

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL — FACULTÉ DE DROIT

---

**LE DROIT D'ESTER EN JUSTICE  
DE LA FEMME MARIÉE**  
— L'ARTICLE 168 CCS —

---

THÈSE

présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel  
pour l'obtention du grade de Docteur en droit

par

**YVES DE ROUGEMONT**

licencié en droit  
avocat

---

IMPRIMERIE A. & W. SEILER — NEUCHÂTEL

1956

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise l'impression de la thèse présentée par M. Yves de ROUGEMONT, intitulée *Le droit d'ester en justice de la femme mariée — l'art. 168 CCS* — en laissant à l'auteur la responsabilité des opinions exprimées.

Neuchâtel, le 1<sup>er</sup> février 1956.

*Le doyen de la Faculté de droit*

Maurice ERARD.

**LE DROIT D'ESTER EN JUSTICE  
DE LA FEMME MARIÉE**

— L'ARTICLE 168 CCS —

*A la mémoire du regretté professeur  
Charles KNAPP et en remerciement  
de ses précieux conseils, ce très impar-  
fait hommage à sa science juridique,  
qui était grande, et à sa bienveillance,  
qui l'était plus encore.*

MM. François CLERC, professeur, et  
Jacques-Michel GROSSEN, chargé de cours,  
voudront bien trouver également ici l'expres-  
sion des remerciements de l'auteur pour l'aide  
qu'ils lui ont apportée.

**1 Plan:** On compte en Suisse un million de ménages environ, dont un peu plus du 90 % vivent sous le régime légal de *l'union des biens*<sup>1</sup>.

La présente étude porte donc d'abord sur ce régime qu'on peut considérer comme la norme (voir N° 2 à 131). Ses conclusions<sup>2</sup> ne valent pas nécessairement à l'égard des *autres régimes matrimoniaux*. Ces derniers, cas particuliers, sont étudiés à part (voir N° 132 ss.).

Semblablement, sous tous les régimes, certains procès, certaines personnes, etc..., échappent plus ou moins aux règles générales. Ces *cas particuliers* sont étudiés aux N° 73 ss.

---

<sup>1</sup> Chiffres approximatifs, les ménages dont le premier domicile conjugal était étranger ne faisant l'objet d'aucune statistique. Cf. annuaire statistique de la Suisse, 1954, p. 528, 18 et 31.

<sup>2</sup> Les conclusions importantes sont en caractères gras.

## PREMIÈRE PARTIE

### La règle de l'article 168<sub>2</sub> CC

#### CHAPITRE PREMIER

#### Les travaux préparatoires

**2** L'avant-projet (1900) du Département fédéral de la justice et de la police comporte un article 191 ainsi rédigé :

« La femme est, quel que soit le régime matrimonial, capable » d'ester en justice.

» Dans les contestations relatives aux apports de la femme, » le mari seul a qualité pour agir comme demandeur ou défendeur. »

(« Im Rechtstreite um das eingebrachte Gut, ist der Ehemann sowol als Kläger wie als Beklagter Prozesspartei »).

**3** Le projet du Conseil fédéral (1904), dans son article 176<sub>2</sub>, reprend le texte français ci-dessus. Le texte allemand devient :

« Im Rechtstreite um das eingebrachte Gut, ist jedoch der » Ehemann sowohl Kläger als Beklagter »<sup>1</sup>.

Sur proposition de M. Gobat, le Conseil national (1905) adopte tacitement l'adjonction suivante : demandeur ou défendeur « contre des tiers »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Bull. stén. CN 1905, p. 652.

<sup>2</sup> Bull. stén. CN 1905, p. 652, 654, 668.

Il adopte de même une modification du texte allemand qui, ainsi remanié, devient l'équivalent mot à mot du texte français :

« Im Rechtsstreite mit Dritten um das eingebrachte Gut hat » jedoch der Ehemann allein die Fähigkeit als Kläger oder Beklagter aufzutreten »<sup>2</sup>.

4 Le texte définitif (1907) de l'article 168, diffère sensiblement des textes précédents :

« Toutefois, le mari a seul qualité pour la représenter dans » ses contestations avec des tiers relativement à ses apports. »

« Im Rechtsstreite mit Dritten um das eingebrachte Gut, hat » jedoch der Ehemann die Ehefrau zu vertreten ».

La modification du texte légal est due à la commission de rédaction<sup>1</sup>. Celle-ci a outrepassé son mandat : faire d'une partie au procès un simple représentant n'est évidemment pas une correction rédactionnelle. Il s'agit d'une modification de fond et non seulement de forme. Preuve en soit que le TF a pu interpréter le nouveau texte dans un sens diamétralement opposé à celui des projets<sup>2</sup>.

M. ROGUIN n'est peut-être pas étranger à cette modification qu'il a pu inspirer en écrivant (en 1905) que la solution du mari demandeur ou défendeur « paraît absolument irrationnelle et dan- » gereuse... Nous nous demandons si la plume du rédacteur du » projet n'a pas trahi sa pensée... Il semble exorbitant de conférer » au mari un droit individuel illimité »<sup>3</sup>. M. ROGUIN propose de faire du mari le « représentant légal » de la femme. C'est précisément ce qu'a fait la commission de rédaction.

---

4

<sup>1</sup> Held p. 356, Rüttener p. 67, Seifert p. 19, Findeisen p. 23 sq.

<sup>2</sup> ATF 51 II 272 = JT 1926, p. 44; cf. N° 6.

<sup>3</sup> Régime, p. 187.

## CHAPITRE II

### Qui est partie au procès d'apports ?

5 La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur un point : C'est le mari qui dirige les procès relatifs aux apports.

En revanche, l'application de cette règle a donné lieu à controverse : *Le mari agit-il en justice en son propre nom, en qualité de partie ? Est-il le représentant légal de la femme, elle-même partie ? Ou encore, les deux époux peuvent-ils être parties au procès, le mari y étant à la fois représentant de la femme et personnellement partie ?*

Le TF et la majorité des auteurs ont longtemps soutenu que le mari était partie. Actuellement, il est admis qu'en règle générale la femme est partie au procès ; le mari l'y représente légalement. La troisième théorie, selon laquelle les deux époux sont parties, ne fut jamais défendue que par une minorité.

6 On peut établir un catalogue de la jurisprudence, en classant en 3 groupes ceux des arrêts consultés qui concernent des femmes mariées sous le régime de l'union des biens :

#### 1. *Le mari seul est partie*

1913	ZBJV	49	p. 626 c. 2	(Cour d'appel BE) <sup>1</sup>
1913	ATF	39 II	p. 87	= JT 1914 p. 74
1915	ZBJV	51	p. 38 N° 8	(Cour d'appel BE)
1915	ZBJV	51	p. 269 N° 12	( » » » )
1916	ZBJV	52	p. 21 N° 1	( » » » )
1919	ATF	45 II	p. 112 c. 1	= JT 1920 p. 421

<sup>1</sup> Deux arrêts contradictoires rendus à quelques mois de distance par la deuxième Chambre de la Cour bernoise ! (cf. p. suivante).

- 1922 SJZ 20 p. 100 N° 72 (Obergericht TG)  
= Bericht TG 1922 N° 1  
1931 BIZR 30 N° 40 (Obergericht ZH)<sup>2</sup>

2. *La femme est partie, le mari représentant*

- 1913 ZBJV 49 p. 508 N° 19 (Cour d'appel BE)<sup>1</sup>  
1916 ZBJV 52 p. 119 N° 7 ( » » » )  
1921 SJZ 19 p. 201 N° 159 (Obergericht SG)  
= Bericht SG 1921 N° 5  
1925 ATF 51 II p. 272 = JT 1926 p. 44  
1939 ZBJV 75 p. 535 c. 3 (Cour d'appel BE)  
1947 ZBJV 83 p. 40 c. 3 ( » » » )  
1950 ZBJV 86 p. 405 c. II ( » » » )

3. *Les deux époux sont ou peuvent être parties*

- 1933 SJZ 30 p. 297 N° 219 (Bezirksgericht ZH)<sup>3</sup>  
1939 Bericht ZG  
1939/40 p. 27 (Obergericht ZG)<sup>4</sup>

La doctrine se répartit également en trois groupes :

1. Le mari seul est partie : *Huber*, Motifs p. 135 (texte all. I, p. 158), *Schweizer* p. 29, *Schulz* p. 112, *Rossel et Mentha*, I<sup>re</sup> édition, p. 241, *Held* p. 355, N° 4.

2. La femme est partie, le mari représentant : *Giesker-Zeller* p. 579, *Göschke* p. 479, *Rossel et Mentha*, II<sup>e</sup> éd., p. 294, *Bartholmès* p. 144, *Vollenweider* p. 13-15, *Gmür* 168 N 13, *Leuch* 35 N 1, *Seifert* p. 25 N° III, *Findeisen* p. 53, *Egger*, II<sup>e</sup> éd. 168 N 4, *Sträuli* 30 ZPO N 4 et *Lemp* 168 N 1 ss, N 10.

3. Les deux époux sont ou peuvent être parties : *Wieland* p. 390-392, *Egger*, I<sup>re</sup> éd., 168 N 2 c, *Lotz* p. 429. M. *Gmür*, au cas où

<sup>2</sup> Cet arrêt traite d'un cas particulier, non du cas général de 168 s CC (voir note 5 ci-après).

<sup>3</sup> Cet arrêt se fonde sur les ATF 39 II 87 et 45 II 112. Il passe sous silence l'ATF 51 II 272.

<sup>4</sup> Il s'agit ici du cas particulier des dettes générales de la femme. Cf. N°s 113 et ss.

L'opinion qu'il exprime ad 168 N 13 ne prévaudrait pas, propose subsidiairement, en 1923, cette troisième solution (168 N 13 c).

On peut préciser que M. EGGER n'est pas revenu sur sa première opinion d'une façon absolument claire. M. STRAEULI, de son côté réserve un arrêt zurichois postérieur au revirement de jurisprudence du TF (BIZR 30 N° 40)<sup>5</sup>. Cet arrêt semble toutefois erroné : Il déclare en 1931 « Allein damit wird, wie das zürcherische Obergericht und das Bundesgericht anerkannt haben, nicht nur eine gesetzliche Prozessvollmacht des Ehemannes statuiert, sondern dieser ist als Verwalter des ehelichen Vermögens eigentlich Prozesspartei ». Or, en 1925, le TF était expressément revenu sur cette opinion, qui avait en effet été la sienne : « L'article 168 donne au mari seulement le droit de représenter la femme légalement. Le procès relatif aux apports de la femme doit donc être fait au nom de la femme ». (JT 1926 p. 44 c 6.)

7 Les principaux arguments à l'appui de la première théorie — selon laquelle le mari est partie — sont les suivants :

a Une interprétation historique peut s'appuyer sur les textes des projets et les premiers votes des commissions et du Conseil national. On peut admettre qu'ils expriment la volonté du législateur (voir N° 2 ss). Le mari doit donc agir personnellement, comme demandeur ou défendeur.

Cependant, l'interprétation historique est déterminante dans la mesure seulement où elle ne se trouve pas en contradiction avec l'interprétation systématique, téléologique<sup>1</sup> ou littérale. On verra plus loin (N° 73) que la systématique du droit des régimes matrimoniaux et surtout la ratio legis de l'art. 168 ne s'accrochent pas de cette interprétation historique. Il est par ailleurs difficile de passer simplement sous silence le texte même de la loi, qui

---

<sup>5</sup> L'espèce ainsi jugée par le tribunal supérieur portait d'ailleurs sur le bail d'un immeuble apport de la femme. On verra (N° 109) que c'est là un cas particulier; on peut se demander si la règle générale de 168 doit s'y appliquer.

<sup>1</sup> Egger t N. 15.

ne parle que de représentation<sup>2</sup>. Enfin, même si l'on doit admettre que la commission de rédaction a outrepassé ses pouvoirs (Cf. N° 4), il n'en reste pas moins que le texte ainsi remanié a été adopté et promulgué régulièrement. Les vices éventuels que pouvait présenter le texte final sont ainsi couverts. Lui seul est déterminant<sup>3</sup>.

Ce premier argument ne peut donc être retenu.

b Le mari administre les apports (200 CC) il en jouit (201 CC). Il est le chef de l'union conjugale (159 ss CC). Es qualités, il agit en son propre nom et non comme représentant légal. Il serait incompréhensible qu'il en aille différemment en procédure<sup>4</sup>. D'ailleurs, conduire un procès revient à accomplir un acte d'administration, au sens large de ce terme (Cf. N° 92). Il semblerait dès lors logique et conforme à la systématique du régime de l'union que le mari conduise les procès en son propre nom<sup>5</sup>.

Cependant, si telle était vraiment la systématique du régime, on ne s'expliquerait pas pour quelle raison le législateur aurait édicté l'article 168. L'article 200 suffisait.

Il est plus vraisemblable et plus logique d'admettre que l'article 168 apporte une exception à la règle de l'article 200. La procédure est, en effet, une administration d'une espèce particulière. Par ailleurs, s'il n'est pas nécessaire que le mari administrateur précise lors de l'accomplissement de chacun de ses actes qu'il agit en sa qualité de mari, et non pour son propre compte, en procédure, il est au contraire essentiel de préciser pour et contre qui le jugement à venir produira ses effets. Enfin, la femme mariée est propriétaire de ses apports. Le rapport juridique qui la lie à ces derniers reste étroit. Le régime ne confère au mari que des droits dérivés<sup>6</sup>. Il semble plus conforme à la

---

<sup>2</sup> *Gmür* 168 N 13 b.

<sup>3</sup> *Göschke* p. 479. Contra : *Held* p. 356.

<sup>4</sup> *Lotz* p. 426.

<sup>5</sup> ATF 39 II 87, 45 II 112.

<sup>6</sup> Les droits du mari sont de nature accessoire : *Lotz* p. 430, *Seifert* p. 25, *Egger* 168 N 3 et 200 N 2, *Findeisen* p. 79, *Konrad* p. 54 et 58. Cf. aussi la citation de *Guldener* au N° 41.

systématique du régime de mettre l'accent sur les droits de la femme, première intéressée.

Une théorie selon laquelle la femme n'est même pas mentionnée en procédure ne peut donc guère être retenue.

c La femme n'a normalement pas le pouvoir de disposer de ses apports (203 CC). Un procès est un acte de disposition. Le représentant en justice de la femme ne saurait y avoir plus de droit qu'elle n'en a elle-même. Elle n'a pas le droit d'agir quant à ses apports. Le mari, simple représentant, ne possède pas non plus ce droit. Seul donc un mari personnellement partie au procès est en mesure d'agir en justice relativement aux apports de la femme<sup>7</sup>.

Ce raisonnement n'est pas irréprochable : Il est faux d'assimiler purement et simplement un procès à un acte de disposition<sup>8</sup>, tout comme il est faux de l'assimiler à un acte d'administration normal. (Voir ci-dessus, lettre b). Conduire un procès est un acte *sui generis*.

D'ailleurs, si la femme est privée du droit de disposer, elle conserve la capacité de disposer et, partant, l'essentiel du droit de disposition. On ne peut simplement l'ignorer et ne considérer que l'exercice de ce droit. Le mari ne fait jamais acte de disposition en vertu d'un droit propre, mais toujours et uniquement en qualité de représentant légal de la femme<sup>9</sup>. Il ne serait donc pas conforme à la systématique du régime d'en faire abstraction en donnant au mari la qualité de partie au procès.

d « Le mari a la jouissance des apports de la femme » (201 CC). En défendant les apports, il sauvegarde donc ses propres intérêts ; il est normal qu'il soit partie au procès<sup>9</sup>.

Cette argumentation est erronée : Les droits du mari ne sont pas seulement accessoires<sup>6</sup>, ils sont aussi temporaires : A la fin du régime, ils disparaissent, alors que les droits de la femme

---

<sup>7</sup> *Held* p. 356.

<sup>8</sup> Le pouvoir de plaider et le pouvoir de disposer sont choses différentes. Cf. *Find-eisen* p. 43. Voir aussi N<sup>os</sup> 14 et 18.

<sup>9</sup> ATF 39 II 87 = JT 1914 p. 74.

subsistent. D'ailleurs, le mari ne fait pas valoir ses droits, mais ceux de l'union conjugale<sup>10</sup>.

e On ne peut parler de représentation légale que lorsque le représenté est incapable. Ce n'est pas le cas de la femme. Le mari n'a donc pas qualité pour la représenter légalement<sup>11</sup>.

Il convient de remarquer tout d'abord qu'il est faux d'assimiler la femme mariée aux personnes pleinement capables. Une nuance s'impose (Cf. N° 16).

Par ailleurs, le mari représente non pas sa femme, mais l'union conjugale et les biens matrimoniaux<sup>10</sup>.

Enfin, arguer de la pleine capacité de la femme pour lui dénier une compétence peut paraître assez étrange.

f Le § 1380 du BGB donne expressément au mari la qualité de partie. Il convient d'admettre en Suisse la même solution, puisque la « Güterverbindung » allemande a servi de modèle à notre union des biens.

M. GOESCHKE (p. 480) fait valoir à juste titre contre cet argument que le texte de la loi suisse (168 CC) diffère fondamentalement du texte de la loi allemande. Si vraiment le législateur suisse avait voulu reprendre le système allemand, il aurait édicté un texte similaire et non point contraire.

D'ailleurs le système allemand a ceci de fâcheux qu'il oblige parfois la partie adverse à soutenir deux procès : l'un contre la femme, l'autre contre le mari<sup>12</sup>. Le législateur suisse a précisément voulu éviter cette conséquence dommageable aux tiers. Le § 1380 BGB a servi de « repoussoir » et non pas de modèle !<sup>13</sup>.

Il est donc faux d'appliquer par analogie des théories allemandes. Il convient, au contraire, de se garder soigneusement de l'influence de la doctrine de ce pays.

---

<sup>10</sup> Exposé des motifs p. 135 (Erläuterungen p. 158); *Gmür* 168 N 12; Cf. aussi un arrêt st-gallois (SJZ 19 p. 201).

<sup>11</sup> *Held* p. 356.

<sup>12</sup> Art. 739 ZPO, Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Ces dispositions légales allemandes ne sont plus en vigueur actuellement; cf. N° 71.

<sup>13</sup> *Egger* 168 N 3.

Il y a lieu de remarquer, entre parenthèses, que l'influence allemande est sans doute à l'origine de la première jurisprudence du TF. On lui doit aussi des imprécisions dans la notion de qualité pour agir relativement aux apports : Les Allemands définissent tout naturellement la qualité pour agir en fonction de leur droit et du § 1380 BGB. Les nombreux auteurs suisses qui se sont inspirés de leurs définitions risquent donc fort de se trouver d'emblée en contradiction avec l'article 168 : du code civil suisse (voir N<sup>os</sup> 19 ss).

Parmi les arguments étudiés aucun n'échappe à la critique. Faire du mari la partie au procès d'apports ne semble donc pas, à première vue, une solution heureuse<sup>14</sup>.

8 Les principaux arguments à l'appui de la deuxième théorie — selon laquelle la femme est partie et le mari simple représentant légal — sont les suivants :

a L'interprétation littérale du texte légal ne laisse guère place au doute : Il parle de représentation de l'épouse par l'époux. Nulle part ailleurs dans ce chapitre du droit de famille le terme de « représentation » ne se réfère à une représentation médiate. Dans chaque cas, au contraire, il s'agit de représentation directe<sup>1</sup>. La femme est donc partie au procès d'apports et le mari simple représentant.

M. LOTZ (p. 427), soutient que cette interprétation est erronée. Selon lui, l'emploi du terme « représenter » n'a que la valeur d'une image, semblable à celle dont use le professeur HUBER (Motifs p. 133, texte all. p. 145) :

« Le mari a une situation correspondante à celle de l'associé-gérant ».

Le texte de la loi n'exclut donc nullement l'interprétation selon laquelle seul le mari peut être partie au procès.

<sup>14</sup> Il en va différemment dans certains cas particuliers ; cf. N<sup>os</sup> 86, 87, 102, 124.

<sup>1</sup> *Göschke*, p. 479, cite les articles 162, 163, 164 et le texte allemand de l'article 166 CC. Voir aussi *Giesker* p. 579, *Rüttener* p. 67, *Seifert* p. 18 et les textes allemand et italien de l'article 168 où l'on trouve les exacts équivalents du français « représenter ».

Cette objection est ingénieuse. Cependant entre les termes mêmes de la loi et les images dont use son auteur pour les commenter, la marge est telle, que l'opinion de M. LOTZ ne peut guère être retenue.

b L'interprétation *historique* peut mener à semblable conclusion : On déduit du changement de texte légal que la volonté du législateur était de ne pas retenir les textes des projets, mais bien de faire du mari un simple représentant <sup>2</sup>.

c Cette interprétation est conforme à la *systematique* du régime de l'union : La femme reste propriétaire des apports ; le mari les gère. De même, l'épouse est partie au procès que l'époux dirige <sup>3</sup>.

