

elle-même sans se copier), quelques anciennes coutumes, dis-je, considérèrent l'obligation du fidéjusseur comme personnelle et non transmissible; et voici ce que Beaumanoir nous a conservé de ce point du vieux droit coutumier : « Qui pleige, s'il » est semons de sa plegerie, si que commandement » l'en soit fait avant qu'il meure, il convient que » ses hoirs respondent de la plegerie.... Mais s'il » meurt avant qu'il en soit trait en cour, et que » commandement l'en soit fait, les hoirs ne sont » de rien tenus à respondre de la plegerie de leur » père, etc., etc. (1). »

Mais la jurisprudence des parlements suivit des idées plus conformes aux derniers errements du droit romain, aux besoins du crédit, à la nature des conventions. Soefve rapporte un arrêt du 13 avril 1654 qui décide que le cautionnement subsiste même après la mort de celui qui l'a fait (2). Bouchel (3) et Brillon (4) citent aussi un arrêt du 31 juillet 1570 rendu dans le même sens.

Ainsi la marche de ce point de droit a été la même en France que chez les Romains. L'enfance et les progrès de la jurisprudence ont produit chez nous, comme chez eux, les mêmes phénomènes et les mêmes fruits!!!

172. Ces précédents expliquent pourquoi notre article a cru nécessaire d'exprimer une vérité de

(1) T. 43, art. 4.

(2) T. 1, cent., 5, ch. 63, lettre C, n° 12.

(3) V° Caution.

(4) V° Caution, n° 58.

droit commun qui fait la règle de tous les contrats. Les antécédents de notre ancienne jurisprudence plaçaient le Code dans la position où Justinien se trouvait à l'égard de la *sponsio* et de la *fidepromissio*. Il a dû, par conséquent, imiter la précaution de Justinien en déclarant transmissible l'obligation fidéjussoire. Ce n'est pas ici copier servilement une disposition superflue, comme l'ont cru quelques auteurs (1). C'est, au contraire, prendre, sous l'empire des mêmes difficultés, une précaution prudente pour lever les scrupules.

173. En passant sur la tête des héritiers, l'obligation de la caution se divise de plein droit. Chaque héritier n'en est tenu que pour sa part et portion (2). C'est assez d'avoir rendu cette obligation transmissible; le Code n'a pas voulu déroger à la règle des autres contrats en la faisant peser solidairement et indivisément sur la tête de chaque héritier.

174. Et comme les peines ne se transmettent pas et que la contrainte par corps a un caractère pénal, les héritiers de la caution ne succèdent pas à cette dure obligation lorsque leur auteur en était tenu.

ARTICLE 2018.

Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de

(1) M. Duranton, t. 48, n° 322.

M. Ponsot l'a très bien repris, n° 126, 127.

(2) Cassat., 5 avril 1809

(Deville., 3, 1, 42).

contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée.

SOMMAIRE.

175. Transition. De l'obligation de donner caution et de ce qu'elle comprend.
176. De la capacité de la femme pour cautionner ; du sénatusconsulte Velléien. Raisons sur lesquelles on le fonde quelquefois.
177. Faiblesse de ces raisons. Si une femme est déclarée capable des actes les plus importants de la vie civile, pourquoi pas d'un cautionnement ?
178. Le véritable motif du Velléien est que, dans les idées romaines, les femmes sont incapables de tout office civil ou public, et par conséquent d'un office qui expose leur patrimoine.
C'est une pensée politique.
179. Preuves textuelles à cet égard.
180. Suite.
181. Législation de Justinien sur le cautionnement des femmes. Il ne comprend pas bien le sens de l'ancienne prohibition.
182. Le Velléien passa dans l'ancien droit français.
Mais au xvi^e siècle on commença à admettre les femmes à renoncer au bénéfice du sénatusconsulte Velléien.
Chute du Velléien.
Il se maintient en Normandie.
183. Suite.
184. Abolition du Velléien par le Code civil.
185. Il a rendu aux femmes nées ou mariées sous l'empire du Velléien la liberté dont jouissent les autres femmes.
186. Sagesse du Code civil.
187. La jurisprudence des arrêts a cependant subrepticement maintenu quelques abus du sénatusconsulte Velléien.

