la loi. Vainement dit-on que le créancier peut saisir les biens de son débiteur; il n'y a, dans l'espèce, ni créancier ni débiteur (2). D'ailleurs la saisie des biens est une voie d'exécution qui aboutit à la vente forcée des biens pour satisfaire les créanciers, tandis que, dans l'espèce, la femme serait privée, pendant toute la durée du mariage, de l'administration et de la jouissance de ses biens, ce qui serait un véritable changement aux conventions matrimoniales. On objecte que la saisie est un refus d'aliments, que si le refus d'aliments est permis sous un régime, il doit être autorisé sous tous les régimes. Nous répondons qu'il n'y a pas lieu à refuser des aliments à la femme qui n'en demande pas; que le refus d'aliments n'est légitime qu'en ce sens que la femme doit les recevoir dans la maison conjugale, que si elle la déserte, elle ne peut les réclamer de son mari. Dès lors, il ne peut être question d'un refus d'aliments, quand la femme ne réclame rien. La jurisprudence est divisée; elle se prononce généralement pour la saisie (3), ainsi que les auteurs (4).

(1) Arrêt du 27 janvier 1855 (Daloz, *Recueil périodique*, 1855, 2, 208).

(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 410-412, nos 438 et suiv.).

(3) Arrêt de Rior du 13 août 1810 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 759, 2°). Arrêt de Colmar du 10 juillet 1833 (Daloz, *ibid.*, n° 761). Arrêt de Caen du 14 août 1848 (Daloz, *Recueil périodique*, 1850, 2, 185). En sens contraire, arrêt de Pau du 11 mars 1863 (Daloz, *Recueil périodique*, 1863, 2, 193).

(4) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. I^{er}, p. 219, note 4. Demolombe, t. IV, p. 124, n° 105.

92. On demande si la femme peut être condamnée à des dommages-intérêts jusqu'à ce qu'elle réintègre le domicile conjugal? Il y a des arrêts et des auteurs qui admettent cette voie d'exécution. A vrai dire, ce n'est pas une voie d'exécution, c'est une peine, une amende, comme le dit la cour de Bruxelles, laquelle a condamné la femme à payer une somme d'argent par chaque jour de retard qu'elle mettrait à remplir l'obligation de cohabiter avec son mari (1). Ce mot de *peine*, que la cour prononce, n'aurait-il pas dû lui rappeler qu'il n'y a point de peine sans loi pénale? Et comment des jurisconsultes ont-ils pu concevoir l'idée d'appliquer au mariage les principes sur les dommages-intérêts (2)? Comme le dit très-bien la cour de Colmar, il suffit de lire les articles du code sur les dommages-intérêts pour se convaincre qu'il est impossible d'en faire l'application au devoir que la femme a d'habiter avec son mari (3). Aux termes de l'article 1149, les dommages-intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. Le mari est-il un créancier? Quelle est la perte qu'il fait? Quel est le gain dont il est privé? Ces questions, si naturelles quand il s'agit d'une dette d'argent, deviennent absurdes quand on les pose au sujet d'une obligation morale. De quoi s'agit-il, en définitive? De forcer la femme à rentrer au domicile conjugal. Supposons qu'elle le fasse; est-ce que sa présence matérielle dans la maison qu'habite son mari rétablira cette vie commune qui de deux êtres n'en fait qu'un? Quoi! la femme a déserté la maison conjugale parce qu'elle ne voulait plus de la vie commune, et elle y rentre, non pas parce qu'elle veut la rétablir, mais pour ne pas payer de dommages-intérêts! S'il reste au mari un sentiment d'honneur, ne devrait-il pas être honteux de devoir à l'intérêt ce qu'il demande en vain à l'affection? La vie commune n'est-elle pas une question d'affection? Et comment concilier l'affection avec des peines et des amendes?

(1) Arrêt du 1^{er} avril 1824 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 759 3°).

(2) Duranton, t. II, p. 412, n° 440. Demolombe, t. IV, p. 125, n° 106. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry, t. III, p. 320, note 4, § 471.

(3) Arrêt du 10 juillet 1833 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 761).