Par ailleurs, il convient d'éviter de trop grands désaccords entre le droit de poursuite et le droit de procédure, afin de conserver une certaine cohérence en matière de voies d'exécution. Dans les poursuites de l'épouse, on donne à l'époux un rôle analogue à celui du mari représentant. C'est en effet l'épouse et non l'époux qui est créancière ou débitrice (cf. N° 112). De même, l'épouse doit être partie, l'époux simple représentant.

d Le *but* de l'article 168 est de permettre au mari de sauvegarder ses intérêts « en le mettant en mesure de faire valoir dans le procès ses droits d'administrateur » <sup>4</sup>. Il n'est pas besoin que l'époux soit partie pour que ce but soit rempli, il suffit qu'il dirige effectivement le procès, comme il est en mesure de le faire en qualité de représentant de l'épouse <sup>5</sup>.

e L'interprétation qui dénie à la femme la qualité de partie mène à des conséquences absurdes :

La doctrine unanime reconnaît au mari le droit d'autoriser la femme à diriger elle-même un procès d'apports. L'époux rend ainsi à l'épouse, pour le procès en question, le pouvoir de plaider

<sup>2</sup> Voir Nos 4, 7 a et Gösche p. 479.

<sup>3</sup> Voir N° 7 b, Gösche p. 481 et Seifert p. 18.

<sup>4</sup> JT 1926 p. 44 c 6 = ATF 51 II 272.

<sup>5</sup> Gösche p. 485, Seifert p. 28 sq.

dont elle est normalement privée (voir N° 32 ss). Si le mari était partie au procès d'apports, la femme devrait alors diriger son propre procès au nom de son mari ! Elle devrait représenter son représentant et, partant, se représenter elle-même ! Au contraire, si c'est la femme qui est partie au procès d'apports, le mari renonce simplement à son droit de représentation et la femme, déjà capable de plaider, recouvre tout naturellement le pouvoir de plaider. Il semble bien que ce soit là la meilleure solution <sup>6</sup>.

De même, il serait absurde que le mari doive continuer en son propre nom le procès commencé par sa fiancée avant leur mariage ! Si, au contraire, la femme doit être partie au procès d'apports, elle le reste. Le fait qu'un représentant continue la procédure à sa place ne crée aucune difficulté <sup>7</sup>.

Enfin, pour des raisons pratiques, il convient d'éviter aux tiers d'avoir à recommencer contre la femme, après le mariage, le procès soutenu auparavant contre le mari. Tel serait le cas si la femme n'était pas partie au procès, car le jugement ainsi obtenu n'aurait pas autorité de chose jugée à son égard (voir N° 27 ss).

Ainsi, le simple bon sens ferait déjà préférer cette deuxième théorie que les arguments énumérés plus haut font apparaître comme la meilleure.

9 Selon la troisième théorie, les deux époux peuvent être parties. D'une part, la femme, représentée par le mari, doit l'être, mais, d'autre part, le mari personnellement peut l'être aussi.

On peut soutenir que le mari a des droits propres sur les apports de la femme, qu'il a donc un intérêt personnel à les sauvegarder. Ayant capacité d'ester, il peut défendre ses droits en justice ; il y peut être partie.

Toutefois, le mari n'a que des droits dérivés de ceux de la femme : Il exerce les droits réels de celle-ci. Représentant, il ne saurait avoir plus de droit que n'en a le représenté. D'ailleurs,

---

<sup>6</sup> ATF 51 II 272.

<sup>7</sup> Il en est de même si un divorce ou une séparation est prononcée en cours de procès. Cf. *Gmür* 168 N 13 b. Cf. plus loin N° 70 ss.

les intérêts dont il s'agit ne sont pas ceux de l'époux, mais bien ceux de l'union conjugale<sup>1</sup>.

On ne voit donc pas comment le mari pourrait être également partie<sup>2</sup>, d'autant plus que l'objet du procès est le droit relatif aux apports et non pas le droit d'administration et de jouissance qu'a l'époux sur eux<sup>3</sup>.

D'ailleurs, pourquoi donner une telle compétence au mari ? Il est déjà représentant légal. Il dirige donc toute la procédure. Il est ainsi en mesure de faire valoir tous ses intérêts. Il est superflu qu'il soit encore partie au procès<sup>4</sup>.

Quant aux tiers, ils pourront toujours opposer au mari un jugement régulièrement obtenu contre l'épouse représentée par lui. En effet, ses droits de représentant n'ont d'existence qu'en fonction de ceux de la femme, tels précisément que les définit le jugement en question (voir N° 7, note 6).

Cette troisième théorie ne semble donc pas correspondre à la systématique du régime de l'union.

Un arrêt thurgovien de 1922 (SJZ 20 p. 100 N° 72) exclut formellement cette troisième théorie<sup>5</sup>. Le TF l'exclut également qui déclare : « l'article 168 » donne au mari seulement le droit de représenter la femme légalement » (JT 1926 p. 44)<sup>6</sup>.

Mieux vaut donc suivre l'avis de la majorité et n'accorder qu'à la femme, à l'exclusion du mari, le droit d'être partie aux procès relatifs aux apports de l'épouse.

**10** Bref, la meilleure solution est la suivante : **La femme est partie au procès, mais le mari l'y représente légalement.**

Avant d'admettre définitivement cette solution, il faut toutefois examiner encore si les principes de la procédure la commandent également. Cet examen fait l'objet des chapitres suivants.

<sup>1</sup> Voir N° 7, notes 6 et 10.

<sup>2</sup> *Seifert* p. 25.

<sup>3</sup> *Lotz* p. 424. Cf. cependant Nos 103 et 104.

<sup>4</sup> *Göschke* p. 485; *Seifert* p. 28 sq.

<sup>5</sup> on théorie de la « Kumulative Parteifähigkeit ». La Cour d'appel de Berne l'exclut aussi (ZBJV 83 p. 40, 86 p. 405).

<sup>6</sup> ATF 51 II 272.

### CHAPITRE III

#### La recevabilité de l'action en justice

11 Pour qu'un litige soit examiné et jugé quant au fond, il est nécessaire que le tribunal saisi, les parties en cause et l'objet du litige satisfassent chacun à certaines conditions. On les appellera : conditions de recevabilité<sup>1 2</sup>.

Il faut :

1. Un tribunal régulièrement institué.
2. Des parties capables ou assistées de leurs représentants légaux<sup>3</sup>.
3. Un litige qui soit susceptible de jugement (admissibilité de l'action) qui n'ait pas été déjà jugé (chose jugée) et qui ne soit pas pendant devant un autre tribunal (litispendance).
4. Entre le tribunal et les parties, des rapports de compétence *ratione personae*.

---

<sup>1</sup> « Prozessvoraussetzungen » ou « Sachurteilsvoraussetzungen ». Cf. *Hellwig*, *Klagrecht und Klagmöglichkeit* p. 53 sq; *Findeisen* p. 3 sq; *Guldener*, I, p. 146.

<sup>2</sup> Certaines procédures cantonales (cf *Guldener*, I, p. 146 ss) ne considèrent pas comme conditions de recevabilité — formellement tout au moins — l'une ou l'autre des conditions ci-dessous. Le juge n'en connaît qu'après administration de toutes les preuves, dont il ne fait pourtant usage que si la condition de recevabilité est réalisée. Ce mode de faire paraît peu rationnel. Le *epcNE*, par exemple, connaît des *moyens préjudiciels* (art. 162 ss). S'il en est soulevé, on en juge d'entrée de cause, avant tout débat au fond. En cas d'absence de capacité, c'est d'office et en tout état de cause que le juge peut soulever l'irrecevabilité (art. 32 ss). En revanche, le défaut de qualité pour agir invoqué par le défendeur dans sa réponse est traité comme un moyen de fond. Il n'en est jugé qu'à fin de cause, à moins que le juge ne fasse application de l'art. 195 et n'ordonne que ce moyen ne soit instruit et jugé « séparément et avant les autres, dans le but de simplifier ou d'abrèger » la procédure.

<sup>3</sup> Il s'agit là de représentants légaux institués en fonction de la capacité. Le mari est représentant légal en fonction de la qualité. Ce sont deux notions foncièrement différentes (N<sup>o</sup> 26).

5. Entre le tribunal et l'objet du litige, des rapports de compétence *ratione loci et materiae*.

6. Entre les parties et l'objet du litige des rapports de qualité et d'intérêt.

On mentionnera encore une condition négative — la non-forclusion du demandeur ainsi que l'absence de toute condition ou terme — et enfin, pour mémoire, des conditions de pure forme (langue, lisibilité, etc.) auxquelles les demandes sont soumises au même titre que n'importe quel exploit.

12 On ajoute parfois à ces conditions *l'existence d'un droit privé régulièrement constitué*<sup>1</sup>. C'est une erreur, car dès que les autres conditions sont réunies, le tribunal est obligé d'examiner la prétention. Il en est ainsi même lorsqu'on demande à l'ordre juridique de protéger un droit inexistant<sup>2</sup>. C'est précisément la fonction du juge de déclarer bien ou mal fondée la prétention du demandeur.

En d'autres termes, on peut avoir une action sans être réellement titulaire du droit correspondant. A la théorie classique : « Il n'y a pas de droit sans action » et réciproquement, on oppose qu'au droit civil, ne correspond pas exactement l'action, notion de procédure.

En Allemagne d'abord, en France ensuite on a admis que l'action, « si elle est intimement liée au droit, est cependant quelque chose d'indépendant. Elle constitue un droit particulier qui obéit à des conditions et entraîne des conséquences qui lui sont propres »<sup>3</sup>.

13 Le caractère particulier des actions relatives aux apports de la femme est sans effet sur la plupart des conditions de recevabilité. Trois d'entre elles cependant nécessitent une étude plus approfondie. Ce sont : La *capacité*<sup>1</sup> de la femme mariée, la *qualité* pour

---

<sup>1</sup> *Gorsonnet* t. I p. 531 sq.

<sup>2</sup> Cf. *Laborde-Lacoste* p. 23 sq et *Findeisen* p. 27. *Morel*, p. 30, ne retient pas non plus cette condition.

<sup>3</sup> *Morel* p. 26.

agir et défendre quant à ses apports et l'autorité des jugements obtenus avant ou pendant le mariage par rapports aux actions présentées pendant ou après celui-ci, respectivement.

Ces trois conditions font l'objet des chapitres suivants.

## CHAPITRE IV

### La capacité

#### 14 La femme mariée jouit-elle d'une pleine capacité civile ?

La femme mariée comme « toute personne » (11 CC) jouit des droits civils, c'est-à-dire de « l'aptitude... à être titulaire de droits et d'obligations »<sup>1</sup>.

En revanche, il n'est pas absolument certain qu'elle possède l'exercice des droits civils, autrement dit, « la faculté de contracter des engagements juridiques »<sup>2</sup>.

La doctrine distingue le pouvoir de disposer de la capacité de disposer<sup>3</sup>. La validité d'un acte de disposition est subordonnée non seulement à la capacité civile du disposant, mais encore à l'existence entre lui et le droit dont il dispose d'un « rapport spécial » : le pouvoir de disposer. L'absence de ce dernier ne touche pas la capacité de disposer et la capacité civile qui restent entières<sup>4</sup>.

Parallèlement, on peut faire une distinction entre capacité et pouvoir de s'engager.

Les limitations aux droits de disposer et de s'engager sont de deux espèces : Les unes sont édictées dans l'intérêt du disposant.

<sup>1</sup> Sauser-Hall, FJS 571. La jouissance des droits civils (11 CC) dite aussi « capacité civile passive » se nomme en allemand « Rechtsfähigkeit ».

<sup>2</sup> DuPasquier N° 104. L'exercice des droits civils (13 CC) se nomme aussi capacité civile (Handlungsfähigkeit).

<sup>3</sup> Les équivalents allemands de ces termes varient suivant les auteurs. Voir Sauser-Hall, FJS 572 N° 2.

<sup>4</sup> von Tuhr § 28 (trad. p. 190 ss).

Elles concernent la personne elle-même. Elles touchent sa capacité de disposer ou sa capacité de s'engager et, partant, sa capacité civile. Le disposant est incapable.

Les autres sont édictées dans l'intérêt d'un ou de plusieurs tiers<sup>5</sup>. Elles relèvent de la situation juridique particulière de certains biens et ne privent la personne que de son pouvoir de disposer ou de s'engager. Sa capacité n'en est pas touchée. Le disposant est capable.

Ainsi, sous le régime de la communauté, un conjoint n'a pas le pouvoir de disposer ou de s'engager seul quant aux biens communs (217 CC). Edictée dans l'intérêt de l'autre conjoint, cette interdiction tombe s'il y consent. Sous le régime de l'union des biens la femme n'a pas le pouvoir, sauf exception, de disposer de ses apports (200 ss CC). Sous ce même régime, l'article 177, CC limite le pouvoir de disposer du mari aussi bien que celui de la femme<sup>6</sup>.

Les époux souffrent d'incapacités (au sens large) qui relèvent simplement du régime matrimonial. Ce sont des incapacités réelles (*Handlungsunfähigkeiten*), indisponibilités, selon la terminologie de M. ROGUIN<sup>7</sup>. Il n'existe pas en droit suisse d'incapacités de la femme qui tiendraient à son état d'épouse, incapacités personnelles (*Rechtsunfähigkeiten*).

La femme mariée est capable<sup>8</sup>.

15 M. COSMAN<sup>1</sup> ne partage pas cette opinion. Il range la femme mariée dans la catégorie des personnes partiellement capables, celles qui sont atteintes dans leur capacité de disposer et de s'engager, telles les personnes pourvues d'un conseil légal (395 CC).

---

<sup>5</sup> Ces derniers peuvent renoncer à leur droit et autoriser la disposition (v. *Tuhr* p. 195 N° VI).

<sup>6</sup> v. *Tuhr* § 28 II cite d'autres exemples. Voir aussi *Sauser-Hall* FJS 572.

<sup>7</sup> Régime p. 180, Mariage p. 207. Cf. aussi *Bartholmèss* p. 6.

<sup>8</sup> *E. Huber*, revue de morale sociale 1899 p. 27 (voir la citation au N° 88); *Egger* 168 N 1; *Gmür* 168 N 1; *Lotz* p. 437; *Lemp* 168 N 1, etc...

Voici l'un de ses arguments les plus pertinents : Selon les textes, semblables, des articles 208, et 221, CC, la femme, même « après le mariage », n'est pas tenue sur tous ses biens de certaines dettes. Cette règle n'est pas édictée dans l'intérêt du mari ou d'un tiers. Seule la femme peut y avoir intérêt<sup>2</sup>. C'est une règle édictée dans l'intérêt, et pour la protection d'une personne. Il ne peut donc s'agir que d'une limitation à la capacité et non pas au simple pouvoir<sup>3</sup>. En conséquence, la femme mariée ne jouit pas de la capacité civile, à moins qu'elle ne vive sous le régime de la séparation de biens.

16 M. von TUHR (§ 27 I 3) range la femme mariée parmi les personnes à « capacité restreinte », selon la note marginale de l'article 395 CC. M. SAUSER-HALL (FJS 577) la classe parmi les personnes « partiellement capables » (au sens large).

En définitive, savoir si elle est la plus capable des personnes incapables ou la plus incapable des personnes capables reste sans grande importance, objectivement parlant. Ses droits effectifs sont sensiblement les mêmes dans l'un et l'autre cas. Par souci de clarté et de simplification — et bien que la thèse de M. Cosman donne à réfléchir —, on admettra avec la quasi unanimité de la doctrine que la femme mariée est capable. On sous-entendra les restrictions aux pouvoirs de disposer et de s'engager qui, ordinairement compris dans la capacité, équivalent en fait à une incapacité partielle.

### 17 La femme mariée est-elle capable d'ester en justice ?

La jouissance des droits civils en général permet de devenir titulaire de droits et d'obligations. Dans le domaine particulier de la procédure, on parle de la *jouissance du droit d'ester* ou capacité d'être partie en justice (Parteifähigkeit). La jouissance des droits civils implique ce droit<sup>1</sup>. Il se définit comme l'aptitude à devenir titulaire de droits et d'obligations par l'effet d'un jugement.

<sup>2</sup> Cosman p. 35.

<sup>3</sup> Cf. aussi l'art. 177, CC.

17

<sup>1</sup> « l'un des attributs de la capacité civile » (ATF 42 II 555 c. 1 = JT 1917 p. 306). Cf. aussi ATF 48 II 30 = JT 1922 p. 421 c. 4, et Lotz p. 422.

La femme mariée possède cette aptitude : Comme toute personne, elle jouit du droit à la protection juridique organisée par l'Etat. C'est là un droit fondamental. Bien que non-écrit, il est contenu implicitement dans la Constitution fédérale. Il dérive du principe de l'égalité devant la loi<sup>2</sup>.

De même, à l'exercice des droits civils correspond l'exercice du droit d'ester ou *capacité d'ester*<sup>3</sup> (Prozessfähigkeit). La femme mariée jouit-elle de cette capacité ?

L'article 168, semble l'affirmer très clairement.

On a soutenu cependant qu'il fallait voir dans l'alinéa 2 de l'article 168 une exception à la règle posée à l'alinéa 1. La femme mariée serait alors incapable d'ester quant à ses apports.

En effet, qui ne peut diriger lui-même son procès semble à première vue incapable d'ester. Par ailleurs, la loi n'est pas claire ; dans un tel cas, on peut admettre que le législateur pensait à l'incapacité plutôt qu'à la capacité puisque telle était la règle dans l'ancien droit (ZBJV 19 p. 187).

M<sup>110</sup> FINDEISEN (p. 15, 16) répond qu'il est inadmissible de profiter d'une disposition peu claire pour réintroduire dans la loi nouvelle une notion que le législateur a voulu abandonner.

Si l'on peut envisager un droit positif en vertu duquel la femme mariée soit incapable d'ester, ce mode de faire est exclu vis-à-vis du CCS : La femme y reste capable d'ester, pour ses biens réservés en tout cas (168 : CC). Or une personne ne peut être capable et ne souffrir d'aucune « imbecillitas sexus » pour certains de ses biens seulement et pas pour les autres. Ce serait une absurdité : Le discernement et la capacité relèvent de la personne et non des biens. Par conséquent la femme mariée jouit de la pleine capacité d'ester « quel que soit son régime matrimonial » (168 CC) et qu'il s'agisse d'apports ou de biens réservés.

18 On doit dès lors admettre que la femme est capable d'ester. On retrouve en procédure la distinction faite en droit civil entre

---

<sup>2</sup> Article 4 CF; *Fleiner*, Bundesstaatsrecht p. 277; ATF 61 I 85, 57 I 343.

<sup>3</sup> 168 : CC; *Sauser-Hall*, FJS 572 N° 1; cf. aussi *Gmür* 168 N 3; *Lotz* p. 422.

la capacité et le pouvoir. On parle ici de la capacité de plaider que possède la femme, et du pouvoir de plaider<sup>4</sup> ou d'ester qu'exerce le mari.

La conclusion provisoire posée au N° 10 se confirme donc : la femme possède la capacité d'ester, elle est partie. Le mari jouit du pouvoir de plaider, il représente la femme en procédure.

La capacité d'ester et le pouvoir de plaider du mari ne sont pas touchés par le mariage. Du point de vue de la capacité, rien ne l'empêcherait donc d'être partie, seul ou au côté de sa femme.

La condition de capacité est par conséquent remplie quelle que soit la solution adoptée parmi les trois qu'on a envisagées plus haut (N° 5 ss).

## CHAPITRE V

### La qualité et l'intérêt

19 Le pouvoir de plaider est enlevé à la femme mariée, en fonction de son régime, pour certains de ses biens seulement. Ce pouvoir est ainsi lié, non tant à la personne elle-même qu'aux rapports qui la lient à l'objet du litige. C'est donc une notion qui se rattache à la qualité et non à la capacité (voir N° 11).

Certains auteurs<sup>1</sup> assimilent simplement la qualité pour agir<sup>2</sup> et défendre en justice au droit ou compétence de diriger le procès dont il s'agit. La qualité n'est pas alors autre chose que le pouvoir de plaider.

D'autres<sup>3</sup>, au contraire, opposent ces deux notions : En général

---

<sup>4</sup> ou simplement « pouvoir », cf. *Morel* p. 256; *Garsonnet* t. I p. 580. En allemand on dira : « Prozessführungsrecht » ou « Prozessführungsbefugnis » ou encore « Legitimation zum Verfahren » (*Konrad* p. 37 ss).

19

<sup>1</sup> *Held* p. 356; *Wieland* p. 392; *Lotz* p. 423 et 437.

<sup>2</sup> *legitimatío ad cousam, Sachlegitimatío.*

<sup>3</sup> *Göschke* p. 487; *Seifert* p. 22; *Egger* 168 N 3; *Findeisen* p. 33; *Konrad* p. 57. Cette conception est d'origine allemande. Voir les auteurs cités par *Seifert* p. 10 et le N° 7 lettre f ci-dessus.

elles sont réunies toutes deux en une seule et même personne ; mais dans le cas particulier, la femme mariée a qualité, puisqu'elle est le sujet du droit contesté, alors que le mari a pouvoir de plaider, en vertu de son droit de gestion des appoints.

En d'autres termes, pour les uns, l'épouse possède le droit matériel à la protection juridique alors que l'époux en possède le droit formel. C'est pour cette raison qu'il agit en justice en son propre nom, en qualité de partie. Pour les autres, la femme possède le droit matériel et formel à la protection juridique. Elle est donc partie. Mais l'exercice de ce droit incombe au mari. Il dirige donc le procès <sup>4</sup>.

20 On peut repousser d'emblée la première théorie : Le pouvoir de plaider et la qualité pour agir ne sont pas une seule et même notion.

M. LOTZ lui-même admet qu'une procédure commencée par la femme n'est pas nulle. Le mari peut autoriser sa femme à plaider elle-même (voir N° 32). Il peut donc aussi ratifier les actes qu'elle a déjà accomplis. On peut suppléer jusqu'à fin de cause au défaut du pouvoir de plaider. On évite ainsi le rejet de la demande <sup>1</sup>.

