

biens ne peut cautionner la dette d'un tiers, sous forme d'aval, alors qu'elle n'a aucun profit à tirer des valeurs ou marchandises à raison desquelles le tiers a contracté l'obligation (1).

Cependant il y a des arrêts en sens contraire. Il a été jugé que la femme séparée de corps avait pu cautionner son gendre failli pour une somme de 3,000 francs; le cautionnement, dans l'espèce, avait pour objet de faire obtenir la liberté du débiteur (2). De même la cour de Paris a validé le cautionnement d'une femme séparée de biens pour la dette d'une sœur, causée pour nourriture et logement. L'arrêt constate que la dette ne formait que le sixième des revenus de la femme séparée (3). C'est le seul motif que donne la cour. Il est clair que ces décisions ne sont pas des décisions de droit, ce sont des arrêts de faveur, en ce sens que les juges de fait sont entraînés, par la faveur de la cause, à juger contre la rigueur des principes. La science ne peut tenir aucun compte d'une jurisprudence pareille.

319. Il a été jugé que la femme séparée de biens ne peut pas contracter une société en commandite (4). Les engagements que contracte un associé dépassent de beaucoup la limite étroite de l'administration pour laquelle il est permis à la femme de s'obliger.

La cour de Paris a jugé que toute société de biens contractée entre mari et femme était radicalement nulle (5). Cela n'est-il pas trop absolu? Quand la femme contracte avec son mari, celui-ci l'autorise nécessairement. On n'est donc plus dans le cas de l'article 1449, qui suppose des actes faits par la femme séparée sans autorisation maritale. La question est donc de savoir si la femme peut contracter une société avec autorisation. L'affirmative n'est pas douteuse quand la femme s'associe avec un tiers; et si elle peut s'associer avec un tiers, pourquoi ne le pourrait-elle pas avec son mari? Aucune loi n'interdit aux

(1) Poitiers, 3 février 1858 (Daloz, 1859, 2, 72).

(2) Paris, 7 décembre 1824 (Daloz, au mot *Faillite*, n° 389).

(3) Paris, 23 août 1825 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1978).

(4) Paris, 19 janvier 1838 (Daloz, *ibid.*, n° 1989).

(5) Paris, 24 mars 1870 (Daloz, 1872, 2, 43).

époux de contracter ensemble. La cour de Paris dit que les époux ne peuvent s'associer que par voie de communauté légale ou conventionnelle. C'est confondre la communauté avec la société ordinaire, et la différence est grande : la première est une conséquence du mariage, et irrévocable comme toute convention matrimoniale; l'autre n'a qu'un objet particulier et une durée passagère. La société entre époux n'a rien de commun avec l'ordre public, les deux époux y ont des droits égaux, tandis que l'inégalité règne dans la société conjugale. On craint que, sous le nom d'une société ordinaire, les époux séparés ne rétablissent la communauté, sans observer les formes et les conditions que la loi prescrit. Nous répondons qu'en droit la communauté subsistera, et si les époux font fraude à leurs créanciers, il va sans dire que ceux-ci auront le droit d'agir en nullité.

320. Il s'est présenté une question plus étrange et qui révèle un des désordres de notre état social. Une femme séparée de biens joue à la Bourse; elle y engage toute sa fortune, près de 300,000 francs, et elle se ruine. Ces engagements sont-ils valables? Oui, a-t-on dit; car jouer à la Bourse, c'est vendre, ce n'est pas s'obliger, puisque la femme avait les deniers nécessaires pour payer les valeurs qu'elle achetait. Cela est très-spécieux, et si l'on s'attachait à la lettre de la loi, qui permet à la femme de disposer de son mobilier et de l'aliéner, il faudrait dire que la femme peut aussi vendre ses actions à la Bourse. Mais est-ce bien là ce que la loi a entendu autoriser? La femme qui joue à la Bourse spéculé, et elle se livre à la plus dangereuse des spéculations. Ce n'est pas là ce que la loi lui permet : elle peut aliéner, elle ne peut pas jouer. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens (1).