93. La jurisprudence et la doctrine sont allées plus loin; elles admettent que le mari peut être autorisé par le juge à requérir la force publique pour contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal. On invoque le principe élémentaire qui permet l'exécution forcée pour tout droit consacré par la loi. Le devoir de la femme de cohabiter avec son mari n'est pas seulement un devoir moral, c'est une obligation civile; il en naît un droit pour le mari; ce droit lui donne action contre la femme; donc sur la demande du mari, le juge doit ordonner à la femme de rentrer dans la maison conjugale. Que deviendrait l'autorité des lois, que deviendrait le respect dû aux sentences des tribunaux, si la femme pouvait braver et le législateur et le magistrat (1)? En lisant ces arrêts, on se rappelle les paroles de Napoléon au conseil d'Etat: « Vous ne savez pas ce que c'est que le mariage! » Sans doute, le devoir de cohabitation est une obligation civile, mais en résulte-t-il que cette obligation puisse être assurée par l'exécution forcée? Voyons la force à l'œuvre. Les gendarmes conduisent la femme dans la maison conjugale. Ils n'y garderont pas la femme à vue, sinon il y aurait atteinte à la liberté individuelle. Le mari ne pourra pas davantage mettre sa femme sous clef. Donc au moment même où, contrainte par la force, la femme met le pied dans le domicile du mari, elle en peut sortir. Faudra-t-il de nouveau recourir à la force? Les gendarmes seront-ils en permanence occupés à transporter au domicile conjugal la femme récalcitrante? Est-ce là rétablir la vie commune? Avouons-le; ici, les gendarmes sont impuissants. Il n'y a pas de force au monde qui puisse contraindre la femme à habiter avec son mari, si elle ne le veut pas (2).

Les auteurs sont divisés. Il y en a, et des meilleurs, qui

(1) Arrêts de Pau du 12 avril 1810 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 762, 1°); de la cour de cassation du 9 août 1826 (Daloz, *ibid.*, 762 2°); de Paris du 31 mars 1855 (Daloz, *Recueil périodique*, 1855, 2, 284); de Nîmes, 20 février et 10 juin 1862 (Daloz, *ibid.*, 1863, 2, 193); de Pau, 11 mars 1863 (Daloz, *ibid.*, 1863, 2, 192).

(2) Arrêts de Bourges du 15 juillet 1811 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 761); de Toulouse du 24 août 1818 (*ibid.*, n° 758 1°); de Colmar du 10 juillet 1833 (*ibid.*, n° 761). Les cours de Hollande se prononcent dans le même sens. Voyez deux arrêts rapportés par Daloz, 1852, 2, 105 et 106.

admettent l'emploi de la force. En vérité, l'argumentation de Zachariæ suivie par Marcadé suffirait pour faire rejeter une doctrine si mal défendue. Le mari, dit le jurisconsulte allemand, a un droit dont l'objet est la personne de la femme : là où je trouve ma chose, je la revendique (1)! Zachariæ oublie que si la femme est une chose, c'est du moins une chose mobilière, et on ne revendique pas les choses mobilières! Marcadé donne un autre tour à cet argument brutal. « Dans le mariage, c'est sa personne même que la femme m'a promise : pourquoi ne pourrais-je pas poursuivre par les voies légales la possession de cette personne (2)? » Pourquoi, ajouterons-nous, n'installerait-on pas les gendarmes dans la chambre nuptiale?... Nous n'achevons pas la question et pour cause!

L'opinion que nous soutenons est enseignée par Delvincourt, Duranton et Duvergier (3). Nous n'admettons pas toutes les raisons que l'on donne pour ou contre notre doctrine. En général, ceux qui repoussent la force invoquent la liberté individuelle; ils voient dans l'emploi de la force une espèce de contrainte par corps, et par conséquent une violation de l'article 2063, qui défend au juge de prononcer la contrainte par corps, hors les cas déterminés par la loi. A notre avis, il n'y a rien de commun entre l'emploi de la force, dans le but de contraindre une personne de faire ce qu'elle s'est obligée à faire, et la contrainte par corps (4). En principe, nous admettons que le débiteur peut être contraint à remplir son obligation, quand cela se peut, par l'emploi de la force. Il n'y a pas là la moindre atteinte à la liberté individuelle. La liberté serait violée si le débiteur était emprisonné; elle le serait à l'égard de la femme, si elle était enfermée dans le domicile conjugal; elle ne l'est pas si on la force seulement à y rentrer, car elle y est obligée : c'est elle-même qui, en ce sens, s'est privée de la liberté en se mariant. Si nous re-

(1) Zachariæ, édition de Vergé, t. I^{er}, p. 229, note 4.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. I^{er}, p. 547, article 214, n° II.