Au contraire, si le rapport de droit entre son prétendu titulaire et l'objet du litige est insuffisant, on n'y peut suppléer. La demande est rejetée <sup>2</sup>.

La qualité pour agir est donc une notion plus large, aux conséquences plus profondes, que le pouvoir de plaider. Ces deux notions ne sont pas identiques. On ne peut les définir l'une par l'autre.

En conséquence, le mari a beau avoir le droit de diriger le procès, ou pouvoir de plaider (voir N° 18), cela ne suffit pas pour qu'il possède la *legitimitas ad causam*. La première théorie est donc inexacte : Le mari n'a pas qualité pour agir en justice relati-

<sup>4</sup> Cf. *Findeisen* p. 33.

20

<sup>1</sup> Dans ce sens : *Lotz* p. 438 ; *Göschke* p. 488 ; *Leuch* p. 131 N 6 ; *Seifert* p. 33 ; *Appellationsgericht BS, Entsch.* 1941/42 p. 52 ; *Cour de cassation civile NE t. VI* p. 165.

<sup>2</sup> *Göschke* p. 488.

vement aux apports de la femme. Une demande présentée au nom du mari doit être rejetée.

21 Dire que le sujet du rapport de droit en litige a qualité est aussi inexact, bien qu'à un degré moindre :

Si la femme est seul plaideur d'un procès d'apports, la demande est rejetée<sup>1</sup>, car le rapport qui la lie à l'objet du litige est insuffisant pour justifier qu'elle dirige le procès sans un accord au moins tacite du mari ; la femme est bien le titulaire du rapport de droit litigieux, mais elle n'a pas le pouvoir de le faire valoir en justice<sup>2</sup>.

D'un autre côté, on vient de voir que ce pouvoir ne suffit pas à donner au mari qualité pour agir. Une demande qu'il présenterait en son nom serait rejetée pour défaut de qualité.

En définitive, ni le mari, ni la femme n'ont qualité pour agir. Celle-ci semble en quelque sorte répartie entre eux.

22 M. GOESCHKE donne qualité pour agir à la femme (p. 487). Mais une demande où elle est seule citée devrait être rejetée, pour défaut de qualité (p. 493) ! M. GMÜR (168 N 4 a), donne qualité pour agir au sujet du rapport de droit litigieux, tout en soutenant que le mari possède cette qualité. Pourtant les apports de la femme restent sa propriété (195 CC) on ne voit donc pas très bien comment elle ne serait pas sujet du rapport de droit.

Ces contradictions laissent bien entrevoir qu'attribuer la qualité pour agir à l'un ou l'autre des époux exclusivement n'est pas une solution satisfaisante.

Au contraire, la répartition de la qualité entre les époux s'accommode des définitions plus larges de cette notion. Par exemple, M. GARSONNET (t. I p. 543) en fait la « faculté légale d'agir en justice ». Cette faculté est bien répartie entre les époux ; elle compète à la femme, mais le mari l'exerce. Selon M. BARTHOLMÈSS (p. 144) la qualité n'est pas autre chose que « le pouvoir

---

<sup>1</sup> *Göschke* p. 493 ; *Mattli* p. 123 ; Cf. N° 38 note 1.

<sup>2</sup> Elle ne jouit pas d'une « genügende Sachlegitimation » (*Mattli* p. 123).

de disposer librement de l'objet du litige ». L'article 202, CC y exige normalement le concours des deux époux.

La qualité est étroitement liée à la propriété de l'objet de litige (cf. N° 11). Or, dans le régime de l'union, « les attributions » dont la réunion totale seule constitue la propriété se trouvent » dispersées au profit des deux intéressés »<sup>2</sup>. Il en est de même de la qualité.

23 Enfin, selon M. MOREL (p. 30, 31) la qualité « n'est en » définitive que l'un des aspects que doit revêtir la condition » d'intérêt »<sup>1</sup>.

Or, l'intérêt est, encore plus visiblement que la qualité, réparti entre les époux : La femme a un intérêt « direct et personnel » à voir sauvegardée ou augmentée la substance des apports dont elle est propriétaire. Le mari, de même, jouit des apports et devient propriétaire de leurs produits (200, 195, CC). On ne peut nier qu'il ait lui aussi intérêt à une issue favorable du procès d'apports. L'intérêt est ainsi réparti entre les époux.

Il semble logique que la qualité le soit également.

24 Conclusion : Le mari seul n'a donc pas qualité. La femme seule non plus. Pour qu'il y ait pleine qualité, il faut d'abord que l'épouse apparaisse au procès comme la détentrice du droit à la protection juridique. Il faut ensuite que l'époux contrôle l'exercice de ce droit, soit en dirigeant le procès lui-même, soit en y autorisant l'épouse. Le mari n'a pas une qualité suffisante pour être partie au procès, pas plus seul que conjointement avec sa femme.

La théorie selon laquelle la femme est partie au procès où son mari la représente légalement semble seule remplir à satisfaction de droit la condition de qualité.

---

<sup>2</sup> Roguin, régime p. 40.

<sup>1</sup>Selon l'adage « pas d'intérêt pas d'action », une personne n'a pas le droit de soulever des contestations qui ne lui importent pas (*Garsonnet t. I p. 534*).

25 On peut noter en passant qu'il est difficile de *définir la legitimatio ad causam*.

Comment faire entrer tous les cas particuliers dans une définition ? Un exécuteur testamentaire, par exemple, agit parfois en son propre nom (ATF 53 II 208 = JT 1927 p. 502). Une masse en faillite peut être attaquée en justice (ATF 41 III 173 = JT 1915 p. 556). Selon l'article 305 CC, une mère peut agir en justice en son propre nom pour le compte de son enfant. Une administration de faillite mène les procès de la masse au nom du débiteur. Un associé-gérant agit au nom de tous les associés (543, CO). Etc..<sup>1</sup>

La jurisprudence ou la loi ont résolu ces cas séparément, en s'inspirant de considérations pratiques : seule compte l'efficacité de ces institutions, leur *ratio legis*. La notion théorique et générale de qualité pour agir est secondaire. Elle doit s'adapter bon gré mal gré au droit matériel ainsi créé. C'est à la doctrine de procéder à cette adaptation<sup>2</sup>.

Une étude approfondie de tous les cas particuliers serait nécessaire. On se contente ici d'en étudier un. Il est donc impossible de proposer une définition valable de la qualité. On peut seulement préciser que cette définition, à trouver, devrait cadrer avec une répartition de la qualité entre plusieurs personnes, comme dans le cas de la femme mariée. On peut aussi rappeler qu'il s'agit de définir un rapport entre la partie et l'objet du litige, rapport tel, que, si les autres conditions de recevabilité<sup>3</sup> sont réunies, le tribunal saisi est obligé de connaître du fond du litige.

26 Il convient de *distinguer* nettement la *qualité* de la *capacité* :

Le mari représente une personne capable, en raison de la nature particulière du litige d'apports, afin qu'entre la femme et l'objet du litige les rapports de *qualité* et d'intérêt soient remplis à satisfaction de droit.

Le tuteur, au contraire, bien que « représentant légal », tout comme le mari, assiste un pupille qui a pleine qualité pour agir mais qui a besoin de son concours pour satisfaire à la condition de *capacité*.

La moindre confusion entre ces deux notions risque de provoquer un retour indirect à la tutelle maritale de l'ancien droit. On s'efforcera donc de s'en garder.

---

<sup>1</sup> *Guldener* t. I p. 142 ss donne une liste de ces cas particuliers.

<sup>2</sup> *Leuch*, *Neuer Z.f. DZP* N° 54 p. 217, cité par *Findeisen* p. 50.

<sup>3</sup> Enumérées au N° 11.

## CHAPITRE VI

### La chose jugée

27 « *Res judicata pro veritate habetur* »<sup>1</sup> cet adage appliqué au cas de la femme mariée, peut s'énoncer ainsi : les jugements rendus pendant le mariage relativement aux apports de la femme doivent avoir effet pour et contre elle, même après le mariage. Elle doit pouvoir en imposer le respect aux tiers. De même, ces derniers doivent pouvoir les lui faire respecter.

« *Ne bis in idem* » : Il faut éviter qu'un litige jugé entre un tiers et l'un des conjoints doive être jugé à nouveau, dans un second procès avec l'autre conjoint<sup>2</sup>.

Bref, les droits « *ex judicio* » de la femme doivent être sauvegardés et, surtout, l'association de patrimoines qui résulte du mariage ne doit pas avoir de conséquences fâcheuses pour les tiers<sup>3</sup>. La sécurité juridique l'exige.

28 « *La chose jugée ne peut être opposée qu'aux parties* »<sup>1</sup>. Si le *mari seul* était partie aux procès d'apports, les jugements ainsi obtenus ne pourraient avoir d'effet pour ou contre la femme. Après la fin du régime matrimonial, on pourrait recommencer le procès<sup>2</sup>, au mépris des adages cités au numéro précédent. La première théorie (N° 7) — selon laquelle le mari est partie — ne peut donc être retenue.

---

<sup>1</sup> *Garsonnet* t. III p. 404; *Brosset*, FJS 601; Dig. L. XVll, 207; 1, 5, 25 : « *res judicata pro veritate accipitur* ».

<sup>2</sup> *Egger* 168 N 3; voir N° 7 note 13.

<sup>3</sup> *Gmür*, 207 N 8 p. 561, à propos des créanciers de la femme.

28

<sup>1</sup> *Morel* p. 264. « *Res inter alios judicatas aliis non praejudicare* » (Dig XLII, 1, 63).  
« *Nec inter alios res judicata alii prodesset aut nocere solet* » (Dig XX, IV, 16).

<sup>2</sup> *Lotz* p. 428 sq.

Le principe « *res inter alios judicata aliis non praejudicare* » peut, il est vrai, souffrir des exceptions. Mais encore faut-il que ces exceptions soient instituées par la loi<sup>3</sup>. Le § 1380 du BGB instaure expressément une telle exception. Tel n'est pas le cas de l'article 168 CC (voir N° 7 f). On ne connaît pas, en droit suisse, d'exception au principe ci-dessus.

On évite ainsi de devoir recourir à la notion bien allemande de « *Prozesstandschaft* », selon laquelle une personne peut être partie à un procès, tout en ne l'étant pas<sup>4</sup> !

**29** En revanche, si la femme est partie, le jugement prend force à son égard<sup>1</sup>.

Peu importe que le mari soit intervenu comme représentant dans un premier procès. Dans un second procès sur le même objet mené cette fois par la femme seule, il y aurait identité des parties<sup>2</sup>, puisqu'« on est réputé avoir été partie dans une instance non seulement quand on y a figuré personnellement, mais encore quand on y a été régulièrement représenté »<sup>3</sup>. L'exception de chose jugée soulevée par l'adverse partie serait admise.

La fin du mariage ou du régime n'a plus alors aucun effet sur la chose jugée. Les trois adages cités plus haut s'appliquent tout naturellement.

Le jugement prend effet à l'égard du mari également<sup>4</sup>. Il ne peut plus arguer de ses droits d'administration et de jouissance.

Il ne peut guère, en effet, désavouer une procédure qu'il a lui-même conduite. Par ailleurs, le jugement a pris force à l'égard de la femme. Il limite et définit les droits de celle-ci. Le mari ne peut pas avoir sur les apports de la femme plus de droits qu'elle-

<sup>3</sup> Lotz p. 429, Göschke p. 479, Seifert p. 12.

<sup>4</sup> La partie formelle dirige le procès en son propre nom, pour le compte de la partie matérielle, qui n'apparaît pas, mais pour et contre qui le jugement à force de chose jugée (*Rosenberg* p. 186).

**29**

<sup>1</sup> *Bartholmèss* p. 144, *Egger* 168 N 3, *Findeisen* p. 79.

<sup>2</sup> Mais non pas identité des personnes. Cf. *Garsonnet* t. III p. 413.

<sup>3</sup> *Lemaire*, ad. « chose jugée », p. 509 N° 94.

<sup>4</sup> *Gmür* 168 N 11, *Egger* 168 N 3, *Findeisen* p. 79.

même n'en a, puisque les droits maritaux ne sont qu'*accessoires* (voir N<sup>o</sup> 7, note 6). Si donc le jugement a pris effet à l'égard de la femme, il ne peut qu'en être de même à l'égard du mari.

**30** *Le mari peut-il être aussi partie, au côté de la femme ?*

C'est inutile, puisque, on vient de le voir, le jugement a déjà plein effet contre un mari simple représentant.

D'ailleurs si le mari était aussi partie, il serait aussi condamné. Un créancier de la femme au bénéfice d'un tel jugement pourrait obtenir l'exécution forcée des biens du mari<sup>1</sup> ! Ce serait contraire à la loi (207 CC)<sup>2</sup>.

Une telle conséquence n'est pas à craindre si le mari est simple représentant. Mieux vaut donc ne pas retenir cette troisième théorie.

**31** Conclusion<sup>1</sup> :

a) Il est exclu que le mari soit seul partie au procès.

b) La théorie selon laquelle la femme est partie et le mari représentant légal est la meilleure à tous points de vue.

c) Il est inutile que le mari soit à la fois représentant de la femme et personnellement partie au procès<sup>2</sup>.

En conséquence :

Sous le régime de l'union des biens, en règle générale, la femme est partie au procès d'apports. Le mari dirige la procédure en qualité de représentant légal.

---

<sup>1</sup> Göschke p. 481 sq, Seifert p. 18.

<sup>2</sup> Il en va différemment sous le régime de la communauté (220 CC). Cf. N<sup>os</sup> 134 ss.

**31**

<sup>1</sup> Conclusion définitive confirmant la conclusion provisoire prise au N<sup>o</sup> 10.

<sup>2</sup> On pourrait aussi envisager que le mari *intervienne* dans le procès de sa femme (comme tiers intervenant). Mais ce serait absolument inutile, puisqu'en sa qualité de mari représentant il est en mesure d'influer sur toute la procédure beaucoup plus efficacement qu'un tiers intervenant.

## DEUXIÈME PARTIE

### L'application de la règle

#### CHAPITRE PREMIER

##### La femme autorisée à plaider elle-même

32 Le mari a « droit à l'administration et à la jouissance des biens » de sa femme. Ce droit ne peut s'éteindre ni par renonciation, ni » par prescription ou péremption... En revanche, *rien ne l'empêche » de laisser à celle-ci... l'administration de ses biens ; dans ce cas, » elle agit en son lieu et place, quoique en son propre nom, dans » une certaine mesure comme gérante de ces éléments de la fortune » conjugale »<sup>1</sup>.*

La femme ne jouit que d'un pouvoir restreint de représenter l'union conjugale (163 CC, « Schlüsselgewalt »). Cependant, il suffit que le mari donne son « consentement exprès ou tacite » (166 CC) pour que la femme recouvre les pouvoirs les plus étendus.

Semblablement, la femme n'a, en règle générale, aucun pouvoir de plaider relativement à ses apports. Seul le mari possède ce pouvoir. Il lui est pourtant loisible d'y renoncer en faveur de l'épouse. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes : **Le mari peut autoriser la femme à diriger elle-même un procès d'apports**<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> JT 1949 p. 8 et 9 = ATF 74 II 74. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> Cf. notamment ATF 51 II 273 = JT 1926 p. 44, *Gmür* 168 N 25, *Egger* 168 N 6; SJZ 19 p. 201 = *Amtsbericht SG* 1921 N° 5; ZBJV 52 p. 439; *Praxis des KG* von GR 1949 p. 8 c. 2, etc...

33 Habituellement, l'autorisation n'est donnée que pour un procès particulier.

Mais elle peut aussi être *générale*<sup>1</sup>. Alors, sauf révocation de l'autorisation, l'article 168 CC n'a plus d'effet.

Le mari a autorisé sa femme à plaider elle-même. Ce faisant, il s'est engagé par avance à se soumettre au jugement à venir. D'ailleurs, bien que la femme ne représente pas formellement le mari, il s'agit en quelque sorte d'un mandat donné à l'épouse par l'époux et ce dernier ne saurait désavouer sa « mandataire ». Le jugement ainsi obtenu par la femme prend donc *effet* également à l'égard du mari administrateur<sup>2</sup>.

34 La loi ne prescrit pas une forme particulière et obligatoire pour l'autorisation maritale. Celle-ci peut être *expresse*, résulter d'une *procuration*<sup>1</sup>. Elle peut aussi être *tacite* ou résulter d'*actes concluants*. Il suffit que le mari connaisse l'existence du procès et n'exige pas d'en prendre la direction. Par exemple, est ainsi présumé avoir autorisé sa femme le mari qui va se renseigner au greffe sur la durée probable du procès<sup>2</sup>, ou encore l'époux qui voit sa femme signer une *procuration d'avocat* et n'élève pas d'objection<sup>3</sup>.

Il est en revanche difficile de dire avec M. LOTZ (p. 439) qu'il convient de *présumer* toujours l'accord du mari. Son silence n'équivaut pas nécessairement à son accord tacite. Il peut tout aussi bien signifier qu'il ignore totalement l'existence du procès<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Seifert p. 48, Findeisen p. 17.

<sup>2</sup> Göschke p. 490, Lotz p. 437, Egger 168 N 6, Findeisen p. 92.

34

<sup>1</sup> Tout comme le mari pourrait confier la conduite du procès à un tiers. Mais, pour ce dernier, un pouvoir spécial serait nécessaire (396/310).

<sup>2</sup> BIZR 44 p. 247 N° 111.

<sup>3</sup> Giesker p. 590, Seifert p. 46 sq. Cf. encore Bartholmèss p. 159, Egger 168 N 6, Konrad p. 61. Voir un autre exemple au N° 70.

<sup>4</sup> Seifert p. 47 et 48. Il n'y a pas ici contradiction avec la règle énoncée au N° 41 : Si on admettait la présomption, le mari ne pourrait guère que ratifier les actes de procédure déjà accomplis par la femme. La règle du N° 41 n'a pas cette conséquence.

On n'en devrait pas moins admettre comme preuve du consentement marital un simple indice de connaissance du procès. Sinon le mari pourrait feindre de l'ignorer. Il attendrait l'administration des preuves, le dépôt des conclusions adverses, et, avant l'audience de jugement, il pourrait intervenir brusquement pour mettre à néant toute la procédure. Le tiers qui, après un procès long et coûteux, aurait été sur le point d'obtenir gain de cause, se trouverait alors dans une situation intolérable. Le mariage ne permet pas (voir N° 27) d'obtenir ainsi l'équivalent d'une réforme, sans que la partie adverse jouisse des garanties que la loi accorde normalement dans ce cas<sup>5</sup>. Ce mode de faire est encore plus critiquable en égard aux procédures qui ignorent l'institution de la réforme.

L'autorisation peut aussi être donnée sous la forme d'une *ratification* des actes accomplis. Elle a alors effet rétroactif<sup>6</sup>.

35 *Le retrait de l'autorisation* est possible en tout temps. Si le mari peut abandonner l'exercice de ses droits d'administration à la femme, cet abandon ne saurait être que provisoire : « Ce droit ne peut s'éteindre... par renonciation »<sup>1</sup>. C'est un droit absolu que le mari peut recouvrer même en cours de procédure<sup>2</sup>.

Le retrait est toutefois exclu après l'entrée en force du jugement ; il ne saurait non plus avoir d'effets rétroactifs<sup>3</sup>. Sinon le mari pourrait ne ratifier que les procédures heureuses et recommencer les procès perdus, ce qui serait inadmissible<sup>4</sup>. (Cf. N° 27).

Le mari qui retire son autorisation devrait en *informer la partie adverse*. A défaut, cette dernière serait en droit d'admettre objectivement que l'autorisation est toujours valable.

---

<sup>5</sup> 77 ss cpcNE : consignation des dépens, maintien de la validité de certains actes, etc.

<sup>6</sup> Göschke p. 488; Seifert p. 46; Konrad p. 62.

35

<sup>1</sup> ATF cité au N° 32, note 1.

<sup>2</sup> 34 CO, Seifert p. 48, Egger 168 N 6; Lotz p. 399; Lemp 168 N 15; ZBJV 75 p. 533.

<sup>3</sup> Seifert p. 46.

<sup>4</sup> Voir fin du numéro précédent et N° 27 (cf. cependant SJ 69 p. 157).

Faisant application analogique de la théorie du régime matrimonial interne et externe (N° 72) on devrait ainsi n'admettre que les retraits « externes » de l'autorisation.

36 Les circonstances peuvent être telles que le mari se trouve dans l'impossibilité de fait d'exercer son droit de représentation (longue maladie, longue absence, etc.). La femme recouvre alors le pouvoir de plaider les procès d'apports<sup>1 2</sup>.

En pareil cas, les auteurs parlent d'autorisation générale et tacite de l'époux à l'épouse. Peut-être conviendrait-il de modifier cette qualification peu heureuse ? Une personne très gravement malade est bien incapable de donner une autorisation, même tacite !

Plus simplement, lorsque le chef de l'union conjugale fait défaut, son conjoint<sup>3</sup> le remplace.

37 La femme peut-elle conduire également les procès relatifs aux apports du mari ?

Si le mari est malade ou absent, le chef de l'union conjugale fait défaut. Il semble logique de transmettre alors à son suppléant, la femme, l'administration de tous les biens matrimoniaux ainsi que la conduite des procès y relatifs. C'était la solution du BGB (§ 1401).