V. De l'incapacité de la femme séparée de biens.

1. QUELS ACTES LA FEMME NE PEUT PAS FAIRE.

321. La séparation de biens laisse subsister le mariage et toutes les obligations qui en naissent. Donc la femme

(1) Rejet, 30 décembre 1862 (Daloz, 1863, 1, 40).

reste sous puissance maritale; par suite elle ne peut, en principe, faire aucun acte juridique sans y être autorisée. Ce principe est d'ordre public, il est de l'essence du mariage; la loi le consacre comme une règle générale dans l'article 217. Voilà pourquoi cet article dit : « La femme, même non commune ou *séparée de biens* ne peut donner, aliéner, etc. » Toutefois la séparation de biens déroge en un certain sens à la puissance maritale en permettant à la femme séparée de faire sans autorisation les actes d'administration et d'aliéner son mobilier. C'est une exception qui confirme la règle et qui, par sa nature, est de la plus stricte interprétation, puisqu'il s'agit de la dérogation à une règle d'ordre public. Donc, en dehors des actes d'administration et des aliénations, la femme reste incapable.

322. « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait non commune ou séparée de biens » (art. 215). Aucune disposition du code ne déroge à cette incapacité absolue de plaider, soit en demandant, soit en défendant. Nous en avons dit la raison ailleurs. La femme peut administrer librement; mais si un procès s'élève au sujet d'un acte d'administration, elle doit être autorisée pour le soutenir. On a prétendu que la femme séparée de corps n'a plus besoin de cette autorisation, parce que, de fait, l'intervention du mari ne sera qu'une affaire de forme. Cela se peut, mais, en droit, il n'y a aucune différence entre la femme séparée de corps et la femme séparée de biens : l'une et l'autre sont sous puissance maritale, l'une et l'autre ont donc besoin d'être autorisées pour ester en jugement (1).

Le défaut d'autorisation entraîne une incapacité radicale; la femme peut opposer cette exception en tout état de cause, même devant la cour de cassation; cela est fondé en raison comme en droit, la femme n'est pas plus capable de plaider en cassation que de plaider en appel ou en première instance (2).

323. La femme séparée peut-elle compromettre? D'après le code de procédure, « toutes personnes peuvent compro-

(1) Cassation, 6 mars 1827 (Daloz, au mot *Appel civil*, n° 1094)

(2) Cassation, 13 novembre 1844 (Daloz, 1845, 1, 33).

mettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. » En faut-il conclure que la femme séparée de biens peut compromettre sur ses droits mobiliers et qu'elle ne le peut pas sur ses droits immobiliers? Non, car l'article 1004 ajoute que « l'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public; » or, l'article 83 déclare communicables les causes des femmes non autorisées de leur mari. Donc la femme ne peut compromettre sur ses droits mobiliers, car c'est précisément sur ces droits qu'elle peut traiter sans autorisation. Nous avons dit, au titre de la *Tutelle*, pourquoi la loi n'autorise pas le compromis sur les procès qui doivent être communiqués au ministère public.

324. Aux termes de l'article 1449, « la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans être autorisée en justice, à son refus. » Pourquoi la loi maintient-elle l'incapacité de la femme pour l'aliénation de ses immeubles, tandis qu'elle lui permet de disposer de son mobilier sans autorisation? Il n'y a pas de raison juridique de cette différence; en droit, la disposition du mobilier et la disposition des immeubles sont des actes identiques; il n'y aurait donc lieu de les distinguer, au point de vue de la capacité de la femme séparée, qu'à raison de la valeur qu'ont les meubles et les immeubles. Jadis la différence entre la richesse mobilière et la richesse immobilière était énorme; on connaît le vieil adage : *Vilis mobilia possessio*. Les choses sont bien changées. Nous venons de citer un cas où la fortune de la femme, de 300,000 francs, était exclusivement mobilière; elle aurait pu disposer de tous ses droits par aliénation, tandis qu'elle n'aurait pu aliéner sans autorisation la moindre pièce de terre. Il y a désharmonie entre la législation et notre état social. Nous la signalons au législateur.

