

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.

système. Une nullité relative implique qu'elle n'est pas établie pour un motif d'intérêt général. On ne peut donc plus dire avec Coquille que l'incapacité de la femme mariée est fondée sur la décence publique; il faut dire qu'elle est établie pour sauvegarder les intérêts de ceux qui peuvent se prévaloir de la nullité. Le mari le peut, parce que son autorité a été méprisée. La femme le peut, mais pourquoi? On doit répondre parce qu'elle n'a pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer. Mais quels sont les intérêts que la loi a entendu sauvegarder? La femme mariée n'est plus dans la position où elle se trouvait étant fille; elle ne peut faire aucun acte juridique qui ne réagisse sur ses enfants, sur son mari; ainsi les actes qu'elle est dans le cas de faire intéressent toute la famille. Dès lors ne faut-il pas que le chef de la famille intervienne pour la garantie des intérêts communs? Le mariage est une société; chacun des associés a sa sphère d'action, sa mission: à la femme, les soins du ménage, l'éducation des enfants; au mari, la direction des affaires. En ce sens, son intervention est requise non-seulement parce qu'il a autorité sur sa femme, mais encore parce qu'il doit veiller sur les intérêts généraux de la famille (1).

Cette théorie repose sur les textes du code: nous avons cité les articles 1124 et 1125. Il y a encore d'autres dispositions qui ne peuvent pas s'expliquer par le principe de la puissance maritale. Dans l'ancien droit, le mari mineur pouvait autoriser sa femme; il ne le peut plus d'après le code (art. 224). C'est que dans l'ancien droit l'incapacité de la femme n'était fondée que sur la puissance du mari; or, le mineur a cette puissance aussi bien que le majeur, donc son autorisation devait être demandée. Dans le droit moderne, au contraire, c'est plutôt l'idée de protection qui domine, et à quoi servirait la protection d'un mari mineur qui lui-même a besoin d'être protégé?

Quand le mari est mineur, interdit, absent, la justice est appelée à autoriser la femme (art. 224, 222). Ici évidemment l'autorité maritale ne joue plus aucun rôle. Si

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 323, § 472.

donc l'incapacité de la femme mariée n'avait d'autre fondement que la puissance du mari, la femme devrait rentrer dans sa capacité naturelle. Si elle reste incapable, si elle a besoin de l'autorisation de justice, cela prouve qu'il y a encore d'autres intérêts en jeu, l'intérêt de la famille qui se confond avec celui de la femme.

96. Le principe que l'incapacité de la femme est fondée sur le mariage a des conséquences importantes. Il en résulte qu'elle est d'ordre public, puisque le mariage est d'ordre public. De là suit que les conventions matrimoniales ne peuvent pas donner à la femme la capacité qu'elle perd en se mariant. L'article 1388 le dit: « Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. » Voilà pourquoi les articles 215 et 217, qui établissent l'incapacité de la femme mariée, ajoutent que cette incapacité existe quand même la femme serait non commune ou séparée de biens. Toutefois la règle formulée par l'article 1388 n'est pas absolue; le contrat de mariage peut modifier l'incapacité de la femme. Cela arrive aussi souvent que la femme se réserve l'administration de tout ou de partie de ses biens; elle peut alors faire les actes relatifs à cette administration sans autorisation du mari ni de justice (art. 223, 1536 et 1576).

Du principe que l'incapacité de la femme est une conséquence du mariage, suit encore qu'elle subsiste pendant toute la durée du mariage. La femme, même séparée de corps, reste incapable, car la séparation de corps rompt seulement la vie commune; elle n'enlève au mari la puissance qu'il a sur sa femme qu'en ce qui concerne le devoir de cohabitation; à tous autres égards, l'autorité maritale subsiste, et par suite l'incapacité de la femme. Toutefois la séparation de corps a une influence considérable sur la capacité de la femme; elle emporte séparation de biens (art. 311); or, la femme séparée de biens a la libre administration de son patrimoine: l'incapacité est donc diminuée.

Le principe a bien d'autres conséquences; nous les exposerons successivement en entrant dans les détails de la matière.