La doctrine suisse ne retient pas cette opinion. Elle s'inspire du système français de l'autorisation judiciaire. La femme joint de la capacité d'ester (168, CC). Le mari peut donc lui confier le mandat de diriger un procès d'apports maritaux, comme il le confierait à n'importe quelle autre personne. Mais l'épouse n'est pas le représentant légal du mari. Une procuration en bonne et due forme est nécessaire<sup>1</sup>. L'article 396, CO exige un pouvoir spécial. Seule une disposition légale précise peut faire admettre exceptionnelle-

---

<sup>1</sup> Egger 168 N 6; Findeisen p. 17; Konrad p. 62. Voir aussi § 1401 BGB. Contra : Bartholmès, p. 160, exige un mandat ou une autorisation judiciaire (217, 219 CCF).

<sup>2</sup> Il doit en aller de même en cas d'urgence, de forclusion imminente, le mari ne pouvant agir en temps utile (cf N° 53).

<sup>3</sup> On serait tenté de dire : « son adjoint » !

ment un mandat tacite. On peut regretter que l'article 166 CC n'ait pas été interprété dans ce sens<sup>2</sup>. Ç'aurait été une solution particulièrement adaptée à l'économie du régime de l'union.

## CHAPITRE II

### Sanctions attachées à l'absence du pouvoir de plaider

**38** La femme intente elle-même, à l'insu de son mari, une action relative aux apports. Ne jouissant pas du pouvoir de plaider à leur sujet, elle n'a pas pleine qualité pour agir (N° 21). Cette condition de recevabilité de l'action (N°11) fait donc partiellement défaut. L'action intentée par la femme ne peut être, en principe, que rejetée<sup>1</sup>.

Cependant, la femme jouit de la capacité de plaider (N° 17). Aussi bien, on vient de voir (N° 34) que le mari peut ratifier les actes de sa femme. En conséquence, « le juge ne doit pas écarter sa demande, mais lui fixer un délai pour produire l'autorisation de son mari »<sup>2</sup>.

A défaut de ratification<sup>3</sup> maritale, la demande de la femme est rejetée.

Toutefois, la femme qui l'allègue doit d'abord être admise à prouver qu'elle a pouvoir de plaider relativement à l'objet du litige<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Göschke* p. 491; *Lemp* 166 N 3; *Sträuli* 50 N 1; *Seifert* p. 48 et 97; *Findeisen* p. 92 sq. Cf. cependant le cas particulier de 171 CC (N° 131). En cas d'absence du mari, la femme peut demander à l'autorité tutélaire d'instituer une curatelle (392 ch. I CC) et de la nommer curatrice (N° 129).

<sup>2</sup> Voir ATF 47 II 3, 57 II 387.

#### 38

<sup>1</sup> *Lotz* p. 437; *Göschke* p. 487; *Leuch* 35 N 1 p. 58; *Guldener* I p. 99 note 31; contra : *Konrad* p. 63 : l'action doit être admise, mais elle ne lie pas le mari.

<sup>2</sup> Cour de cass. civ. NE, t. VI, p. 165. Cf. aussi N° 20 note I.

<sup>3</sup> expresse ou tacite, voir N° 34.

<sup>4</sup> Parce qu'il s'agit d'une action réservataire, d'une action personnelle, d'une collision d'intérêts, etc... Cf. la troisième partie (N° 73 ss).

**39** Dans certains cantons le juge examine d'office si les conditions de recevabilité sont réunies. Dans d'autres, cette initiative est laissée aux parties.<sup>1</sup>

Il est cependant toujours possible, pour une raison ou pour une autre, qu'une procédure dirigée par la femme aboutisse à un jugement au fond, bien qu'elle n'ait pas eu pouvoir de plaider. Le jugement ainsi rendu est-il valable ?

**40** Pour quelques auteurs<sup>1</sup> un tel jugement déploie certains effets à l'égard de la femme : Il peut être exécuté sur les biens réservés, à propos desquels la femme a plein pouvoir de plaider. Il peut aussi être exécuté sur les apports, mais seulement après que l'administration du mari ait pris fin<sup>2</sup>. En revanche, le mari n'est pas lié tant que le régime de l'union subsiste. Il peut s'opposer à l'exécution du jugement. Il peut recommencer toute la procédure, en qualité de représentant. Si le nouveau jugement ainsi obtenu est différent du premier, celui-ci tombe et seul subsiste le jugement obtenu conformément à la règle de 168 : CC. Le tiers est ainsi exposé à payer deux fois. Mais il a alors une action en enrichissement illégitime<sup>3</sup> contre la femme.

Cette théorie est critiquable : L'entrée en force du jugement couvre les vices de la demande. Dès qu'elle intervient il importe peu que toutes les conditions de recevabilité aient été ou n'aient pas été réunies. Si tel n'était pas le cas, il n'y aurait pas de sécurité juridique<sup>4</sup> ; le mari pourrait recommencer le procès après de longues années !

Le fait qu'une femme est mariée ne doit pas avoir de conséquences fâcheuses pour les tiers (N° 27). Il convient de leur éviter un deuxième procès sur le même objet.

---

<sup>1</sup> *Guldener*, t. I, p. 154 sq compare les différents systèmes cantonaux.

**40**

<sup>1</sup> *Leuch* 35 N 1, p. 58; *Findeisen* p. 82, *Lemp* 168 N 28.

<sup>2</sup> Cf. pourtant l'article 208 ch. t CC.

<sup>3</sup> *Konrad* p. 62.

<sup>4</sup> *Guldener* p. 253 ch. II.

M. MOREL, p. 267, N° 320, étudie le cas d'un incapable, non régulièrement habilité à agir en justice : Le jugement néanmoins intervenu est nul, la nullité doit s'invoquer par voie de recours. « Si aucune voie de recours n'est plus possible, le jugement a acquis force de chose jugée et doit être exécuté. L'incapacité ne peut plus être invoquée ». La nullité est devenue inopérante.

Ce qui est vrai pour un incapable doit l'être à fortiori pour la femme mariée, capable. Le défaut de qualité ne peut plus être invoqué.

M. Morel ajoute il est vrai que si le tiers ne peut plus opposer cette nullité, l'incapable le peut encore. Mais c'est là une application du principe de protection de l'incapable contre lui-même, principe sans valeur à l'égard de la femme mariée (N° 14 ss).

41 On peut dès lors conclure :

Le mari représentant peut recourir contre un jugement rendu irrégulièrement au mépris de l'article 168.<sup>1</sup> Cependant, une fois ce jugement passé en force, il est exécutoire ; les vices de la procédure sont couverts.

« Les droits de jouissance du mari... passent après les droits des tiers. L'époux... ne peut donc pas s'opposer à l'exécution forcée en prétendant que le jugement obtenu contre l'épouse... ne reflète pas l'exacte situation de droit et qu'il aurait pour conséquence une atteinte injustifiée aux droits de jouissance du mari »<sup>2</sup>.

Cette conclusion semble faire bon marché des intérêts du mari, administrateur de l'union des biens. Toutefois, si le mari l'y autorise, ou s'il est absent ou malade, la femme plaide valablement (N° 32 et 34). Il en est de même lorsque les époux vivent séparés (N° 80), ou encore dès que le mari a eu connaissance du procès et n'a pas jugé utile de faire valoir son pouvoir de plaider (N° 34). Dans de telles conditions, il arrive très rarement que les droits de

---

<sup>1</sup> ou s'opposer à un recours, dans la mesure où sa femme elle-même le pourrait. Le mari représentant ne saurait avoir plus de droits que n'en a la femme (N° 7, note 6).

<sup>2</sup> Traduction de *Guldener* p. 260 note 41.

jouissance du mari soient injustement atteints. Pratiquement, la femme plaide presque toujours valablement.

La sécurité des affaires et l'intérêt des tiers interdisent au mari de recommencer les procès perdus par la femme. On évite ainsi que le droit des régimes matrimoniaux ne devienne une arme entre les mains de personnes sans scrupules (N<sup>os</sup> 34 et 35).

#### 42 La femme intente une action au nom de son mari.

Aucun article du code ne fait de la femme le représentant *légal* de son mari (N<sup>o</sup> 37). A défaut de procuration en bonne et due forme (396. CC), la femme est représentant sans pouvoirs. Sa demande doit être rejetée. Si elle ne l'est pas, le jugement néanmoins obtenu ne lie pas le mari<sup>1</sup>.

Diriger sans droit un procès auquel on est partie (N<sup>o</sup> 38) ou le procès d'un tiers (N<sup>o</sup> 42) sont deux actes foncièrement différents. Il est normal que le premier produise des effets refusés au second.

#### 43 Le mari représentant intente une action de la compétence exclusive de la femme.

L'époux n'a aucun pouvoir légal de représenter la femme dans un litige relatif à ses biens réservés ou dans une action personnelle (N<sup>os</sup> 81, 88, etc.).

Il ne peut être que son représentant conventionnel. Une autorisation tacite de la femme au mari semble exclue<sup>1</sup>. Aucune disposition légale ne permet d'admettre une exception à la règle de 396. CO. A défaut de procuration régulière, la demande est rejetée pour défaut de qualité. Si elle ne l'est pas, le jugement néanmoins obtenu ne lie pas la femme<sup>2</sup>. Elle peut s'opposer à l'exécution forcée en prouvant qu'elle seule avait pouvoir de plaider. Elle peut aussi recommencer tout le procès<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> On peut cependant considérer la femme comme un gérant d'affaires (419 CO ss) et admettre une ratification de ses actes.

43

<sup>1</sup> *Bartholmès* p. 180; *Contra* : *Konrod* p. 78, pour les dettes de la femme. *Lemp*, 168 note 28, admet une « Zustimmung » de la femme au mari.

<sup>2</sup> Elle peut pourtant se prévaloir du jugement rendu s'il lui est favorable (gestion d'affaires); *Lemaire*, chose jugée, N<sup>o</sup> 98. Cf. aussi art. 38, 419 ss CO et N<sup>o</sup> 42 note 1.

<sup>3</sup> *Findeisen* p. 81.

Cependant, ce que cette règle a de trop absolu doit être corrigé : Il peut s'agir, non d'un bien réservé reconnaissable (190 CC, 1<sup>er</sup> et 3<sup>me</sup> cas), mais d'un bien dont le tiers ne connaissait ni ne devait connaître la qualité réservataire (190 CC, 2<sup>me</sup> cas). Il était en droit de se fier à la présomption de 193 CC, ainsi qu'à la règle de 168 : CC. Il peut aussi s'agir d'un cas de collision d'intérêts dont le tiers ne pouvait avoir connaissance. C'est alors en raison de son ignorance excusable des faits que le tiers n'a pas été en mesure d'objecter à temps le défaut de qualité pour agir.

Le tiers actionné par le mari peut à bon droit faire fonds sur la bonne foi et le pouvoir de plaider de ce dernier. Au contraire, le mari était ou devait être au courant des éléments de faits d'où résulte son incompétence. C'est encore là un cas où les époux pourraient se servir du droit des régimes, pour ne ratifier que les procès gagnés et recommencer les autres (voir N<sup>os</sup> 27, 34, etc.). On y parera en admettant que le mari connaissait ou devait connaître l'absence de son pouvoir de plaider. Il a donc commis un *dol* (41 : CO) à l'égard du tiers, lequel, s'il est de bonne foi, peut exiger de lui réparation du dommage, en l'espèce les frais qu'a entraîné la procédure inefficace.

**44 Un tiers intente à la femme, à l'insu du mari, un procès dont la conduite relève des pouvoirs de ce dernier.**

Il convient d'appliquer à la femme défenderesse les mêmes règles qu'à la femme demanderesse. (Cf. N<sup>o</sup> 38 ss). Une autre solution mènerait à une situation inextricable en cas de demande reconventionnelle.

La demande du tiers est, en principe, rejetée, car la qualité pour défendre de la femme n'est pas complète (N<sup>o</sup> 38). Les présomptions légales de 193 et 168 : CC étant contre lui, le tiers supporte les frais et les dépens.

Toutefois, le demandeur doit d'abord être mis à même de prouver le pouvoir de plaider de la défenderesse. Il doit alors établir que l'objet du procès est un bien réservé<sup>1</sup> ou un droit personnel

<sup>1</sup> La présomption de 193 CC vaut aussi pour les tiers. La charge de la preuve de 196 : CC peut aussi leur incomber (*Gmür* 193 N 4).

de la femme, qu'il y a collision d'intérêts entre les époux ou encore que le mari a autorisé, expressément ou tacitement, la femme à plaider elle-même (N° 38 in fine).

Si un jugement est néanmoins intervenu et passé en force, le défaut de qualité devient inopérant. Il y a chose jugée définitive et immédiatement exécutoire (N° 40 et 41).

**45 Un tiers s'en prend à la femme alors que le défendeur devrait être le mari personnellement. Sa demande doit être rejetée. Si elle ne l'est pas, le jugement ne lie pas le mari (Cf. N° 42).**

**46 Un tiers actionne la femme représentée par son mari, alors que la conduite du procès est de la compétence exclusive de l'épouse, qu'il s'agisse de ses biens réservés, d'une de ses actions personnelles, qu'il y ait collision d'intérêts entre les époux, etc...**

Le mari n'a aucun pouvoir de représentation légale. A défaut de procuration conventionnelle (396 : CO, N° 85), il n'a pas qualité pour défendre. Une des conditions de recevabilité manque. La demande doit être rejetée<sup>1</sup>.

Si elle ne l'est pas et qu'un jugement intervienne, il ne lie pas la femme<sup>2,3</sup>. Il n'est pas exécutoire<sup>4</sup>.

Il n'y a pas lieu ici de protéger le tiers demandeur comme on l'a fait du tiers défendeur (N° 43). Le demandeur n'a pas pris tous renseignements utiles. Il n'a pas tenu compte du fait que la femme n'est pas toujours ni partout représentée par le mari. Il ne peut donc s'en prendre qu'à lui, s'il doit recommencer la procédure<sup>5</sup>.

Pourtant, si le mari, par négligence ou mauvaise foi, n'a pas opposé, d'entrée en cause, son incompétence et a ainsi laissé le tiers

---

<sup>1</sup> C'est au mari à prouver que les présomptions de 193 et 168 : CC ne jouent pas (Seifert p. 121 note 34).

<sup>2</sup> Lemp 168 N 28.

<sup>3</sup> Mais le mari est un gérant d'affaires dont elle peut ratifier les actes, cf. N° 42 note 1.

<sup>4</sup> En droit de poursuite. Cf. N° 114 note 1.

<sup>5</sup> Voir au N° 62 lettre f un moyen de parer à ce risque.

continuer inutilement une longue procédure, le juge en tiendra compte en prononçant sur les frais et dépens.

**47 Un tiers intente à la femme une action qui touche autant ses biens réservés que ses apports, lorsqu'il réclame d'elle le paiement d'une dette générale (207 CC). C'est là un cas particulier qui est étudié aux N<sup>os</sup> 116 ss).**

### CHAPITRE III

#### **Les attributions maritales en matière de transaction, acquiescement et désistement**

**48 L'article 202, CC interdit au mari de disposer sans le consentement de sa femme des apports de celle-ci.**

Dans quelle mesure cette interdiction s'applique-t-elle aux actes de procédure ? *Lequel, des articles 168 et 202 CC, l'emporte sur l'autre ?*

**49 Il faut noter d'emblée que le consentement de la femme ne se présume pas. L'article 202, in fine exclut en effet toute présomption dès qu'il s'agit visiblement d'un bien de la femme et non d'un bien du mari. En procédure, l'époux agit au nom de l'épouse. Aucun doute n'est possible pour personne : l'objet du procès est un bien de la femme. Il n'y a plus, dès lors, aucune raison de faire application de la présomption de l'article 202 :<sup>1</sup>.**

**50 Sur un point, la doctrine est unanime : plaider n'est pas disposer de l'objet du litige<sup>1</sup>. En principe donc, le mari n'a nul besoin du**

---

<sup>1</sup> *Contra* : *Bartholmèss* p. 145.

<sup>1</sup> Voir notamment *Lotz* p. 431, et les auteurs qu'il cite, *Egger* 168 N 7, etc. ...

consentement de sa femme pour plaider ; l'article 168 prime l'article 202.

Le mari détient ainsi l'incontestable pouvoir d'accomplir tous actes ordinaires de procédure. Par exemple, pour des raisons essentiellement pratiques, il n'a nul besoin du consentement de sa femme pour admettre un fait allégué par la partie adverse<sup>2</sup>. Les droits de la femme sont suffisamment sauvegardés par le pouvoir d'appréciation du juge : ainsi, dans toute cause où il y a visiblement collusion entre le mari et l'adverse partie, le juge ne doit pas rendre son jugement avant d'avoir interrogé la femme<sup>3</sup>.

51 En revanche, il y a controverse sur le point de savoir si la transaction<sup>1</sup> (Vergleich), le désistement (Klagerückzug) ou l'acquiescement (Klageanerkennung) sont de simples actes de procédure, soumis à l'article 168, et rentrant dans les attributions du mari, ou si, au contraire, il s'agit là d'actes de dispositions, soumis à l'article 202, CC et dont la validité est subordonnée au consentement de la femme.

Pour la majorité des auteurs<sup>2</sup> l'article 168, CC régit tout le domaine de la procédure. On n'y trouve aucune exception semblable à celle que pose l'article 202 CC à la règle de l'article 200 CC. Le mari a donc pleins pouvoirs.

Sinon il serait parfois difficile de savoir in casu si consentement fut ou non donné. La sécurité juridique en souffrirait. La partie adverse serait parfois obligée de soutenir un second procès, éventualité que l'article 168, a précisément pour but d'éviter (N° 7 note 13).

---

<sup>2</sup> L'aveu judiciaire ainsi formé pourrait être assimilé à un acte de disposition. Toutefois, limiter à ce point les pouvoirs du mari reviendrait à le priver en fait de presque tout son pouvoir de plaider. Il ne saurait en être question.

<sup>3</sup> *Findeisen* p. 62.

## 51

<sup>1</sup> transaction judiciaire. La transaction extrajudiciaire est manifestement un acte de disposition (202 CC).

<sup>2</sup> *Gösehke* p. 484, *Lotz* p. 431 sq., *Gmür* 168 N 11 o., *Seifert* p. 34-40, *Egger* 168 N 7 (pas catégorique), *Findeisen* p. 56-62, *Konrad* p. 60, *Türkmen* p. 173.

Ces auteurs reconnaissent par ailleurs qu'ils procurent ainsi au mari de belles et faciles occasions de collusion. Comme remède, M. LOTZ (p. 432) propose de donner à la femme le droit d'attaquer la validité de l'acte accompli par le mari, en prouvant que ce dernier en a tiré un profit personnel et n'a usé de son pouvoir de plaider que pour tourner l'article 202, CC. M. Lotz n'indiquant pas quelle disposition légale permettrait de donner cette action à la femme, M. SEIFERT (p. 40) propose d'appliquer l'article 2 CC.

52 Pourquoi donc recourir à l'abus de droit alors qu'il est si simple d'appliquer l'article 202, CC à ces actes de procédure ?

Se désister, acquiescer ou transiger, ne sont pas de simples actes de procédure, ce sont bien des actes de disposition au sens habituel<sup>1</sup>. Preuve en soit, par exemple, que la transaction est un contrat<sup>2</sup>. Comme tout contrat, une transaction comporte souvent un acte de disposition, soumis comme tel à l'article 202, CC.

En outre, l'État organise la justice. Il protège les droits de la femme par la garantie des règles de procédure. Dans un procès ordinaire, il est assez difficile au mari de trahir les intérêts de sa femme. Le juge peut les sauvegarder dans une certaine mesure, en ordonnant, par exemple, que soient administrées d'office des preuves négligées par le mari (323 cpc NE, 214 cpc BE). Le pouvoir d'appréciation du juge est grand (214 cpc NE, 219 cpc BE). Le jugement ne répond donc pas obligatoirement aux désirs d'un mauvais mari. Par contre, en cas d'acquiescement, de transaction, de désistement, toutes ces garanties tombent. Le juge ne peut plus guère qu'entériner. Ce fait montre bien que ce ne sont pas là de simples actes de procédure<sup>2</sup>.

La protection de la femme exige qu'on applique ici l'article 202. Quant aux tiers, ils sont, il est vrai, exposés à devoir reprendre le procès avec la femme. Mais ils sont seuls responsables d'avoir négligé de requérir le consentement de la femme à la transaction, etc... opérée par le mari.

<sup>1</sup> Cf. *Scheppler* p. 12, *Staudinger* N 5 ad 1400 BGB, *Leuch* 35 N 1 p. 58, etc...

<sup>2</sup> Cf. ATF 60 II 57 = JT 1934 p. 201. Jugement et transaction sont d'essences différentes, l'un est de droit public, l'autre de nature plutôt privée.

Cette solution s'impose aussi pour des raisons de simplification et de systématique : Il est bon qu'une seule et même règle vaille pour toute l'administration maritale, lato sensu.

On peut partager dès lors l'opinion de la minorité des auteurs<sup>3</sup> : Pour transiger, acquiescer ou se désister dans un procès d'apports de la femme, le consentement de celle-ci est nécessaire. A défaut, il n'y a pas chose jugée.

53 Le mari n'a toutefois pas besoin du consentement de sa femme pour accomplir un acte de « simple administration » (202 CC)<sup>1</sup>.