(3) Delvincourt, t. I^{er}, p. 79, note 4. Duranton, t. II, p. 412; n° 440. Duvergier sur Toullier, t. II, n° 666, note 1, p. 10.

(4) Cela est très-bien démontré dans un arrêt de la cour de Dijon du 25 juillet 1840 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 762 5°).

poussons la force, c'est qu'il ne s'agit pas seulement d'obliger la femme à réintégrer le domicile conjugal, il s'agit de la vie commune; or, ici la force est impuissante. L'obligation, quoique consacrée par la loi, reste un devoir moral, en ce sens que l'exécution forcée en est impossible.

94. Le mari est obligé de recevoir sa femme. S'il s'y refuse, quelle sera la sanction? Il est certain que la femme pourra demander une pension alimentaire. On enseigne aussi qu'elle pourra réclamer des dommages-intérêts. La jurisprudence décide également qu'elle pourra réclamer l'emploi de la force publique à l'effet de se faire ouvrir le domicile conjugal (1). Mais si le mari désertait le domicile conjugal, la femme pourrait-elle demander qu'il y rentrât? Elle le pourrait évidemment; et où serait la sanction? Les auteurs n'en veulent d'autre que des dommages-intérêts. Ce serait une atteinte flagrante à la puissance maritale, dit M. Demolombe (2). Quoi! ce serait violer la puissance maritale que de forcer le mari à remplir son devoir? Pourquoi ne pas appliquer au mari ce qu'on fait à l'égard de la femme? Y a-t-il un droit à part pour le mari? Une seule et même obligation, celle de cohabiter, aura une sanction, s'il s'agit de la femme; elle n'en aura pas, s'il s'agit du mari! Cela ne prouverait-il pas que la doctrine de la force n'est pas bien solide? A notre avis, il n'y a pas de sanction, sauf le droit pour chacun des époux de demander le divorce ou la séparation de corps.

SECTION II. De l'incapacité de la femme mariée.

§ I^{er}. Principes généraux.

95. La femme mariée est frappée d'incapacité juridique; elle est placée parmi les incapables par le code civil (art. 1124). Quel est le fondement de cette incapacité?

(1) Arrêt de Bruxelles du 7 décembre 1824 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 748, 3°).

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 131, n° 110.

Dans l'ancien droit, les auteurs étaient déjà divisés (1) sur ce point, et toute incertitude n'a point cessé sous l'empire de la législation nouvelle. Il y a une première raison assez banale, qu'il faut rejeter, bien qu'en fait elle ait sa part de vérité. On invoquait jadis la légèreté de la femme et son inexpérience pour justifier l'incapacité dont la loi la frappe. Il est certain que les femmes n'ont pas et ne peuvent pas avoir, au même degré que les hommes, l'expérience des affaires. Mais cette différence de capacité influe-t-elle sur le droit? Non, car la femme non mariée ou veuve est aussi capable que l'homme. Puisque ce n'est que la femme mariée qui est incapable, la raison de l'incapacité doit se trouver dans le mariage; en effet, c'est dès l'instant où le mariage se célèbre que l'incapacité commence, et elle cesse lorsque le mariage se dissout. Le mariage place la femme sous la puissance de son mari. Cette puissance doit exercer une influence sur la capacité juridique de la femme; devant obéir en toutes choses à son mari, il ne convient certes pas qu'elle fasse un acte quelconque sans avoir demandé son consentement. C'est la raison que Pothier donne. « La puissance, dit-il, que le mari a sur la personne de sa femme ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui (2). » On en concluait, dans l'ancien droit, que l'incapacité de la femme était absolue et entraînait une nullité absolue.

Est-ce encore là la théorie du code civil? Non. La dépendance de la femme joue certainement un rôle dans son incapacité, mais ce n'est plus le rôle dominant, comme dans l'ancien droit. Il y a une différence dans les textes qui est remarquable. Les coutumes disaient: « Femme mariée ne peut *aucunement* contracter. » Tandis que l'article 1124 dit que la femme est incapable de contracter *dans les cas exprimés par la loi*; c'est dire que l'incapacité n'est plus absolue, en ce sens qu'elle entraîne une nullité absolue. En effet, l'article suivant pose le principe de la nullité relative. Cela révèle un changement complet de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, section II, t. II, p. 170.

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 3.