Ainsi, il a été décidé qu'une femme mariée sous le régime dotal, qui s'est réservé la faculté d'aliéner ses immeubles, ne peut les hypothéquer.

188. Il n'y a de personnes incapables de cautionner que celles qui sont incapables de contracter.
Des personnes offertes pour caution et dont le caractère est notoirement processif et tracassier.
189. De la solvabilité pécuniaire de la somme offerte pour caution.
190. De son domicile.
191. Suite. Question à ce sujet.
192. Première question.
193. Seconde question. La caution doit-elle être reçue au domicile du débiteur ou au domicile du créancier ?
194. Ne doit-elle pas être reçue au lieu où le contrat a été passé ?
195. *Quid* lorsque c'est la loi et non la convention qui oblige le débiteur à donner caution ? Ne faut-il pas avoir dans ce cas plus d'indulgence ?
196. Du domicile de la caution du légataire d'un usufruit.
197. Du domicile de la caution à donner par celui qui accepte une succession sous bénéfice d'inventaire.
198. Où doit être présentée la caution *judicatum solvi* ?
199. Le domicile de la caution peut être un domicile d'élection aussi bien qu'un domicile réel.
200. Du cas où la caution quitte ou change son domicile.
201. Le créancier qui a reçu la caution sans discuter ses qualités ne peut plus être reçu à la critiquer plus tard.
202. Celui qui s'est engagé à donner caution peut-il donner en place d'autres sûretés ?

COMMENTAIRE.

175. Les art. 2018, 2019 et 2020 traitent moins du contrat de cautionnement, c'est-à-dire de ce contrat unilatéral qui se passe entre le créancier et le fidéjusseur, que du contrat sans nom par le-

quel un débiteur s'oblige envers son créancier à lui fournir une caution.

Mais comme l'exécution de cette obligation donne lieu de rechercher si le fidéjusseur présenté est capable, on comprend l'à-propos des articles précités dans le titre qui nous occupe.

Cette obligation de fournir caution n'est pas toujours facile à remplir (1). Les qualités que la loi exige d'une caution pour qu'elle soit idoine sont nombreuses. Nous allons les parcourir.

176. Quand on remonte aux antiquités du droit romain et du droit français, on trouve une incapacité célèbre en matière de cautionnement : c'est celle de la femme mariée ou non mariée (2).

Sous la rude législation de la république romaine, la liberté des femmes avait éprouvé des atteintes graves. Filles ou épouses, elles avaient trouvé dans leur agnation ou dans le mariage des chaînes insupportables. La nature s'était révoltée; elle avait eu pour auxiliaire la licence, qui suit l'oppression, quand elle ne la précède pas. On chercha des remèdes aux excès de cette liberté déréglée à laquelle les femmes n'avaient pas été préparées par leur éducation; on ne trouva que des moyens incohérents et incomplets. Quoique la femme pût s'obliger principalement pour elle-

(1) Novel. 88, *in fine*.

Cujas, 22, *observ.* 30.

Hering., c. 8, 40, 5.

(2) Hering., c. 7, n° 389.

même (1), donner, payer même actuellement les dettes d'un autre (2), on voulut qu'elle ne pût pas s'obliger pour autrui, cautionner un tiers, ou donner une hypothèque pour une dette qui ne serait pas la sienne (3). C'est ce que décida le sénatusconsulte Velleïen.

Pour expliquer cette bizarrerie on a dit : La femme est avare; elle ne se dépouille pas facilement. On peut se confier à elle contre le danger des libéralités qui entraînent un dessaisissement actuel; mais elle est imprévoyante (4), et quand un engagement se présente à elle conditionnel, incertain et éloigné, elle est prodigue de promesses dont elle ne calcule pas la gravité : *Faciliùs se obligat mulier quàm alicui donat* (5). Il était donc nécessaire de la prémunir de ce côté par une protection spéciale.

(1) *Principaliter* (Anton.), l. 2, C., *Ad senatusc. Velleïan.*

(2) Ulp., l. 4, § 1, D., *Ad senatusc. Velleïan.*

Caius, l. 5.