L'un des critères qui permet de ranger un acte d'administration dans cette catégorie est le critère d'urgence (M. KNAPP). Bien que, vu son importance, une transaction, un désistement ou un acquiescement ne puisse généralement pas être considéré comme un acte d'administration courante, en revanche, dès qu'il y a maladie, absence de la femme, impossibilité de l'atteindre à temps, en un mot, dès qu'il y a urgence, le mari peut transiger, acquiescer ou se désister valablement sans le consentement de sa femme<sup>2</sup>.

Ainsi, il est parfois nécessaire de transiger dans les délais les plus brefs pour éviter une augmentation des frais ou pour profiter sans tarder de la bonne volonté peut-être passagère de la partie adverse. Le devoir de bonne administration du mari exige alors qu'il transige immédiatement. L'article 202 CC lui permet de le faire valablement sans le consentement de son épouse.

On prend le procès et son déroulement comme un fait, analogue à un accident naturel qui peut menacer à brève échéance les droits de la femme. Si c'est le cas, l'acte incriminé est ordinaire au sens de l'article 202 CC et, partant, le mari n'a pas besoin du consentement de la femme pour l'accomplir.

---

<sup>3</sup> Bartholmèss p. 145, Leuch 35 N 1 p. 58, Lemp 168 N 14. Voir aussi Guldener p. 242 N° 4 et Schweizer, ZSR 47 p. 96 a.

53

<sup>1</sup> Mieux vaudrait parler ici d'*administration courante*, terme plus précis et meilleur équivalent de l'allemand « gewöhnliche Verwaltung ».

<sup>2</sup> Cf. N° 36, note 2.

## CHAPITRE IV

### Les obligations du mari, la sanction de leur inobservation

54 « Le mari a non seulement le droit, mais aussi l'obligation d'administrer les biens de sa femme » (JT 1949 p. 19 = ATF 74 II 74). Il jouit de ce droit non dans son intérêt propre, mais dans celui de l'union conjugale (N° 73).

Pour bien administrer, il faut parfois plaider. Conduire un procès n'est, en effet, pas autre chose qu'accomplir un acte d'administration, au sens large de ce terme. L'époux a donc non seulement le pouvoir mais aussi le devoir de plaider relativement aux apports de l'épouse<sup>1</sup>.

Cette obligation va de soi lorsque la femme est attaquée en justice.

En revanche, il est plus difficile de déterminer quand une saine administration exige que le mari agisse en justice au nom de la femme.

C'est une question d'opportunité à résoudre in casu. Un procès coûte. Mieux vaut éviter d'en faire d'inutiles, contre des défendeurs insolubles, par exemple<sup>2</sup>. Le mari, chef de l'union conjugale, décide s'il est opportun de plaider<sup>3</sup>.

Le mari n'est évidemment pas obligé de conduire le procès lui-même. Il peut en charger un avocat, une tierce personne, voire sa femme elle-même<sup>4</sup>, pourvu qu'elle y consente<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Göschke p. 488, Gmür 168 N 14, Seifert p. 41, Egger 168 N 6, Findeisen p. 37, Konrad p. 59, Lemp 168 N 15.

<sup>2</sup> Seifert p. 42.

<sup>3</sup> Le mari peut plaider même contre la volonté de la femme (Lemp 168 N 13).

<sup>4</sup> Egger 168 N 6; Cf. ci-dessus N° 32.

<sup>5</sup> Lemp 168 N 15.

Cette obligation ne vaut qu'à l'égard de la femme. La partie adverse n'est pas en droit d'exiger que le mari conduise lui-même le procès<sup>6</sup>.

55 Il peut arriver que le mari ne remplisse pas ses obligations :

Négliger de répondre à un exploit de demande ; ne pas intenter une action urgente, proche d'être prescrite ; au cours même d'un procès, négliger ses devoirs de plaideur, par exemple, en ne répondant pas aux demandes d'instructions de l'avocat, etc... constituent autant de comportement contraires au droit. Peu importe que le mari agisse ainsi par négligence ou par malhonnêteté, ensuite de collusion avec l'adverse partie.

56 Le mari a l'obligation d'administrer en bon père de famille les biens qui lui sont confiés. S'il y contrevient, comment la femme est-elle protégée ?

Le mari est responsable de sa gestion des apports. En matière de procédure, il répond à l'égard de sa femme de toutes ses fautes et négligences<sup>1</sup> (Cf. N° 55). La loi (201 CC) l'assimile à l'usufruitier de 745 CC. Il naît de ce chef une créance entre époux<sup>2</sup>.

Toutefois, cette responsabilité du mari n'est qu'une arme indirecte et parfois inefficace : Si l'époux est insolvable, de quoi sert à l'épouse d'avoir une créance contre lui ?

Bien plus, une telle créance n'est exigible qu'à la fin du mariage nu du régime (209 CC). L'écoulement du temps efface souvent toutes les preuves. Il est alors difficile, sinon impossible d'établir la négligence ou la malhonnêteté du mari.

Pour y remédier, M. LOTZ<sup>3</sup> propose que, immédiatement après le procès mal mené, la femme actionne le mari en constatation du

---

<sup>6</sup> Seifert p. 44. Cf. aussi Göschke p. 488.

56

<sup>1</sup> Lotz p. 432, Göschke p. 488, Gmür 168 N 14, Seifert p. 49, Egger 168 N 6 in fine, Findeisen p. 37, 73, Lemp 168 N 15.

<sup>2</sup> Cf. 209 CC; Lotz p. 432, Seifert p. 51.

<sup>3</sup> Lotz p. 432, Cf. aussi Seifert p. 51.

montant de la récompense née de ce chef (Feststellungsklage). Peut-être pourrait-on également présenter une requête de preuve à futur (310 ss ope NE, 222 ss ope BE).

**57** Le mari encourt aussi une responsabilité pénale : En cas de gestion dolosive des apports de la femme, il peut être reconnu coupable de *gestion déloyale* (159 CPS), voire d'*abus de confiance* (140 CPS)<sup>1</sup>.

**58** L'épouse peut exiger en tout temps de l'époux qu'il la renseigne sur l'état des apports (205 : CC). En cas de refus des renseignements ou sans même les avoir demandés, la femme peut, également en tout temps, exiger des sûretés (205 : CC). Elle n'a nul besoin d'apporter la preuve que ses droits sont menacés<sup>1</sup>.

Si les sûretés sont refusées, l'épouse demande la séparation de biens (183 ch 2 CC). Par la voie de mesures provisoires ou conservatoires, elle obtient immédiatement le droit de conduire le procès.

Malheureusement, ce procédé est lent. De plus, il peut paraître exagéré de demander la séparation, d'obliger ainsi le mari à rendre les apports, à verser un tiers du bénéfice, uniquement pour obtenir de diriger un procès !

**59** La femme peut-elle obtenir du juge qu'il enlève au mari le droit de conduire le procès pour le lui confier ?

Le projet du CF donnait au juge, dans son article 177, le pouvoir de prendre « les mesures nécessaires pour la protection de l'union conjugale ». Cette disposition « passe-partout » aurait permis à la jurisprudence de corriger nombre des imperfections du droit des régimes matrimoniaux. Elle aurait notamment permis au juge de confier la direction d'un procès à la femme.

**57**

<sup>1</sup> BJP 1945 N° 25, 1951 N°s 129 et 217, 1953 N° 110, 1954 N° 259, 1955 N° 33. Par contre, selon l'OG de BL, Amtsbericht 1942 p. 36, l'article 292 CPS est inapplicable au mari qui refuse de donner les renseignements ou les sûretés (205 CC) exigés par le juge du divorce.

**58**

<sup>1</sup> Motifs p. 144 (Erläuterungen p. 169).

Malheureusement, les conseillers nationaux n'ont pas voulu donner au juge un pouvoir aussi étendu<sup>1</sup>. L'article 169 CC ne lui permet plus que « les mesures prévues par la loi ». Nulle disposition égale ne le prévoyant, il ne saurait donner à la femme pouvoir de plaider<sup>2</sup> (voir cependant le N° 131).

De lege ferenda, ce serait pourtant, et de loin, la meilleure solution.

Le juge peut par contre admonester le mari et chercher à le ramener à ses devoirs. L'absence de sanction rend cette procédure assez illusoire.

Il lui est aussi loisible d'ordonner la confection d'un inventaire (197 CC)<sup>3</sup>, mais cela n'empêche guère le mari de continuer à faire fi de ses devoirs.

En définitive, « dans le régime de l'union des biens, le mari » dispose de pouvoirs étendus sur les biens matrimoniaux... les droits » de la femme ne sont pas garantis comme ils devraient l'être<sup>4</sup>.

La loi est mal faite ; elle ne donne pas à l'épouse d'armes<sup>5</sup> suffisamment efficaces pour parer à la négligence ou à la malhonnêteté de l'époux.

## CHAPITRE V

### La femme peut-elle intervenir au procès d'apports ?

**60** Par définition, la tierce-intervention, ou intervention d'un tiers (47 cpe NE, 44 cpe BE) n'est possible qu'en un procès à l'égard

---

<sup>1</sup> Bull. Sten. CN 1905 p. 654 et p. 668. Voir aussi ATF 78 II 296 = JT 1953 p. 495 c. 5.

<sup>2</sup> *Gmür* 168 N 27, *Vollenweider* p. 55.

<sup>3</sup> *Bortholmèss* p. 152.

<sup>4</sup> Chambre d'accusation NE, décision du 16. 11. 1953, sur recours Choux.

<sup>5</sup> Voir encore le chapitre suivant.

duquel l'intervenant apparaît comme un tiers. Intervenir dans son propre procès est un non sens<sup>1</sup>.

S'il est possible d'envisager que la femme intervienne dans le procès d'apports mené par le mari en qualité de partie<sup>2</sup>, il est en revanche difficile de la considérer comme un tiers dans un procès où elle est elle-même partie<sup>3</sup>.

Certains auteurs donnent pourtant ce droit à la femme, pour des raisons pratiques, estimant que la difficulté théorique n'est pas insurmontable<sup>4</sup> ou qu'il convient de lui accorder ce droit par analogie avec les intervenants réguliers<sup>5</sup>.

61 S'il s'agit d'un procès qui relève de la seule compétence du mari, on ne voit pas bien comment la femme pourrait agir en procédure, comme intervenante ou autrement. Paradoxalement, seul le mari serait compétent pour intervenir au nom de la femme dans le procès qu'il dirige déjà en sa qualité de représentant !

S'il s'agit d'un procès que seule la femme a le droit de diriger, de deux choses l'une : — ou bien le mari représentant agit contre un tiers : rien ne paraît devoir empêcher la femme également d'actionner de son côté, directement, le tiers défendeur — ou bien un tiers actionne la femme représentée par son mari : c'est là le seul cas où on pourrait envisager une intervention de la femme.

Même dans ce cas, le jugement rendu contre le mari ne lie pas la femme (N° 46). Par ailleurs, l'intervenant n'est pas en mesure d'empêcher grand chose. C'est là une arme moins utile qu'il ne paraît à première vue.

Accorder ce droit à la femme ne serait guère utile. Théoriquement, ce serait difficile à justifier. On lui refusera donc le droit d'intervenir aux procès d'apports.

---

<sup>1</sup> Morel p. 264.

<sup>2</sup> Le mari est partie et la femme peut intervenir au procès selon *Schweizer* p. 29 et *Schulz* p. 112. Cf. N° 6.

<sup>3</sup> *Droin* p. 124, *Göschke* p. 484, *Gmür* 168 N 16, *Lemp* 168 N 16.

<sup>4</sup> *Egger* 168 N 7.

<sup>5</sup> *Seifert* p. 124-129, *Leuch* 35 N 1 p. 58; voir aussi *Bartholmèss* p. 146.

## CHAPITRE VI

### L'application pratique de la règle de 1682 CC, diverses questions de procédure

62 La demande est notifiée par qui a pouvoir de plaider à qui possède ce pouvoir.

La demande de la femme peut donc, par exemple, être ainsi libellée :

a) : « M<sup>me</sup> X, au nom de qui agit son mari, M. X, ... »

b) : « M<sup>me</sup> X, commerçante, ... »

c) : « M<sup>me</sup> X, ... agissant tant en son nom personnel que par l'intermédiaire de son mari, M. X, représentant légal, ... »  
suivant les cas et les attributions respectives des époux (Cf. Nos 73-138).

De même, on signifie juridiquement la demande :

d) : « à M<sup>me</sup> X, en s'adressant à son mari, M. X. ... »

e) : « à M<sup>me</sup> X, commerçante, ... »

f) : « à M<sup>me</sup> X, ..., en s'adressant tant à elle-même qu'à son mari, M. X, ..., représentant légal ».

Dans le doute, pour éviter de s'adresser au mauvais conjoint et de devoir recommencer le procès, on peut user de la formule f) ci-dessus. On est ainsi assuré que la demande est recevable pour l'un au moins des conjoints<sup>1</sup>.

Pour s'en prendre à la femme tant personnellement que représentée par son mari, on notifie une copie de la demande à chacun des conjoints<sup>2</sup>, comme s'ils étaient consorts défendeurs, puisqu'ils

---

<sup>1</sup> N° 84, dernier alinéa. On court toutefois le risque de voir l'action déclarée mal fondée à l'égard de l'un des conjoints.

<sup>2</sup> Cf. ATF 67 II 12 et Nos 112, 123.

représentent en justice deux patrimoines pratiquement distincts : les biens de l'union et les biens réservés de la femme.

En règle générale, les conclusions demandent la constatation de la créance de la femme et le paiement entre les mains du mari, ou la constatation de la dette de l'épouse et l'obligation pour l'époux de souffrir l'exécution des apports<sup>3</sup>, etc...

Toutefois, le mari est en droit de diriger la procédure même s'il n'est pas mentionné dès le début dans les actes (N° 35). De même, l'article 200 CC lui permet d'obliger un débiteur de la femme à s'exécuter entre ses mains, même si aucun chef de conclusion n'a été pris dans ce sens.

**63** Le for, ou compétence à raison du lieu, est fonction du domicile (8 cpc NE ; 20 cpc BE ; 25 CC). Le domicile de la femme est normalement celui du mari. En règle générale, la femme est donc actionnée au domicile du mari.

Cependant, dans la mesure où la femme jouit d'un domicile séparé, c'est là qu'on l'actionne<sup>1</sup>.

**64** Le défaut de pouvoir de plaider de la femme<sup>1</sup> ou du mari<sup>2</sup> ne doit pas avoir pour conséquence le rejet d'entrée de cause de la demande. Les conjoints portent remède à ce défaut en produisant après coup une procuration, voire, pour la femme, une simple autorisation (voir N°<sup>s</sup> 32 à 37, 43 note 2, 46 note 3).

**65** Les demandes reconventionnelles et, notamment l'exception de compensation, posent un problème délicat.

Il est bien clair que mari et femme sont deux personnes dis-

---

<sup>3</sup> Lotz p. 432 sq, Seifert p. 132.

**63**

<sup>1</sup> Cf. Seifert p. 130; Stauffer, 15 N 49; Leuch 35 N 1; voir aussi N° 80 ad note 2.

**64**

<sup>1</sup> Amtsbericht SG 1936 N° 3; Cour de Cassation Civile NE t. VI p. 165.

<sup>2</sup> Entscheidungen des Appellationsgerichts BS 1941/42 p. 52.

tinctes. Le débiteur de la femme ne peut donc compenser sa dette avec les créances qu'il a contre le mari<sup>1 2</sup>.

Convient-il, en revanche, d'admettre la compensation d'une dette réservataire de la femme par une créance relevant de ses apports ? Ne pas l'admettre lèse les intérêts des tiers, auxquels pourtant, par principe, le mariage ne doit pas porter préjudice (N° 27). En revanche, l'admettre serait permettre à la femme de disposer indirectement de ses apports sans l'accord du mari et, partant, bouleverser toute la systématique du régime de l'union. Il faut donc refuser au créancier réservataire le bénéfice de la compensation avec des actifs relevant des apports<sup>2</sup>.

Par contre, rien ne paraît s'opposer à la compensation d'une dette générale par une créance réservataire de la femme (Cf. art. 207 CC).

66 En conciliation, c'est le mari qui comparait<sup>1</sup>, puisqu'il a seul pouvoir de décider si plaider est opportun ou non (N° 54). Mais comme il a besoin du consentement de la femme pour acquiescer, transiger ou se désister (N° 52), le juge fera bien de convoquer les deux époux.

En cours de procédure, c'est le mari qui comparait aux audiences, qui fait valoir les moyens de droit, etc., en un mot, c'est l'époux qui agit et décide<sup>2</sup>, tout comme s'il était partie. La femme ne peut intervenir au procès (N° 61).

La femme, partie, ne peut être témoin. En revanche, en procédure vaudoise tout au moins, rien ne s'oppose à l'audition du mari représentant légal en qualité de témoin<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> la femme recouvre d'ailleurs dans ce cas plein pouvoir de plaider (N° 80 note 4).

<sup>2</sup> Seifert p. 131 sq.

66

<sup>1</sup> Seifert p. 131.

<sup>2</sup> Seifert p. 134. Cf. N° 54.

<sup>3</sup> TC VD, JT 1955 III p. 96. Mieux vaudrait peut-être se contenter d'un simple interrogatoire. Cf. *Findeisen* p. 55, *Seifert* p. 133.

Le jugement doit contenir toutes les indications nécessaires relativement à la personne qui a dirigé le procès<sup>4</sup>.

Les effets du jugement ont été étudiés plus haut (N° 38 ss).

**67** Les frais et dépens sont supportés par la partie perdante (358 ss cpc NE, 57 ss cpc BE). La femme, partie, sera donc, cas échéant, condamnée à les payer.

Cependant, en définitive, c'est le mari qui supporte les frais et dépens : Un procès est un acte d'administration dont le coût est à la charge du mari (article 202, CC). Il semble que telle soit la règle même si le produit des apports est insuffisant<sup>1</sup>. Lorsqu'il s'agit de frais considérables, on peut se demander cependant s'il ne serait pas équitable d'en faire supporter une partie aux apports de la femme.

De lege ferenda M. GÖSCHKE propose (p. 492) de condamner directement le mari à payer les frais et dépens des procès d'apports. Telle est la réglementation adoptée par le ZPO de Bâle-Ville (article 44).

Un procès gagné fait souvent s'accroître la masse des apports et augmente en même temps les bénéfices qu'en tire le mari. Il est donc normal qu'il supporte le coût d'un procès perdu, même si c'est la femme qui l'a dirigé parce qu'elle y était autorisée<sup>2</sup> (N° 32), ensuite de collision d'intérêts (N° 78), etc...

**68** La femme sans biens réservés se trouve dans l'impossibilité matérielle d'intenter normalement ses actions personnelles (N° 88). Elle est ainsi indirectement privée du droit à la protection juridique. Ce résultat est choquant. Aussi, le mari a-t-il l'obligation

---

<sup>4</sup> *Göschke* p. 491, *Seifert* p. 133, *Findeisen* p. 77. Ce sont les mêmes indications que doit contenir la demande (N° 62).

**67**

<sup>1</sup> *Seifert* p. 138. Cf. aussi *Bartholmèss* p. 146. Il en va autrement si la femme a dirigé le procès sans droit et sans le consentement du mari (208 ch. 2 CC, *Bartholmèss* p. 174, *Leuch* 35 N 1 p. 58).

<sup>2</sup> *Findeisen* p. 63. C'est une dette générale, puisque contractée avec l'accord du mari (207 ch. 2 CC).

d'avancer à la femme l'argent nécessaire<sup>1 2</sup>. Il en est ainsi à d'autant plus forte raison que la femme ne peut pas obtenir l'assistance judiciaire si son mari est en mesure de lui avancer les frais du procès (N° 69).

Pour fixer le montant des avances exigibles, on met en regard les besoins du bénéficiaire et les moyens financiers du débiteur<sup>3</sup>.

Les honoraires d'avocat, provisions, etc... sont assimilables aux autres frais de justice. Le mari doit aussi en faire l'avance, car la femme a besoin de l'avocat pour un procès au même titre que du médecin pour une maladie<sup>4</sup>.

En cas de gain du procès et si le bénéfice qu'elle en tire le permet, la femme doit restituer au mari les avances qu'il lui a versées<sup>5</sup>.

69 L'assistance judiciaire n'est accordée à l'un des époux que si cela paraît justifié eu égard à la situation financière du ménage, pris en tant qu'unité économique. La femme d'un mari aisé ne l'obtient pas, même si elle ne possède rien<sup>1</sup>.

C'est de cette règle de droit administratif qu'on déduit, en droit civil, l'obligation d'avancer les frais de tout procès du conjoint. Le droit à la protection juridique est ainsi assuré pour tous, soit aux frais du conjoint, soit à ceux de l'Etat.

---

<sup>1</sup> C'est un besoin moral de la femme. ATF 66 II 71; Egger 145 N 17, 160 N 11; OG von LU, 4 nov. 1948, Maximen, t. VIII p. 440, IX p. 486.

<sup>2</sup> Même si elle n'a fait aucun apport au mariage (Cour de Cassation Civile NE t. V p. 550).

<sup>3</sup> Weiss, Festschrift Fritzsche p. 164.

<sup>4</sup> Seifert p. 136; BIZR 1950 N° 193 p. 358.

<sup>5</sup> Findeisen p. 63, Lemp 159 N 32; Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen, Argovie 1953, p. 11. Un jugement de divorce prononcé à ses torts peut aussi obliger la femme à restituer les avances reçues (ATF 66 II 70).

<sup>1</sup> Göschke p. 492; Seifert p. 138; Findeisen p. 63.