L'article 1449 dit que la femme ne peut *aliéner* ses immeubles sans y être autorisée. Ce principe reçoit son application non-seulement à l'aliénation totale, mais aussi à l'aliénation partielle, c'est-à-dire à la constitution de droits réels; la femme ne peut donc hypothéquer, ni grever ses biens de servitudes, ou d'un droit d'emphytéose ou de

superficie. Le code le dit pour les hypothèques (art. 2124 et loi hyp., art. 73) : « Les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. » Il en est de même de tout démembrement de la propriété. Il suit encore du principe établi par l'article 1449 que la femme ne peut pas transiger sur ses droits immobiliers : c'est l'application de l'article 2045.

2. RESPONSABILITÉ DU MARI.

325. La femme aliène un immeuble avec autorisation du mari ou de justice. On demande si le mari sera responsable du défaut d'emploi ou de remploi? L'emploi consiste à placer les deniers provenant de la vente; le remploi se fait en achetant un autre immeuble. En principe, il faut décider que le mari n'est pas garant du défaut d'emploi ou de remploi. La raison en est très-simple et elle est décisive. Faire emploi de ses revenus ou d'un capital, c'est administrer; et c'est également administrer que d'acheter un immeuble avec les deniers provenant de la vente d'un immeuble. Or, après la séparation de biens, c'est la femme qui administre son patrimoine, c'est donc à elle de placer ses capitaux; le mari n'a pas même le droit d'intervenir, puisque la femme administre librement, c'est-à-dire qu'elle est affranchie de la puissance maritale pour tous les actes d'administration qu'elle fait. Il serait absurde de rendre le mari responsable d'une gestion à laquelle il est étranger.

Toutefois il y a des cas dans lesquels le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi. L'article 1450 les énumère, mais il y a de vives controverses sur l'interprétation de cette disposition. D'après le texte, il faut distinguer si la femme est autorisée de justice ou du mari.

326. « Le mari n'est point garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble que la femme séparée a aliéné sous l'autorisation de la justice » (art. 1450). C'est l'application de notre principe. Le mari qui refuse son autorisation déclare par cela même qu'il veut rester étranger à ce que la femme fait. De droit, il n'intervient

pas dans la vente, pas même pour couvrir l'incapacité de la femme; c'est la femme seule qui vend, c'est à elle de faire emploi du prix. Si la femme est libre, c'est à ses risques et périls : la liberté a pour conséquence nécessaire la responsabilité.

Après avoir posé la règle, l'article 1450 ajoute trois exceptions. Le mari est responsable du défaut d'emploi ou de remploi, d'abord quand il a *concouru au contrat*. Concourir au contrat, c'est être partie à l'acte. C'est en ce sens que l'article 217 dit que le mari autorise tacitement la femme à faire l'acte auquel il *concourt*. Dans le cas prévu par l'article 1450, le mari ne concourt pas dans l'acte pour autoriser sa femme à le passer, car la loi suppose que la femme est autorisée de justice; s'il y intervient, c'est qu'il entend s'immiscer dans la gestion. La femme aurait le droit de rejeter ce concours, car elle est libre, et le mari n'a pas à se mêler de son administration. Mais on comprend que la femme, toujours sous puissance, ne se mette pas en opposition avec son mari et qu'elle le laisse faire. Quelle va être la conséquence de cette immixtion du mari? Il intervient dans l'administration de la femme, donc il doit être responsable. Faut-il ajouter que la loi présume que le mari concourt à la vente pour toucher le prix et l'employer à son avantage? Il se peut que cela soit; mais la loi ne le dit pas, elle n'établit aucune présomption, et elle n'avait pas besoin de créer une présomption inutile; il suffit que le mari intervienne dans l'administration pour qu'il soit tenu de veiller aux intérêts de la femme; s'il ne le fait pas, il doit être responsable.

D'après l'article 1450, le mari est encore garant du défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble « lorsqu'il est prouvé que les deniers ont été reçus par lui. » Le mari séparé n'a pas le droit de recevoir le prix; c'est la femme qui reçoit ce qui lui est dû, car c'est là un acte d'administration, et la femme administre librement. En touchant le prix, le mari empiète sur le pouvoir de la femme, il administre illégalement; dès lors il doit répondre de son immixtion. Quand il administre légalement, il est responsable; à plus forte raison doit-il l'être quand il