Id., l. 1, § 2 (Anton.), C., *Ad senatusc. Velleïan.*

Id., l. 4 (Alex.), C., *Ad senatusc. Velleïan.*

(3) L. 1 et 2, D., *Ad senatusc. Velleïan.*

(4) *Propter sexûs imbecillitatem*, Ulp., l. 2, § 1, D., *Ad senatusc. Vell.*; *Infirmetas seminarum*, Ulp., l. 2, § 3, D., *loc. cit.* Les interprètes renchérisant là-dessus ont ajouté : La femme est de mauvaise foi (Hering., *loc. cit.*), et ils citent ce vers de Plaute :

Muliebri fecisti fide

(*Miles gloriosus*, act. 2, sc. 5, p. 84, éd. Panck.). Mais cette citation est tout à la fois injurieuse et maladroite; elle ne se coordonne pas avec l'ordre d'idées du Velleïen.

(5) Ulp., l. 4, *Ad senatusc. Velleïan.*

177. Cette raison a une apparence de profondeur qui séduit; mais, en réalité, n'est-elle pas plus ingénieuse que solide? Sauve-t-elle la singularité d'un système qui permet à une femme de se ruiner en prodigalités frivoles, et lui défend de venir au secours de son propre fils par un cautionnement opportun (1)? Une femme sera présumée capable de traiter les affaires les plus difficiles du gouvernement de son patrimoine, et elle ne comprendra pas la portée d'un cautionnement? La loi verra en elle assez de discernement pour résister aux folles dépenses qu'entraîne l'amour de la toilette et du luxe, cette séduction de tous les instants, et elle manquera de la prudence nécessaire pour refuser un cautionnement, acte qui ne flatte aucune passion, qui n'expose pas à des tentations fréquentes, et ne manque jamais, du reste, d'inquiéter les intérêts les moins clairvoyants! Est-ce donc, d'ailleurs, que la fortune des femmes avait été compromise à Rome par des fidéjussions immodérées ou innombrables? Y avait-il un art pour extorquer des cautionnements aux femmes, pareil à l'art des hérédipètes pour subtiliser des testaments aux célibataires?

178. Aussi, il n'est pas juste de croire que cette raison tirée du caractère de la femme fût l'explication vraie et radicale du sénatusconsulte Velléien. Ulpien, qui la donne, ne fait que l'énoncer en passant. Mais quand il veut rechercher à fond l'es-

(1) Ulp., l. 2, § 5, D., *Ad senatusc. Vell.*

prit du sénatusconsulte, il développe un autre ordre d'idées. La femme est incapable de tout office civil ou public. Lorsque la constitution politique la tient éloignée de ces simples offices qui ne consistent que dans des services, des faits et un nu ministère (*nudum ministerium*), combien à plus forte raison de ceux qui mettent en péril son patrimoine et sa fortune (1)? Ici, je reconnais le vrai caractère du droit romain, et Ulpien a retrouvé la couleur locale, qu'effaçait tout à l'heure sa métaphysique.

179. D'ailleurs, à quoi bon discuter? Ulpien nous a conservé le texte du jurisconsulte.

« *Quòd Marcus Silanius et Vellejus Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis recæ fierent, quid de eâ re fieri oportet, de eâ re ita consuluerunt. Quòd ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi antè videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur; CUM EAS VIRILIBUS OFFICIIS FUNGI, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum rectè atque ordine facturos, ad quos de eâ re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in eâ re senatûs voluntas servetur (2).*

On le voit donc : le sénatusconsulte prend soin de dévoiler sa pensée; cette pensée est toute politique; et le sénat a plutôt sous les yeux la vieille

(1) *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis... ita multò magis adimendum fuit eis id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris. L. 1, D., Ad senatusc. Vell.*

(2) Ulp., l. 2, D., *Ad senatusc. Vell.*

constitution républicaine qu'une philosophie quintessenciée du caractère féminin. La femme ne doit pas remplir des offices civils; de même qu'elle ne peut rendre des jugements, exercer une magistrature, postuler, défendre, de même elle ne peut intervenir pour autrui (1). La femme ne doit pas sortir du foyer domestique; elle ne doit pas se mêler dans les affaires des autres et donner un patronage, une caution, des garanties qui la mettent en scène, la tirent de son isolement et lui créent une importance que la faiblesse de son sexe lui refuse. Voilà le véritable sens du sénatusconsulte Velléien; il fut rendu sous le règne de Claude (2), à une époque où l'on cherchait à reprendre par les lois une partie de ce que les mœurs avaient enlevé à l'antique dépendance des femmes (3). On aperçoit, du reste, qu'il ne fit que fortifier une jurisprudence plus ancienne, à laquelle le sénatusconsulte cherche à se rattacher. Parmi les monuments de cette jurisprudence nous connaissons la loi Julia qui défendait à la femme de consentir à l'hypothèque de son fonds dotal, quoiqu'elle pût donner à son mari le consentement de l'aliéner (4). Nous connaissons aussi, par le témoignage d'Ulpien, deux édits