## CHAPITRE VII

### Début et fin des effets de la règle de 1682 CC

70 Dès la conclusion du mariage ou dès l'inscription d'un changement de régime, le procès dirigé jusqu'ici par la femme passe directement sous le pouvoir de plaider du mari. Il reprend le procès en cours, dans l'état où il le trouve<sup>1</sup>.

Il peut aussi autoriser la femme à plaider elle-même (N° 32). On admet d'ailleurs que, dans ce cas, l'autorisation du mari se présume<sup>2</sup>.

71 De même, le procès dirigé par le mari passe sous le pouvoir de plaider de la femme dès le prononcé du divorce ou des mesures provisoires qui le précèdent, dès l'inscription de la séparation de biens, etc...<sup>1</sup>.

Le mari n'a plus aucun pouvoir légal de plaider. L'épouse est en droit de reprendre le procès même contre la volonté de l'époux<sup>2</sup>.

En revanche, rien n'empêche l'épouse de confier la conduite du procès à son mari. Une procuration régulière est alors nécessaire (394 ss CO).

L'action est recevable même si la femme avait commencé la procédure sans jouir du pouvoir de plaider<sup>3</sup>. A cet égard, la situa-

---

<sup>1</sup> Seifert p. 106; Findeisen p. 94; Lemp 168 N 26.

<sup>2</sup> Leuch 35 N 1, ZBJV 75 p. 535 c. 3.

71

<sup>1</sup> Bartholmès p. 178; Gmür 168 N 27; Lemp 168 N 26; Findeisen p. 70; Schlatter p. 58; Souter, Neue Juristische Wochenschrift 1953, p. 811. Ce problème s'est posé pour tous les procès de femmes mariées pendants devant des tribunaux de la République Fédérale Allemande le 1<sup>er</sup> avril 1953, date d'entrée en vigueur de la « Gleichberechtigung » constitutionnelle.

<sup>2</sup> Reinicke, Neue J. W. 1953 p. 685 N 2.

<sup>3</sup> Findeisen p. 70; BIZR 41 N° 64 c. 2.

tion de fait déterminante est celle devant laquelle on se trouve au moment du jugement et non pas celle du début de l'instance<sup>4</sup>.

**72** Le régime à prendre en considération est le régime externe. Le régime interne n'est pas opposable aux tiers et, partant, sans effet à l'égard de l'adverse partie<sup>1</sup>.

---

<sup>4</sup> *Leuch* 160 N 1; *Findeisen* p. 93.

**72**

<sup>1</sup> *Egger* 168 N 17; *Findeisen* p. 70; *Lemp* 168 N 19; *ZBJV* 49 p. 626. Cf. aussi N<sup>os</sup> 27 et 132.

## TROISIÈME PARTIE

### Les cas particuliers

**73** La *ratio legis* de l'article 168 : est déjà apparue au cours des chapitres précédents :

Dans les limites des droits de la femme, le mari, chef de l'union conjugale, administre les biens matrimoniaux. Son administration doit être aussi rationnelle que possible. Or, la bonne administration d'un patrimoine exige parfois qu'on soutienne un procès. Il incombe donc au mari de s'occuper des procès relatifs aux biens administrés<sup>1</sup>.

Mettant l'accent sur les intérêts propres du mari, M. EGGER<sup>2</sup> défend l'opinion que l'article 168 : est institué pour que le mari puisse sauvegarder les droits que lui confère le régime matrimonial. Cette thèse ne paraît guère compatible avec la *ratio legis* qu'on vient de rappeler. L'article 168 : donne non seulement des droits, mais encore des devoirs au mari (N° 54). Mieux vaut donc dire que cette disposition protège les intérêts de l'union conjugale comme telle.

Dès lors, pour déterminer, dans un cas particulier, s'il y a lieu ou non d'appliquer l'article 168 : il faut avoir égard :

d'une part à la qualité de chef de l'union conjugale qu'a le mari, d'autre part aux implications économiques du mariage, au meilleur emploi des biens de l'union conjugale « pour couvrir les besoins de la famille »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Findeisen* p. 46.

<sup>2</sup> 168 N 8.

<sup>3</sup> *E. Huber*, *Revue de morale sociale* 1899, p. 27; voir aussi *Findeisen* p. 84 sq.

Si les deux critères conduisent à des solutions opposées, il faut préférer l'intérêt de l'union conjugale à celui du mari<sup>4</sup> tant il est vrai que le chef d'une communauté ne doit pas pouvoir tirer avantage de sa position au détriment de la communauté.

74 Il convient aussi de rappeler que le mariage est d'abord une union de personnes, qui donne naissance à une famille. Il en résulte le plus souvent une union de patrimoines, mais celle-ci n'est — ou ne devrait être — qu'accessoire. Dès lors, au cas où des *intérêts personnels ou familiaux* sont opposés à des intérêts économiques, il convient de n'accorder qu'avec une grande prudence la primauté à l'économique. (Voir N° 89.)

75 La femme mariée jouit des droits civils (11 CC) et possède l'exercice de ces droits (13 CC). Elle est notamment capable d'ester en justice (168 CC)<sup>1</sup>. C'est là une règle. L'article 168 y apporte une *exception*. Comme toute exception, l'article 168 doit être interprété restrictivement (cf. N° 89 note 3). Le droit d'ester de la femme ne peut être limité que dans la mesure où le régime l'exige (cf. N° 88 note 3).

76 **Plan** : On étudiera successivement, à l'aide de ces principes, les problèmes particuliers qui se posent suivant la personne de la partie adverse, la nature du litige, les rapports internes et la personne des époux.

Les solutions proposées valent pour le régime de l'union des biens. Les chapitres consacrés aux autres régimes permettent au lecteur de déterminer dans quelle mesure il est possible d'y transposer les règles de l'union.

---

<sup>4</sup> en tenant compte également de l'intérêt des tiers; cf. N° 27.

75

<sup>1</sup> Cf. N° 17.

## La personne de la partie adverse

### CHAPITRE PREMIER

#### • Contestations avec des tiers • (168 z CC)

77 La même personne ne saurait être à la fois une des parties au procès et le représentant légal de l'autre. C'est pourquoi le mari n'est jamais le représentant légal de la femme dans les procès entre époux. Le texte de l'article 168 al. 2 ne laisse aucun doute à ce sujet. La femme recouvre le plein exercice de son droit d'ester<sup>1 2</sup>.

Il en est ainsi lors d'un procès en divorce ou en dissolution du régime matrimonial, à propos des contestations nées à l'occasion d'un acte juridique conclu entre époux, lorsque s'applique l'article 171 CC, etc...<sup>3</sup>.

Les proches de la femme, son père (SJ 51 p. 441), sont également des tiers<sup>4</sup>.

### CHAPITRE II

#### La théorie de la collision d'intérêts

78 Lorsque le mari et l'union conjugale ont des intérêts divergents, on a vu (N° 73) que l'article 168 n'a plus de raison d'être appliqué.

<sup>1</sup> Dans ce sens : *Bartholmèss* p. 178; *Egger* 168 N 11; *Findeisen* p. 72; *Göschke* p. 478; *Gmür* 168 N 15; *Huber*, bull. stén. 1905 p. 657; *Konrad* p. 65; *Lotz* p. 440; *Seifert* p. 103; *Lemp* 168 N 24.

<sup>2</sup> Les prétentions de la femme contre le mari relèvent des biens réservés (*Egger* 190 N 5). C'est là une raison de plus à l'appui de cette thèse (cf. N° 81).

<sup>3</sup> *Göschke* p. 477, *Seifert* p. 103. Ces deux auteurs citent aussi l'action en constatation de l'existence et du montant d'une récompense (cf. N° 56), *Lemp* (168 N 24) y ajoute les actions de 155, 242, 275 LP.

<sup>4</sup> *Lemp* 168 N 17

On en revient à l'article 168, et au libre exercice par la femme de son droit d'ester.

Il doit en être de même lorsque ce sont les intérêts de la femme qui divergent de ceux du mari. En effet, au droit d'administrer les intérêts de l'union et de la femme correspond pour le mari un devoir de sauvegarder aussi bien les intérêts de la femme en particulier que ceux de l'union en général<sup>1</sup>. Ce devoir ne peut être rempli normalement lorsqu'il y a collision entre les intérêts des époux.

Par ailleurs, lorsque les intérêts personnels du mari sont indirectement liés à ceux de la partie adverse, il est difficile de soutenir que le procès de la femme a lieu exclusivement « avec des tiers », au sens de l'article 168.<sup>2</sup>

Enfin, l'article 392 ch 2 CC enlève ses droits au représentant légal du mineur ou de l'interdit lorsque leurs intérêts sont « en opposition ». La femme mariée n'est ni mineure, ni interdite. Son représentant légal ne peut donc avoir des droits plus étendus que celui d'un incapable. En conséquence et à fortiori, en cas de collision entre les intérêts personnels des époux, les droits que l'article 168 confère au mari ne sauraient subsister. La femme recouvre l'exercice de son droit d'ester<sup>3 4</sup>.

On pourrait aussi envisager de lui nommer un curateur ad hoc, tout comme au mineur de l'article 392 ch 2. Mais cette solution doit être écartée : La femme mariée est majeure. Si les restrictions que le régime matrimonial apporte à l'exercice de son droit d'ester tombent, on ne voit pas quelle disposition légale justifierait la nomination d'un curateur à la femme. Au contraire, l'article 168 paraît exiger qu'on lui rende le plein exercice de ses droits.

---

<sup>1</sup> Seifert p. 48.

<sup>2</sup> Cf. N° 75.

<sup>3</sup> La représentation par le mari est la règle. C'est toujours à la femme de prouver qu'il y a collision et que la règle ne s'applique donc pas (Konrad p. 67, Seifert p. 90). Cf. aussi N° 84 note 1.

<sup>4</sup> Bartholmès p. 181; Egger 168 N 11; Findeisen p. 85; Giesker-Zeller p. 585 sq; Gmür 168 N 15, N. 28; Göschke p. 478; Lotz p. 441; Lemp 168 N 25; Seifert p. 88; Sträuli ad 30 ZPO; ZBJV 50 p. 371 N° 15.

79 Cette théorie de la collision se déduit si naturellement de la systématique du régime de l'union que son application la plus fréquente a fait l'objet d'une disposition légale, l'article 107 ch. 5 LP :

« Dans la saisie<sup>1</sup> pratiquée contre le mari, la femme peut exercer elle-même les droits qu'elle a sur ses apports, et l'article 168, deuxième alinéa, du code civil n'est pas applicable. » On évite ainsi que le mari puisse diminuer ses pertes personnelles au détriment des apports de la femme.

80 En général, s'il existe entre le mari et la partie adverse un rapport de droit tel que leurs intérêts sont liés, la femme recouvre l'exercice de son droit d'ester<sup>1</sup>. Il y a alors collision ensuite d'une situation de droit.

La collision d'intérêts peut aussi résulter d'une situation de fait, lorsque les époux vivent dans l'inimitié, sont en instance de divorce, font ménage séparé, etc.<sup>2</sup>. Une simple divergence d'opinion entre époux à propos du procès en cause ne suffit pas. Sinon, l'article 168 ne s'appliquerait plus guère ! Il faut qu'il y ait opposition d'intérêts en général et non seulement sur un point particulier<sup>3</sup>.

La Cour d'Appel de Berne<sup>4</sup>, suivie par M. SEIFERT (p. 88) va encore plus loin : Selon elle, il suffirait que le mari n'ait pas d'intérêt à une issue du procès favorable à la femme, pour que celle-ci recouvre le plein exercice de son droit d'ester. En d'autres termes, la Cour donne au *défaut d'intérêt du mari* les mêmes conséquences

---

<sup>1</sup> et dans la faillite, cf. *Jäger* 107 N 20, suppl. 1915; *Egger* 168 N 11; *Gmür* 168 N 29, etc...; *SJZ* 11 p. 367; *ZBJV* 50 p. 371 N° 15.

80

<sup>1</sup> par exemple, le mari est représentant légal de la partie adverse (son fils, etc.); il est caution d'un débiteur de la femme; la femme revendique un apport dont le mari avait disposé sans son consentement (202 CC. Cf. *Seifert* p. 89, *Konrad*, p. 66) ou encore, le débiteur de la femme est en même temps créancier du mari (*Göschke* p. 478).

<sup>2</sup> *Bartholmèss* p. 182 (« nous avons affaire à un naufrage de l'union conjugale »!). Cf. aussi *Findeisen* p. 17; *Seifert* p. 89; *Etter*, p. 67; *Konrad* p. 66; *SJZ* 21 p. 227 N° 183.

<sup>3</sup> *Seifert* p. 89.

<sup>4</sup> *ZBJV* 50 p. 373 N° 15.

qu'à la collision d'intérêts. C'est là un moyen ingénieux de rendre à la femme son droit d'ester dans un grand nombre de procès. Malheureusement cette extension de la théorie de la collision d'intérêts est aventurée : les trois arguments énumérés au début du numéro précédent pour justifier la théorie perdent toute valeur à l'égard de l'extension que lui donne la Cour de Berne.

En effet, on peut objectivement se méfier du mari dont les intérêts sont opposés à ceux qu'il représente. S'en méfier lorsqu'il n'a aucun intérêt en jeu serait aller trop loin ; la bonne foi se présume.

En second lieu, le procès est, dans ce dernier cas, indiscutablement lié avec un tiers, puisque le mari n'y a pas le moindre intérêt. On ne peut donc pas exclure de ce fait l'application de l'article 168.

Enfin, toute analogie avec l'article 392 CC est exclue, dès le moment où les intérêts des époux ne sont pas opposés.

Il paraît donc difficile de donner au défaut d'intérêt les mêmes conséquences qu'à la collision d'intérêts. Le mari conserve ses droits<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Le mari n'a d'intérêt qu'aux apports. Les actions de l'épouse qui ne présentent pas d'intérêt pour lui correspondent donc à peu près aux actions personnelles de la femme, qui ne touchent pas ses apports. Si dès lors l'argumentation de la Cour de Berne et de M. Seifert est à rejeter, leur conclusion peut être conservée : C'est, à peu de chose près, celle qu'on tire de la distinction entre actions réelles et personnelles de la femme (N<sup>o</sup> 88).

---

## La nature du litige

### CHAPITRE III

#### • Contestations... relativement à ses apports • (168 2 CC)

81 Le mari ne représente sa femme que lors des contestations relatives aux apports de celle-ci. Si la contestation relève des biens réservés de la femme, cette dernière dirige seule le procès<sup>1</sup>.

Les termes de l'article 168, établissant la capacité d'ester de la femme mariée sont formels. C'est une règle qui ne souffre que les exceptions clairement et expressément posées par la loi. Selon sa lettre, l'article 168 ne concerne que les apports. En conséquence, dès qu'il s'agit de *biens réservés*, l'époux n'a plus le droit de représenter légalement l'épouse. Celle-ci s'occupe elle-même de ses procès réservataires. Le mari n'y a aucun droit, tout comme la femme n'a aucun droit à s'occuper des procès réservataires de son mari.

Les biens réservés des époux sont en dehors du régime. C'est leur définition même. Or, une limitation au droit d'ester de la femme n'est possible, on l'a vu<sup>2</sup>, que dans la mesure où le régime l'exige. Dès lors, le régime matrimonial ne peut apporter d'entraves aux droits qu'a la femme sur ses biens réservés. Mariée ou non la femme se trouve dans la même situation à l'égard de chacun de ces biens. Le mariage n'a pas d'influence sur eux<sup>3</sup>.

La règle de l'article 13 CC, confirmée par l'article 168, exclut dans ce cas l'application de l'article 168, de même que toute ingérence du mari dans les affaires de sa femme.

---

<sup>1</sup> *Barihalmèss* p. 178 sq; *Egger* 168 N 9; *Gmür* 168 N 21; *Göschke* p. 475; *Konrad*, p. 53, p. 74 sq; *Seifert* p. 105; *Vollenweider* p. 53; SJ 1922 p. 572.

<sup>2</sup> Cf. N° 75.

<sup>3</sup> Cf. pourtant l'article 192 CC; mais le droit qu'a la femme de disposer de ses biens n'en est pas touché.

82 *La notion de contestation relative aux apports* a besoin d'être brièvement précisée. Une contestation est relative aux apports — donc soumise à l'article 168 — lorsque son objet fait partie des apports. Ceux-ci forment un patrimoine distinct<sup>1</sup>. Toute contestation relative à un bien ou à un droit<sup>2</sup> faisant partie de ce patrimoine est soumise à l'article 168. Elle concerne directement les apports.

83 Un procès qui ne touche pas directement les apports peut-il avoir pour conséquence indirecte une augmentation de leur substance ?

— Cette éventualité se produit rarement : le bénéficiaire tiré d'un procès réservataire est un bien réservé. D'autre part, on va voir<sup>1</sup> que la femme fait valoir seule ses actions personnelles. Les avantages matrimoniaux qu'elle en retire sont eux-mêmes bien réservés. Ainsi, l'indemnité compensant une incapacité de travail de la femme tient en quelque sorte lieu du salaire qu'elle est devenue inapte à gagner. Le salaire de la femme étant un bien réservé (191 ch 3 CC), l'indemnité va grossir la masse des biens réservés<sup>2</sup>. Le mari n'a aucun droit de regard sur ces procès<sup>3</sup>.

Un jugement qui constate l'existence d'une *dette générale* de la femme peut avoir pour conséquence une diminution de la substance des apports. Les procès y relatifs sont étudiés à part (N<sup>os</sup> 116 ss).

84 *Bien réservé ou apport ?* — Tout bien relevant du patrimoine de la femme est un apport, sauf s'il entre dans l'une des catégories de biens réservés énumérés limitativement à l'article 190 CC. Jusqu'à preuve du contraire, tout bien de la femme, y compris les biens acquis, est un apport (articles 193 et 194 CC).

---

<sup>1</sup> Egger 195 N 2, Mindlin p. 3, Denzler p. 61, Vaney p. 54. Gmür hésite (195 N 5).

<sup>2</sup> Par contre, il n'existe pas de dette qui grève uniquement les apports (cf. N<sup>o</sup> 113 note 1).

83

<sup>1</sup> N<sup>o</sup> 88.

<sup>2</sup> Mindlin p. 24; Egger 190 6 5, 191 N 18.

<sup>3</sup> Voir cependant les procès successoraux, N<sup>os</sup> 105 ss.

Les époux sont presque toujours en mesure de déterminer si l'objet d'un procès qu'ils vont intenter est un apport ou un bien réservé. Il se pose rarement à leur avocat des questions de fait insolubles. La femme est partie et dirige le procès<sup>1</sup> ou est au contraire représentée par son mari, suivant que l'objet du procès est un bien réservé ou un apport.

Le tiers créancier en revanche ne possède souvent pas les renseignements nécessaires sur l'objet du procès. S'il actionne la femme personnellement et que l'objet du litige se révèle, par la suite, être un apport, la *qualité pour défendre* fait partiellement défaut. A l'égard des apports, elle est en effet répartie entre le mari et la femme<sup>2</sup>. Si le tiers actionne la femme représentée par son mari et que le litige se révèle être réservataire, la *qualité pour défendre* fait également défaut.

Lorsqu'on ne sait s'il s'agit d'un bien réservé ou d'un apport, MM. BARTHOLMÈSS (p. 180) et GMÜR (168 N 24) recommandent pour plus de sûreté d'actionner la femme tant personnellement que par l'intermédiaire du mari représentant<sup>3</sup>.

85 La femme peut charger son mari de diriger un procès réservataire. C'est là un *mandat de droit privé* essentiellement différent du droit de représentation légale donné au mari par l'article 168.

Ce mandat diffère aussi de l'autorisation donnée à la femme de diriger elle-même un procès d'apports<sup>1</sup> : Dans le premier cas, le mari s'occupe — au même titre que n'importe quel mandataire — d'un procès qui normalement ne le touche en rien. Il fait valoir un jus alieni. Dans le second cas, le mari rend à sa femme le droit de s'occuper d'un litige qui la concerne au premier chef. Elle y fait valoir ses propres droits.

---

<sup>1</sup> La femme doit, si le tiers l'exige, apporter la preuve de sa qualité pour agir (procès réservataire, autorisation ou ratification du mari, etc...). Cf. *Bartholmèss* p. 179, N° 78 note 3.

<sup>2</sup> Cf. N°s 22 ss.

<sup>3</sup> Voir N° 62.

<sup>1</sup> Cf. N°s 32 ss.

Pour diriger valablement un procès réservataire, le mari doit être au bénéfice d'une procuration spéciale de sa femme<sup>2</sup>. Elle peut dénoncer en tout temps le mandat conféré au mari.

**86** Les biens fongibles de la femme sont passés en la propriété du mari. Ils ne sont plus des apports. Le mari devenant « débiteur de leur valeur » (201 : CC), les droits qu'avait la femme sur ces biens se transforment en une simple créance contre son mari. L'épouse ni ses créanciers<sup>1</sup> n'ont plus aucun droit sur eux. L'article 168 : ne saurait donc s'y appliquer.

Le mari, propriétaire, est partie<sup>2</sup> aux procès qui portent sur ces biens. La femme ne saurait avoir qualité pour agir ou défendre à leur sujet.

**87** Le bénéfice de l'union conjugale n'est individualisé qu'à la fin du régime. Jusque là, il fait partie des biens matrimoniaux (194 CC) et n'a rien à voir avec les apports de la femme, tels qu'ils sont définis à l'article 195. L'article 168 : CC ne saurait donc lui être appliqué.

Le créancier de la femme qui voudrait s'en saisir doit au préalable demander la séparation de biens judiciaire (185 CC)<sup>1</sup>.

Le produit des apports de la femme est étudié plus loin (N° 102).

## CHAPITRE IV

### Attributions des époux selon la nature des actions

**88** En principe, la femme mariée a le droit d'ester en justice (168 : CC). Dans la mesure où le régime matrimonial et les intérêts

---

<sup>2</sup> Article 396 : CO, *Göschke* p. 476.

**86**

<sup>1</sup> Cf. cependant l'article 175 CC.

<sup>2</sup> *Göschke* p. 476 sq; *Konrad* p. 67; *Lemp* 168 N 20.

**87**

<sup>1</sup> Le droit au bénéfice n'est pas une créance de la femme au sens de l'article 175, qui ne s'applique donc pas.

de l'union conjugale l'exigent, ce droit est cependant limité dans son exercice, « relativement » aux « apports » (168. CC)<sup>1</sup>. Les apports eux-mêmes sont une notion d'ordre exclusivement patrimonial. L'alinéa 2 de l'article 168 ne saurait donc avoir d'effet que dans les procès de cet ordre, autrement dit, à propos des actions réelles. Pour tout autre procès, la règle de l'alinéa 1 de l'article 168 s'applique et la femme dirige seule la procédure<sup>2</sup>.

En effet, « elle possède la capacité civile ; elle est libre tant » qu'il s'agit de sa personne et non pas d'obligations communes au » mari et à la femme et imposées par la nature même et le but du » mariage »<sup>3</sup>.

Les compétences ainsi laissées à la femme sont plus larges que celles que l'article 19. CC laisse aux mineurs et aux interdits, qui souffrent d'incapacité dans leur personne elle-même.

La femme exerce donc seule les droits relatifs à ses actions personnelles<sup>4</sup>. Le mari la représente dans l'exercice de ses actions réelles<sup>5</sup>.

89 Certaines actions présentent un caractère hybride. Les actions du droit des successions, par exemple, contiennent souvent et des éléments réels et des éléments personnels. Auquel des époux faut-il alors donner la compétence de diriger le procès ?

Le plus souvent l'un des éléments prédomine nettement. Si c'est l'élément personnel, la femme dirige le procès. Dans le cas contraire, c'est le mari.

Il suffit de *comparer l'intérêt réel*<sup>1</sup> qu'une action peut présenter pour l'union conjugale d'une part, à l'intérêt personnel (au sens large) que peut y avoir la femme, d'autre part<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Nos 14 ss, 75.

<sup>2</sup> Seifert p. 104; voir aussi Egger 168 N 9; Gmür 168 N 8, N 9.

<sup>3</sup> Eugen Huber, revue de morale sociale 1899 p. 27.

<sup>4</sup> au sens le plus large puisque 168. est la règle et 168. l'exception (cf. N° 75).

<sup>5</sup> pour autant qu'il ne s'agisse pas de biens réservés (N° 81).

89

<sup>1</sup> C'est-à-dire les chances de bénéfice ou de perte pour les apports dans les procès en question, dans les deux éventualités du gain et de la perte de ces procès.

<sup>2</sup> Il s'agit bien entendu des intérêts objectifs qu'une action peut présenter en général et non des intérêts subjectifs des époux X... dans tel cas particulier.

L'intérêt le plus grand et le plus digne de protection l'emporte. En pesant les intérêts il convient toutefois de garder à l'esprit les remarques faites aux N<sup>os</sup> 74 et 75.

Dans le doute, il convient de préférer la règle (168) à l'exception (168<sup>b</sup>)<sup>3</sup>, le personnel au réel.

Dès lors on peut dire en abrégéant : Toute action où l'élément réel ne prime pas l'élément personnel (au sens large) est de la compétence de la femme<sup>4</sup>.

90 La thèse exposée au numéro 89 pourrait aussi s'appuyer sur la *théorie de la collision* d'intérêts : Lorsque, dans une action donnée, l'intérêt personnel (ou familial) de la femme peut, cas échéant, s'opposer à l'intérêt de l'union conjugale, défendu par le mari, la femme ne peut pas être représentée en justice par le titulaire d'un intérêt opposé. Elle recouvre le plein exercice de son droit d'ester.

C'est là une extension par analogie de la théorie de la collision d'intérêt. Cette extension est critiquable : Il ne s'agit plus à proprement parler d'une collision entre les intérêts de l'époux et de l'épouse, mais bien entre les intérêts personnels de la femme et ses intérêts réels. Il est vrai que le mari<sup>1</sup> possède lui aussi un intérêt : jouir d'une masse d'apports aussi élevée que possible.

Néanmoins, il paraît hasardeux de parler d'une collision lorsque les intérêts en présence relèvent essentiellement de la même personne. C'est pourquoi il est préférable de fonder la classification sur la nature du litige (N<sup>os</sup> 88 et 89) plutôt que sur la collision d'intérêts<sup>2</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. *Gmür* 168 N 8.

<sup>4</sup> Cette règle ne doit pas être prise trop absolument. Le droit des régimes forme un ensemble logique. Cette règle poussée dans ces conséquences extrêmes risque de le désorganiser, il faut donc l'appliquer avec une certaine prudence. On doit aussi tenir compte de l'intérêt des tiers. Cf. N<sup>os</sup> 27, 73 note 4.

90

<sup>1</sup> ou plus exactement, l'union conjugale dont il est le chef. Cf. N<sup>o</sup> 7 note 10.

<sup>2</sup> Cette dernière notion relève de la personne de l'adverse partie. Cf. N<sup>o</sup> 78.

91 Classer les actions en actions personnelles et réelles présente (voir N<sup>o</sup> 88 ss), aux cas limites, des difficultés. Dans certains de ces cas, on pourra cependant recourir à un autre critère :

Le TF<sup>1</sup>, considérant que l'article 168 ne parle que de « contestation », exclut à contrario toute participation du mari aux procédures non contentieuses de la femme. *En procédure gracieuse*, la femme a le plein exercice de son droit d'ester<sup>2</sup>.

Ainsi, l'épouse est seule compétente pour demander le partage d'une succession (604 CC)<sup>3</sup>, l'ouverture d'un testament (557, 558 CC)<sup>4</sup>, etc. ... Tous ces actes relèvent de droits indiscutables. Il n'est guère possible de parler de contestations à leur propos.

En revanche, *il est difficile d'étendre cette règle à tous les actes de juridiction gracieuse* :

92 Tout d'abord, puisque le mari a le pouvoir de diriger un procès d'apports au nom de sa femme. Il serait étrange qu'il ne pût pas requérir ensuite l'exécution du jugement. Or les demandes d'exécution des jugements semblent relever de la juridiction gracieuse<sup>1</sup>. Faire sienne la distinction de M. SEIFERT, reviendrait dès lors à exiger que la femme présentât les demandes d'exécution des jugements obtenus par le mari. Si le mari demandait l'exécution d'un jugement au nom de sa femme, on devrait le débouter ! Ce serait absurde : le droit d'obtenir l'exécution d'un jugement est accessoire au droit d'ester en justice. Si le mari a l'exercice du droit d'ester de sa femme pour une action donnée, il doit aussi posséder l'exercice des droits qui en découlent. Quant aux obligations, c'est le mari qui administre et jouit des apports. Pratiquement il est seul en mesure de donner suite à une demande d'exécution<sup>2</sup>. Ce serait donc une erreur de l'adresser directement à la femme.

<sup>1</sup> Théorie esquissée dans l'arrêt Weiss. ATF 52 II 192 = JT 1927 I 86, généralisée par M. Seifert, p. 105, puis dans l'arrêt Bucher, ATF 75 II 194 = JT 1950 I 299.

<sup>2</sup> Le premier alinéa de l'art. 168 CC s'applique en procédure gracieuse (*Lemp* 168 N 7) et non pas, semble-t-il, l'art. 200 CC.

<sup>3</sup> TC neuchâtelois, 2. 12. 1912, Recueil t. VII p. 514.

<sup>4</sup> ATF 75 II 194.

92

<sup>1</sup> Articles 492 ss cpc NE. Voir cependant l'art. 500 cpc NE.

<sup>2</sup> *Findeisen* p. 79.

En second lieu, certains actes de juridiction gracieuse ne sont rien d'autre que des actes d'*administration*. Le mari administre les biens de sa femme, il paraît logique de lui donner du même coup la compétence de faire tous les actes qui relèvent de l'*administration* : faire dresser, par exemple, un inventaire des biens sujets à l'*usufruit* est un acte d'*administration courante* (763 CC). Demander l'*annulation* d'un titre dont le créancier est resté inconnu pendant dix ans, relève aussi d'une saine *administration* (871 CC) <sup>3</sup>. Il serait absurde d'attribuer à la compétence de la femme *les actes de juridiction gracieuse qui lui incombent en sa qualité de propriétaire d'un bien-fonds ou d'un immeuble faisant partie des apports*. Ces actions sont données, non à la personne comme telle, mais au titulaire de droit réel (voir N° 88). Il s'agit d'ailleurs souvent d'actes urgents à propos desquels le mari jouit de compétences élargies (202 CC et N° 53).

Enfin, la distinction entre gracieux et contentieux n'est pas calquée sur l'absence ou la présence d'une « contestation » au sens de l'article 168 CC, autrement dit, elle ne réside pas dans le caractère contradictoire ou non contradictoire de la procédure. Si tel est bien le cas selon certains auteurs <sup>4</sup>, la *doctrine plus moderne* admet que « c'est plutôt la nature même de la décision demandée » au juge qu'il faut prendre en considération. L'acte dit de *juridiction gracieuse* est en réalité un acte de caractère *administratif* <sup>5</sup>.

Les actes entrant dans le cadre de la *juridiction gracieuse* sont dès lors une notion plus large que celle des actes ne donnant pas lieu à contestation. Il est donc faux d'admettre à priori que toute procédure gracieuse est de la seule compétence de la femme, parce que ne donnant pas lieu à contestation.

On peut ainsi reprocher au TF d'avoir rangé l'action en partage successoral paysan de 620 CC <sup>6</sup> dans la catégorie des actions soumises à la compétence de l'épouse. Cette action relève bien de la *juridiction gracieuse*, mais il est difficile d'en faire un droit indis-

<sup>3</sup> Cf. aussi les actions de 961, 966 CC etc.

<sup>4</sup> Théorie classique : Garsonnet, t. VIII p. 305; Sträuli 378 N 1, etc...

<sup>5</sup> Morel p. 85.

<sup>6</sup> Arrêt Wciss, ATF 52 II 192; Cf. N° 91 note 1.

cutable, une action dont toute « contestation » est absente. Au contraire, chacun des co-héritiers peut demander pour lui seul tout le domaine. Leurs droits ne peuvent être que contradictoires. A l'occasion de ces partages, on assiste à des contestations et même à des contestations violentes, comme presque toujours entre paysans, lorsqu'il s'agit de terre. Il n'est donc guère possible d'exclure ici l'application de l'article 168 : CC parce qu'il n'y aurait pas de « contestations ».

**93** En revanche, demander l'attribution d'un domaine agricole ou s'opposer à son attribution à un frère ou un beau-frère de la femme peut très bien être considéré comme une action personnelle et familiale plutôt que comme une action d'apports de la femme. En conséquence, selon la règle établie aux N<sup>os</sup> 88 sq, la femme est seule compétente pour s'occuper des actions de 620 CC. On rejoint ainsi, par un détour, la conclusion de l'arrêt Weiss.

En définitive, on peut admettre que les critères fondés sur les actions personnelles (N<sup>os</sup> 88 sq) et les actes de juridiction gracieuse (N<sup>o</sup> 91) tendent à se compléter et à s'étayer l'un l'autre.

## CHAPITRE V

### Les principales actions

#### **94** Les procès pénaux :

Une action pénale intentée à la femme est le type même des actions qui concernent sa personne au premier chef. Elle est seule partie<sup>1</sup>. Si elle est condamnée à une amende, l'article 207 ch 5 CC en fait une dette générale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Lemp 168 N 18. C'est aussi la femme qui porte plainte même s'il s'agit du vol d'un apport !

<sup>2</sup> Cf. le chapitre suivant.

Une poursuite pénale intentée contre un *propriétaire* en tant que tel pourrait peut-être faire admettre une action contre le mari exclusivement si son administration était seule en cause. En règle générale, les deux époux peuvent être considérés comme le « propriétaire » de la loi pénale, la femme est bien le titulaire du droit de propriété, mais le mari en a l'exercice.

**95 L'action ou intervention civile dans le procès pénal :**

Matériellement, cette action ne se distingue pas des autres actions civiles. Le mari ou la femme s'occupe du procès, suivant la nature de celui-ci <sup>1</sup>.

Si la femme est défenderesse, il s'agit le plus souvent d'une dette générale (207 ch 5 CC) <sup>2</sup>.

**96 Les contestations de nature administrative :**

L'article 168, CC est applicable aux contestations de cette nature.

En effet, on ne voit pas en quoi la nature du litige serait changée du fait que la contestation est tranchée par une autorité administrative plutôt que par le juge habituel. De plus l'application uniforme du droit fédéral serait, à défaut, mise en échec par les différents systèmes juridiques cantonaux <sup>1</sup>.

**97 L'arbitrage :**

Semblablement la nature du litige ne change pas du simple fait que les parties sont d'accord de le soumettre à un arbitre plutôt qu'au juge naturel. Il s'agit toujours d'une contestation « avec un tiers » relativement aux apports.

Le jugement arbitral est généralement exécutoire au même titre qu'un jugement ordinaire. Le mari ne pourrait donc pas s'opposer à une exécution forcée des apports. Ce serait là une brèche injustifiée dans le système de l'union des biens.

<sup>1</sup> *Göschke* p. 492; *Lemp* 168 N 18; *ZBJV* 49 p. 236.

<sup>2</sup> Cf. Nos 116 ss.

<sup>1</sup> Ce principe est invoqué notamment dans l'ATF 52 II 190 (cf. N° 91 note 1).

L'article 168. CC s'applique donc aux procédures arbitrales. Le mari les dirige.

98 Conclure un compromis d'arbitrage, signer une clause compromissoire, dans la mesure où il s'agit d'apports, ne répond certainement pas à un « besoin courant du ménage » (article 166 CC). La femme n'accomplit valablement de tels actes qu'avec le consentement du mari (article 166 CC)<sup>1</sup>.

Le pouvoir de plaider qu'a le mari l'autorise-t-il à soumettre un différend à un arbitre plutôt qu'au juge naturel ? Peut-il dans un contrat engager valablement la femme par une clause compromissoire ? En définitive, le problème est le même dans ces deux cas : « en évitant de recourir aux tribunaux officiels, les parties se privent de certaines garanties »<sup>2</sup>. Cette aliénation équivaut-elle à un acte de disposition qui nécessite l'accord de la femme (202. CC) ? Il semble bien que ce soit le cas<sup>3</sup>.

#### 99 Les actions du droit des personnes :

Les personnes sous tutelle peuvent faire valoir en justice leurs droits personnalissimes sans le concours de leur représentant légal. La femme mariée, pleinement capable, possède ce droit à fortiori<sup>4</sup>

En outre, l'article 168. lui donne ce droit pour toutes les actions du droit des personnes. Dans ces actions, par définition, l'élément personnel domine l'élément pécuniaire. On ne saurait dès lors admettre ici la limitation d'ordre purement patrimonial de l'article

---

<sup>1</sup> *Contini* p. 85. Voir aussi ATF 50 I p. 47, 48 : signer une *propratio fori* outre passe le « *Schlussgewalt* ».

<sup>2</sup> *Morel* p. 544.

<sup>3</sup> Dans ce sens, *Sträuli* ad 359 p. 535, ad 369 p. 546; *Steger*, das Schiedsverfahren nach luzernischer ZPO, thèse frihbourgeoise 1950, p. 3; *Rosenberg* p. 795; art. 1003 du CPC français; article 1025 du ZPO allemand.

Contra : *Contini* p. 84 note 20, p. 85; *Zah*, Das Schiedsgerichtswesen nach der geltenden ZPO von Grauhünden, thèse zuricoise 1945, p. 23. Voir aussi *Suter*, der Schiedsvertrag nach schweiz. ZPR, ZSR 47 (1928) p. 47.

#### 99

<sup>4</sup> *Egger* 168 N 9, *Gmür* 168 N 8; *Seifert* p. 104; ZBJV 49 p. 625. Cf. aussi ATF 65 I 267 = JT 1940 I 76.

168.<sup>2</sup> Même lorsque l'action tend au paiement d'une somme d'argent, la femme peut s'occuper seule du procès. D'ailleurs l'indemnité obtenue de ce chef par la femme est un bien réservé<sup>3</sup>.

Si la femme a lèsé la personnalité d'autrui, il s'agit d'un acte illicite et, partant (207 ch 5 CC) d'une dette générale.

29 CC. La femme porte le nom de son mari (161 CC). Cependant, ainsi que le fait remarquer pertinemment M. EGGER<sup>4</sup>, la femme conserve son nom de jeune fille, en partie tout au moins : si elle a un enfant désavoué par le mari, l'enfant porte le nom de jeune fille de sa mère ; si elle divorce, elle reprend ce nom (149 CC) ; elle continue parfois à signer de son premier nom ses œuvres littéraires et artistiques. Dès lors elle doit pouvoir agir en justice pour le faire protéger, changer, etc..., même pendant le mariage. C'est un droit personnel. Elle dirige seule le procès.

#### 100 Les actions du droit de famille :

Ici aussi l'élément personnel prime l'élément réel. *La femme dirige donc<sup>1</sup> seule le procès<sup>2</sup>.*

256, 262 CC. L'intérêt personnel qu'a la femme à admettre ou non un nouveau frère ou sœur dans sa famille est pour le moins aussi important que l'intérêt réel de ne pas voir diminuer les espérances successorales. La femme est donc seule compétente pour intenter ces actions, si elle le juge bon<sup>3</sup>.

285 ss CC. La femme est partie, elle n'est pas représentée par son mari<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cf. N° 88.

<sup>3</sup> Egger 190 N 5, Gmür 190 N 16; Held p. 355, Seifert p. 104. Cf. aussi le N° 110 consacré aux actions délictuelles.

<sup>4</sup> 161 N 3.

#### 100

<sup>1</sup> Cf. N° 88.

<sup>2</sup> Gmür, 168 N 8, et Seifert, p. 104. Ces auteurs donnent comme exemple les procès avec les enfants. Gmür cite aussi le divorce. Le procès en divorce est déjà exclu du champ d'application de l'article 168 pour une autre raison. (Cf. N° 77.)

<sup>3</sup> Préférer la solution contraire serait permettre au mari une intrusion intolérable dans la famille de sa femme.

<sup>4</sup> ATF 67 II 9.

333 CC. Le chef de famille peut aussi être la femme, si le mari est sous tutelle, curatelle, etc.<sup>5</sup>.

360 ss CC. Les actions du pupille contre le tuteur relèvent des droits élémentaires de la personne. Le mari n'est donc pas habilité à les exercer au nom de sa femme.

Les actions du tuteur relèvent d'une mission conférée en fonction de la personne et non des biens. La femme tutrice s'en occupe donc seule.

426 CC. Pour la responsabilité du tuteur, Cf. N° 111.

### 101 Les actions réelles :

Par définition, l'article 168, s'applique<sup>1</sup>. Si l'objet du litige est un *apport* le mari représente sa femme. S'il s'agit d'un *bien réservé*, la femme conserve le plein exercice de ses droits<sup>2</sup> et dirige seule le procès.

Si seule la possession ou la jouissance est litigieuse, ou encore s'il s'agit du produit des apports, il n'est pas sûr que l'article 168, s'applique :

102 Le produit des apports<sup>1</sup> devient la propriété du mari, dès qu'il est exigible (195, CC). Ses apports restent propriété de la femme (195, CC). L'article 168, dont le texte même limite l'application aux apports, ne peut donc s'appliquer à leur produit. On ne voit pas bien comment la femme pourrait être partie au procès, puisqu'il n'y a plus aucun rapport de droit entre elle et l'objet du litige.

Dès lors, *le mari seul*, propriétaire de ces biens, peut exercer *en son propre nom*<sup>2</sup> les droits inhérents à la propriété, exactement

---

<sup>5</sup> *Eugen Huber*, revue de morale sociale 1899 p. 33.

### 101

<sup>1</sup> N° 88.

<sup>2</sup> N° 81.

### 102

<sup>1</sup> L'objet du litige est, par exemple, le loyer d'un immeuble apport de la femme (*Göschke* p. 482) ou les intérêts d'un prêt accordé par la femme (*Gmür* 168 N 13 d, *Lemp* 168 N 23). Voir aussi N°s 109 et 6 note 5.

comme il le fait à propos des biens fongibles de la femme, qui sont passés en sa propriété (201 • CC ; cf. N° 86).

103 Les actions possessoires. La notion suisse de la possession se fonde sur la jouissance. Le code civil admet une double possession : la possession originaire ou médiate du propriétaire et la possession dérivée ou immédiate de celui qui a « la maîtrise effective de la chose »<sup>1</sup>.

La femme reste propriétaire de ses apports (195 CC). Elle conserve la *possession originaire*. En revanche le mari administre les apports. Il en a la jouissance. Il en a la *possession dérivée*. Ainsi, en règle générale, les époux sont tous deux possesseurs des apports de la femme<sup>2</sup>.

Les droits du mari sont dérivés de ceux de la femme. Ils n'ont pas d'existence indépendante<sup>3</sup>. Il semble dès lors plus logique que les actions possessoires<sup>4</sup> soient élevées au nom de la femme, représentée par son mari.