(1) Junge Ulp., l. 2, D., *De regulis juris*.

(2) Dion Cass., ix, 27.

(3) V. dans mon mémoire de l'*Infl. du christianisme*, p. 290 (note), les tentatives faites sous Claude pour ranimer les antiques sévérités de la loi contre les femmes. (Tacite, lib. 2, n° 85, et lib. 12, n° 53.)

(4) Just., *Instit.* (*Quibus alienare perm.*).

d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes de cautionner leurs maris: *ne feminae pro viris suis intercederent* (1). Une femme qui cautionne son mari et le prend sous sa sauvegarde, c'était à Rome un énorme contre-sens; c'était le renversement de cette puissance du mari sur l'épouse que la vieille constitution aristocratique avait fondée par l'organisation de la *manus*.

180. Plus tard, lorsque les mœurs eurent affermi l'émancipation des femmes, le côté politique de la prohibition s'effaça des esprits et on chercha à y substituer des raisons de philosophie et de morale. On imagina de mettre sur le compte de l'incapacité de la femme, sur la légèreté qui l'empêche de comprendre les conséquences d'un cautionnement, une défense que le législateur avait fondée sur l'inaptitude de la femme à intervenir dans les offices civils. On donna la tournure d'une protection bienveillante à une prohibition jalouse, tirée de l'inégalité du sexe féminin par rapport au sexe viril.

181. C'est sous cette couleur d'une faveur et d'un privilège que le sénatusconsulte Velléien se montra à Justinien, toujours dédaigneux de l'esprit des vieilles institutions. Ami des femmes, l'empereur grec présuma assez de leur intelligence pour croire qu'une femme qui confirmait au bout de deux ans son cautionnement ou son hypothèque avait su ce qu'elle faisait. Il autorisa donc, dans le cas de pareille ratification, l'intercession des fem-

(1) L. 2, D., *Ad senatusc. Vell.*

mes (1). Il n'y eut d'exception que pour ce qui concerne les engagements du mari. La femme ne put jamais ni les cautionner ni les corroborer par l'hypothèque de ses biens ; toute ratification ultérieure de pareils actes fut déclarée de nul effet, à moins que l'obligation principale cautionnée par la femme ne tournât à son profit (2).

182. Le sénatusconsulte Velléien se maintint en Occident après la conquête. Le droit français primitif l'accepta (3) ; car les époques barbares sont toujours disposées à placer les femmes dans un état d'infériorité et à restreindre le cercle de leur capacité. Mais, au xv^e siècle, par suite de l'idée que le Velléien était une faveur personnelle, on admit les femmes à renoncer à un bénéfice qui leur était propre. Coquille place la naissance de cet usage à une quarantaine d'années avant l'époque à laquelle il écrivait. Dans le principe, ces renonciations devaient être faites avec solennité ; il fallait que la femme fût avertie spécialement de l'effet du sénatusconsulte et que cet avertissement fût rapporté en termes exprès par le notaire ; sans quoi la renonciation était considérée comme inutile (4). Mais peu à peu ces renon-

(1) L. 22, C., *Ad senatusc. Velleian.*

(2) Auth. *Si qua mulier*. L. 22, C., *Ad senatusc. Velleian.* Novel. 134, C., 8.

(3) Coquille, *Instit. au droit français*, t. *Des contrats*. Bretagne, art. 218.

(4) Coquille, sur Nivernais, t. 29, art. 10. Marsil., n^o 38, 39. *Infrà*, n^o 239.

ciations devinrent des clauses de style qui chargeaient les actes d'un verbiage interminable et de formules inintelligibles, n'ayant qu'une existence superficielle *et de parade* (1). La conséquence aurait dû être qu'on n'en tint aucun compte. Henri IV fit mieux : il en prit occasion pour abolir le sénatusconsulte Velléien, embarras dans les affaires, entrave pour le crédit, source de chicanes et de procès (2). On trouve ici le génie de Sully et cette haute intelligence qui, pour favoriser le commerce lyonnais, abolit dans les provinces de Lyonnais, Beaujolais et Forez, l'inaliénabilité de la dot (3). Le Velléien survécut cependant dans quelques provinces récalcitrantes, et particulièrement en Normandie (4), où l'édit d'Henri IV ne fut pas enregistré.

183. De cette différence entre deux ressorts aussi rapprochés que le parlement de Normandie et le parlement de Paris, naissaient de graves questions de statut. La femme normande qui cautionne à Paris s'oblige-t-elle (5) ? *Quid juris* si, sans s'obliger personnellement, elle hypothèque ses biens, situés en Normandie, pour la dette d'autrui ? Une Parisienne qui a des biens situés en

(1) Coq., *loc. cit.* Cette renonciation était connue sous le nom de renonciation à l'authentique *Si qua mulier*.

(2) Édit de 1606 (Néron., t. 1, p. 722).

(3) Henrys.

(4) Pothier, *Oblig.*, n^o 389.

(5) Pothier, n^o 389.

Normandie peut-elle les hypothéquer pour des dettes qui ne sont pas les siennes (1)?

184. Le Code civil a effacé ces diversités; il a tari la source de ces procès entre enfants de la même patrie. De pareilles questions ne peuvent surgir désormais que dans le cas où l'hypothèque ou le cautionnement d'une femme mettrait en jeu la loi nationale d'un pays étranger encore attaché au Velléien. En France, le sénatusconsulte Velléien est définitivement et justement aboli. Le titre du cautionnement n'a adopté dans aucune de ses dispositions la prohibition de cautionner faite aux femmes par le célèbre sénatusconsulte; l'art. 1123 du C. c. confère, au contraire, à toute personne le droit de s'obliger et de cautionner.

185. Et cette abolition est tellement radicale, qu'elle a rendu aux femmes françaises nées ou mariées sous l'empire du sénatusconsulte Velléien la même liberté qu'à tous les autres nationaux. De telle sorte que, par le seul effet de la publication du C. c., ces femmes ont pu valablement contracter des cautionnements (2), les premières avec une pleine liberté, les secondes avec les conditions né-

(1) *Id.*

(2) Cassat., 27 août 1810;

5 mars 1811;

17 avril 1813.

Caen, 3 août 1826.

Merlin, Répert., v° *Senatusc. Vell.*, § 3, n° 2.

Effet rétroact., sect. 3, § 3, art. 1.

Q. de droit. V. *Velléien*.

cessaires pour qu'une femme mariée puisse s'obliger.

186. En cela le C. c. a agi avec sagesse et maturité; il répugne qu'une femme majeure ait moins de liberté que les autres majeurs; il n'est pas raisonnable de faire du cautionnement un acte à part, plus difficile à comprendre et d'un plus dangereux usage que tant d'autres par lesquels une femme pourrait consommer sa ruine, si la prudence que l'âge fait supposer en elle aussi bien que dans l'homme majeur ne la dirigeait pas.

187. Mais telle est l'influence des précédents, telle est la ténacité des vieilles institutions, que quelques débris de l'incapacité velléienne se sont subrepticement maintenus dans la jurisprudence des arrêts. Le C. c., malgré sa volonté bien claire et bien constatée, a vu, sous son empire, des préjugés assez puissants pour faire survivre à la raisonnable émancipation de la femme et du crédit certaines idées de prohibition incompatibles avec nos mœurs libérales et avec la sage facilité de nos lois.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé (et elle l'a décidé en audience solennelle!) qu'une femme dotée, qui s'est réservé par son contrat de mariage la faculté d'aliéner ses immeubles, n'est pas censée avoir stipulé virtuellement le droit de les hypothéquer (1). Sait-on ce que veut dire cet arrêt? c'est que le sénatusconsulte Velléien vit

(1) 29 mai 1839 (Dal., 39, 1, 219)

(Devill., 39, 1, 449).