Une action au nom du mari, possesseur dérivé, ne devrait pas — en principe — être rejetée, puisqu'il est, lui aussi, personnellement titulaire du droit litigieux et qu'il a donc qualité pour agir.

Cependant, et les tiers, et la femme, ne seraient pas suffisamment protégés si l'on admettait les actions présentées au nom du mari. En effet, à la fin du régime, la chose jugée serait sans force à l'encontre de la femme et elle pourrait recommencer les procès<sup>5</sup>. D'autre part, si le régime prenait fin en cours de procès ou plus tard, la femme serait dans l'impossibilité, soit de continuer la

---

<sup>2</sup> Si le mari meurt, ce sont ses héritiers et non sa femme qui continuent le procès.  
103

<sup>1</sup> Articles 919, 920 CC, *Tuor* p. 425, etc...

<sup>2</sup> Cf. *Gmür* 194 N 12, *Ostertag* 920 N 7, *Wieland* 920 N 4, *Rossel et Mentha* I p. 340, *Egger* (200 N 11) ne donne au mari qu'une possession dérivée. Voir cependant 168 N 4 (note 7 ci-dessous).

<sup>3</sup> Ils sont de nature accessoire (N° 7 note 6).

<sup>4</sup> Et, par analogie, les actions du droit de voisinage. Cf. *Gmür* 168 N 23, à propos de l'article 684 CC. Contra : *Lemp* 168 N 21, à propos des articles 684 et 927 CC.

<sup>5</sup> Cf. Nos 27 et 109 note 8. Voir aussi *Egger* 1<sup>re</sup> édition, 168 N 3.

procédure soit d'exciper de la chose jugée. Ces deux considérations incitent à rejeter les *actions intentées au nom du mari*.

Au contraire, les jugements rendus pour et contre la femme ont du même coup effet envers le mari, puisque ce dernier, possesseur dérivé, ne peut pas posséder plus de droits que n'en a la femme elle-même (possesseur originaire). D'autre part, le mari est en mesure de sauvegarder ses droits avec une efficacité égale, qu'il soit lui-même partie ou qu'il représente sa femme. Dans les deux cas, c'est lui qui dirige toute la procédure<sup>6</sup>. Dès lors, l'action intentée *au nom de la femme* par le mari est seule satisfaisante et admissible<sup>7</sup>.

#### 104 L'usufruit (745 ss CC) :

Lorsque la substance même de l'apport usufruité par un tiers est touchée par le litige (articles 752, 753, 772 CC), le droit de propriété de la femme l'est aussi. Elle est donc indiscutablement partie.

En revanche, à un détail près (Cf. 195<sup>a</sup> et 756 CC), les droits de l'usufruitier d'un apport ne sont pas plus larges que les droits du mari, « usufruitier » légal de ce bien. On pourrait donc concevoir des procès qui ne concerneraient que les droits du mari et où il pourrait être partie. Cependant, il est préférable de n'admettre que les actions présentées au nom de la femme<sup>1</sup>. Cette solution s'impose ici pour les mêmes raisons qu'à propos des actions possessoires (voir la fin du N° précédent).

Si la femme est usufruitière, les mêmes considérations tirées de la force de chose jugée mènent à la même solution : n'admettre que les actions présentées au nom de la femme.

Il en est de même à l'égard du droit d'habitation (776 CC), le troisième alinéa de cet article renvoyant aux règles de l'usufruit.

<sup>6</sup> Göschke p. 485, *Gmür* 168 N 11 a, *Egger* 168 N 3.

<sup>7</sup> Dans ce sens : *Gmür* 168 N 23 (à propos de l'action de 927 CC); contra : *Egger* 168 N 4 donne au mari la compétence d'intenter en son nom les actions possessoires relatives aux apports de la femme. Voir cependant 200 N 11 (note 2 ci-dessus).

<sup>1</sup> *Gmür* 168 N 23 (actions de 741 CC). Contra : *Seifert* p. 26, 105.

### 105 Les actions du droit des successions :

C'est là qu'on trouve les cas limites les plus embarrassants. Les auteurs consultés ne semblent pas s'être prononcés<sup>1</sup>.

Ces actions sont-elles essentiellement réelles et touchent-elles les apports au premier chef ? Au contraire, faut-il considérer que c'est surtout la personnalité de la femme qui est en jeu, dans ses rapports avec ses frères et sœurs ou dans les sentiments qu'elle professe à l'égard des dernières volontés de ses parents. On ne sait. Les solutions proposées ici ne sont donc que des suggestions, critiquables par essence, comme toute solution à un problème ambigu.

Hors le cas assez rare de l'article 190 CC<sup>2</sup>, tous les biens « qui échoient » à la femme « par succession » sont des apports (195 CC). Le texte allemand de cet article use de l'expression « infolge von Erbgang », par dévolution. La dévolution se produisant à la mort du de cujus (537 CC), c'est à ce moment que ses biens deviennent apports de la femme.

On devrait dès lors considérer comme tels tous les biens sur lesquels elle possède un droit de nature successorale, même ceux qui, en fait, ne sont pas encore devenus apports<sup>3</sup>. *Le mari devrait donc diriger les procès successoraux de sa femme*<sup>4</sup>.

### 106 Cette conclusion est critiquable à un double point de vue :

Le TF semble reconnaître à la femme, et à la femme seule, sans ingérence du mari, la compétence de diriger les procès successoraux qui relèvent de la juridiction gracieuse (voir N<sup>o</sup> 91 ss).

Il est difficile d'autre part, de faire abstraction des intérêts personnels de la femme. Donner au mari pouvoir de plaider en ces matières, c'est, par exemple, l'autoriser à attaquer le testament du père de sa femme, *même contre la volonté de celle-ci*. Il serait tout

<sup>1</sup> Hormis *Lemp* (168 N 20) qui donne au mari représentant la compétence d'agir en justice au nom de l'hoirie dont fait partie sa femme. Contra, SJ 36 (1914) p. 43 = SJZ 10 p. 278 N<sup>o</sup> 79.

<sup>2</sup> Biens réservés de la femme constitués par disposition à cause de mort.

<sup>3</sup> Cette phrase est une traduction libre tirée d'un arrêt de l'OG thurgovien (Bericht 1922, Entsch. Nr. 2 = SJZ 20 p. 100 N<sup>o</sup> 73).

<sup>4</sup> Dans ce sens SJZ 19 p. 201 = SG Amtsbericht 1921 N<sup>o</sup> 5 : Le but de l'article 168 est que tout procès d'apport ait obligatoirement lieu au su et au vu du mari.

de même étrange que le droit suisse ne permît pas à la femme mariée de respecter les dernières volontés de son père<sup>1</sup>!

La femme a un mari, ils ont des intérêts communs. Mais elle a aussi un père, des frères, des enfants d'un premier lit, etc... Lui dénier toute compétence, en matière d'actions en réduction (522 CC) et en nullité (519 CC) à leur intenter, c'est permettre au mari de « faire agir » en quelque sorte sa femme, comme si elle n'était qu'un sujet de droits réels, sans tenir aucun compte de ses droits et devoirs moraux, filiaux, maternels, etc... C'est permettre au mari de brouiller sa femme avec sa famille pour une question d'intérêt, même contre la volonté de celle-là !

107 Les intérêts pécuniaires et réels de l'union conjugale et les intérêts personnels de la femme<sup>1</sup> paraissent tous deux dignes de protection.

La systématique du régime de l'union n'est pas claire : on peut tirer de l'article 204 CC, par exemple, deux conclusions opposées :

On peut en déduire que la femme n'a pas le droit, en répudiant, de disposer sans le consentement marital, des actifs qui lui sont échus. De même elle n'aurait pas le droit d'empêcher que des actifs qui lui sont virtuellement échus le deviennent effectivement par l'aboutissement d'une action en nullité ou en réduction.

On peut déduire aussi de cet article que la femme peut accepter une succession sans le consentement de son mari qu'elle peut donc refuser de répudier une succession obérée, même contre la volonté de son mari. Pourtant les apports en souffriront (Cf. 207 ch 4 CC). A fortiori elle a le pouvoir de décider s'il convient ou non d'attaquer un testament défavorable.

En définitive, il faut admettre que ni le mari seul, ni la femme seule ne possèdent vraiment le droit de diriger les procès successoraux.

---

<sup>1</sup> Toutefois, il semble bien que telle soit la *lex lata*, si regrettable et critiquable qu'elle puisse paraître. Voir la fin du N° suivant.

<sup>1</sup> Pesée des intérêts, voir N° 89.

On pourrait dès lors exiger que la procédure ait lieu « au nom de Madame X, tant personnellement que représentée par son mari ». Autrement dit, une action en nullité, par exemple, ne serait admise que si les époux ont tous deux la volonté de l'intenter.

Toutefois, cela signifierait qu'il faudrait rejeter les demandes présentées par ou contre le mari représentant ou par ou contre la femme seule. Une telle solution serait excessive et peu pratique.

On en arrive alors à un essai de conclusion<sup>2</sup> : Peu importe qui du mari ou de la femme dirige le procès successoral de l'épouse. Ces deux modes de faire sont admissibles. La femme a qualité, puisqu'il s'agit d'actions personnelles. Le mari a qualité, puisqu'il s'agit d'actions relevant, jusqu'à un certain point, des apports.

Il en est ainsi notamment des actions en nullité et en réduction<sup>3</sup> (519, 522 CC).

108 Ceci n'est pas vrai pour toutes les actions du droit des successions :

On a vu (N<sup>os</sup> 91 à 93) que certains actes de juridictions gracieuses sont de la seule compétence de la femme (actions de 557, 558, 604<sup>1</sup>, 620 CC).

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de sauvegarder des biens qui, en fait, sont déjà devenus apports, le problème est différent. La substance même des apports est menacée. La lettre de l'article 168<sup>2</sup> CC paraît donner au mari seul le pouvoir de plaider ces procès<sup>1</sup> (actions de 637, 639, 640 CC).

De même les droits de la femme, nés de legs, d'institution d'héritier, etc..., sont indiscutablement des apports, même s'ils ne sont point encore en possession de la femme. Il s'agit de biens qui lui sont réellement et non virtuellement échus. Le mari seul a

---

<sup>2</sup> Simple suggestion, voir N<sup>o</sup> 105, voir aussi le N<sup>o</sup> suivant.

<sup>3</sup> Ainsi que des rapports, 626 ss CC, et des actions en pétition d'hérédité, 598 ss CC (voir cependant le N<sup>o</sup> suivant note 2).

<sup>1</sup> Voir N<sup>o</sup> 82.

pouvoir de plaider à leur sujet, en les revendiquant en quelque sorte (actions de 562 et 598 CC)<sup>2</sup>.

Enfin, certaines mesures conservatoires ou urgentes semblent relever plutôt de l'administration. Le mari dirige l'action (604 CC etc...), bien qu'il s'agisse de procédure gracieuse, car c'est là une action donnée au titulaire de droit réel, et non à la personne comme telle (voir N° 92).

### 109 Les actions contractuelles :

L'époux administre les apports de l'épouse. Ce faisant, il conclut des contrats (bail, entreprise, mandat, etc...). Les droits et obligations qui en découlent font parfois l'objet de procès. Il en est de même des contrats à long terme conclus par la femme avant le mariage.

Les droits contractuels de la femme font partie de son patrimoine et de ses apports au même titre que ses autres biens. Ils sont soumis aux droits d'administration du mari. C'est donc *le mari qui les fait valoir en justice au nom de sa femme*.

Il faut faire une exception pour les actions en recouvrement des revenus de la femme. Dès leur exigibilité, le mari en est devenu propriétaire (195 CC). Il est seul habilité à les réclamer en justice. Il le fait en son propre nom<sup>1</sup>.

Le produit du travail accompli par la femme en dehors du ménage est un bien réservé (191 ch 3 CC). Les actions qui s'y rapportent sont donc de la *compétence exclusive de la femme*<sup>2</sup>. L'article 167 CC et les principes exposés au N° 126 mènent à la même conclusion.

Les obligations nées de ces contrats donnent naissance à des qualités pour défendre différentes :

---

<sup>2</sup> Dans la mesure, tout au moins, où l'action en pétition d'hérédité n'est pas, en fait, l'équivalent d'une action en nullité ou en réduction.

### 109

<sup>1</sup> Cf. N° 102. Ainsi le mari exige personnellement le paiement d'un loyer (Cf. N° 6 note 5), des intérêts d'un prêt, etc...

<sup>2</sup> Egger N 18, Mindlin p. 21. Il en est de même de toutes les actions relevant du contrat de travail, de l'assurance vieillesse, etc...

L'obligation née avant le mariage est une *dette générale*<sup>3</sup> de la femme (207 ch. 1).

L'obligation assumée par le mari administrateur n'oblige que lui. A moins qu'elle n'ait contresigné ou ratifié, la femme n'est, en principe, pas engagée par les actes de son mari<sup>4</sup>. Dès lors, dans la mesure où il a agi en qualité de représentant sans pouvoirs<sup>5</sup>, *le mari* a seul qualité pour défendre. C'est seulement si l'acte du mari l'engage, soit en suite de ratification, soit par présomption, que *la femme* a qualité pour défendre. Il s'agit alors d'une dette générale<sup>6</sup> (207 ch. 2 CC).

Le plus souvent, le mari contracte en son propre nom. Il peut cependant aussi le faire au nom de sa femme<sup>6</sup>.

Certains auteurs<sup>7</sup> s'attachent à cette circonstance, bien qu'elle soit fortuite, et donnent au mari la compétence d'ester en justice en son propre nom, ou au contraire de représenter la femme, suivant que le contrat mentionne son nom ou celui de l'épouse. Cette distinction est critiquable :

Tout d'abord la protection de la femme et des co-contractants exige que la force de chose jugée survive, pour la femme, à la fin du régime. Cela serait impossible si l'on admettait les actions présentées au nom du mari<sup>8</sup>.

En second lieu, la nature des droits des deux époux sur un contrat touchant les apports de la femme est la même, que ce dernier soit libellé au nom de l'un ou de l'autre conjoint. On ne voit donc pas pourquoi l'organisation de la protection juridique ne serait pas la même dans ces deux cas.

---

<sup>3</sup> Cf. N<sup>os</sup> 116 ss.

<sup>4</sup> *Gmür* 200 N 21 a; *Egger* 200 N 6, N 18; Voir cependant le correctif apporté à cette règle par la présomption de l'article 202, CC.

<sup>5</sup> Cf. 32 ss CO. En matière contractuelle, le mari n'est pas tant représentant légal de la femme (*Egger* 200 N 18; contra *Vollenweider* p. 13) que représentant ordinaire. Il peut aussi avoir contracté sans que sa qualité de représentant apparaisse. Il est alors seul obligé; Cf. *von Thur* p. 311.

<sup>6</sup> *Gmür* 200 N 6. Cf. aussi *Egger* 200 N 6.

<sup>7</sup> *Egger* 168 N 4; *Göschke* p. 482.

<sup>8</sup> Un raisonnement analogue a déjà été fait aux N<sup>os</sup> 103 et 104.

Enfin, la systématique du régime de l'union ne s'accommode pas de cette distinction. Pour les actes d'administration en général (200 CC) le mari a la compétence d'agir en son propre nom. Il n'a pas besoin de préciser qu'il agit au nom de la femme. Cela va de soi. En revanche, dans le domaine particulier de l'administration qu'est la procédure<sup>9</sup>, ce mode de faire est exclu<sup>10</sup>. Le mari ne peut exercer le droit d'ester de sa femme qu'au nom de celle-ci. Il n'existe aucune raison valable de ne pas appliquer la règle de 168 dans ce domaine : Les droits du contractant sont pleinement sauvegardés par la combinaison des articles 32 ss CO et 202 CC. Quant au mari, peu lui importe d'être représentant légal ou partie : Quoi qu'il en soit, c'est lui qui dirige effectivement le procès : Il peut ainsi sauvegarder tous ses droits (N° 103 note 6).

#### 110 Les actions délictuelles :

La femme qui a commis un acte illicite en répond sur tous ses biens (207 ch 5 CC). Elle est donc défenderesse tant personnellement que par l'intermédiaire de son mari, représentant légal<sup>1</sup>. Le lésé peut aussi actionner uniquement la femme. La chose jugée n'en est pas moins opposable au mari représentant (N° 119). Si un acte illicite porte atteinte aux biens de la femme, elle actionne elle-même l'auteur lorsqu'il s'agit d'un *bien réservé*. Lorsque l'acte illicite porte atteinte aux *apports*, le procès est de la compétence du mari représentant.

Lorsque la femme a subi une *atteinte dans sa personne* même, une lésion corporelle par exemple, l'action qu'elle a contre l'auteur du dommage est, par essence, personnelle. La femme demanderesse dirige le procès.

Faire diriger le procès par le mari quand il s'agit d'une lésion corporelle de l'épouse serait absurde puisqu'un simple dommage

---

<sup>9</sup> *Bartholmèss*, p. 143, relève la « brèche » faite par l'article 168 à la théorie de l'administration au nom du mari.

<sup>10</sup> Cf. N° 28.

110

<sup>1</sup> Cf. N° 123.

causé aux vêtements de celle-ci est déjà de sa compétence (191 ch 3 CC). Il en est de même, à fortiori, des dommages causés à son corps<sup>2</sup>.

Les indemnités obtenues par la femme en application des articles 46 et 47 CO, sont biens réservés<sup>3</sup>. Il s'agit donc d'actions à la fois personnelles et réservataires, relevant à ce double titre de la compétence de la femme.

Les frais médicaux, hospitaliers et pharmaceutiques, sont souvent supportés par le mari, en vertu de son devoir d'entretien (160 CC). A-t-il un droit personnel de recours contre l'auteur du dommage ? On pourrait le soutenir, bien qu'appliquer ici l'article 51 CO, par exemple, paraisse un peu aventuré. Quoiqu'il en soit, la femme peut incontestablement réclamer réparation de ce dommage : Le TF a admis une demande semblable<sup>4</sup>.

Savoir si la femme doit rembourser ensuite le mari de ces frais d'entretien est une question qui relève des rapports entre époux et sort du cadre de ce travail. A première vue, le mari étant tenu d'entretenir sa femme même si elle a une fortune ou un revenu personnel<sup>5</sup>, il ne semble pas qu'elle ait cette obligation.

### 111 Les actions légales<sup>1</sup> :

Le commentateur EGGER<sup>2</sup> semble admettre de façon générale au rang des biens réservés toute indemnité versée pour la femme ensuite de la responsabilité ex lege d'un tiers.

Cette considération aidant, il semble qu'on puisse appliquer aux actions légales les règles posées à propos des actions délictuelles (Cf. le numéro précédent).

<sup>2</sup> *Held* p. 355.

<sup>3</sup> Elles tiennent lieu de salaire (subrogation) et relèvent donc des biens réservés (191 ch. 3), *Egger* 191 N 18, *Mindlin* p. 24. Cf. aussi *Subilia* p. 87.

<sup>4</sup> ATF 57 tI 94 = JT 1931 p. 489.

<sup>5</sup> *Lemp* 160 N 20; SJ 71 (1949) p. 38, 51 (1929) p. 404, 39 (1917) p. 270; ATF 57 III 55; BZR 41 p. 265.

### 111

<sup>1</sup> par opposition aux actions ex contractu et ex delicto.

<sup>2</sup> 191 N 18. De même, la responsabilité causale de la femme, propriétaire, pour tous ces biens — réservés y compris — donne naissance à des dettes générales (N° 113 note 2).

## 112 Les actions du droit de poursuite :

*La femme mariée créancière* poursuit son débiteur, en droit de poursuite comme en procédure ordinaire, par l'intermédiaire du mari représentant<sup>1</sup>. L'article 168 s'applique.

*En revanche la poursuite de la femme mariée* a suscité bien des controverses. Pour y mettre fin, en 1936 (art. 15 tit. fin. CO) un nouvel article 68 bis a été introduit dans la LP. Ce texte n'a pas immédiatement mis fin aux discussions. Actuellement, il semble pourtant que la controverse soit close :

La commission de révision du CO voyait dans le mari le principal poursuivi « en qualité de représentant de l'épouse » (68 bis LP). L'opinion actuelle est foncièrement différente : « La femme est la principale poursuivie... la poursuite engagée contre le mari, dans le système du double commandement de payer, se présente comme accessoire »<sup>2</sup>. Cette dernière solution est plus logique, puisqu'aussi bien toute dette est présumée réservataire (N° 113) et, partant, toute poursuite dirigée d'abord contre la femme personnellement.

Bien qu'il n'y ait qu'une seule et même poursuite, on notifie deux copies du commandement de payer, une à chacun des époux. Pour plus de détails (opposition de l'un ou des deux conjoints, mainlevée, saisie, etc...) on voudra bien s'en rapporter au bref, mais excellent exposé de M. FAVRE<sup>3</sup>.

## CHAPITRE VI

### Les dettes de la femme mariée

113 La femme peut être défenderesse au sujet de ses apports exclusivement, lorsqu'un tiers revendique la propriété d'un objet apport de la femme. La procédure est soumise à l'article 168 (voir N° 82).

<sup>1</sup> Elle le poursuit directement s'il s'agit d'une créance réservataire, d'une atteinte subie en sa personne et non en ses biens, etc... Cf. toute la troisième partie de ce travail, N°s 73 ss.

<sup>2</sup> Vaney, p. 68 note 2.

<sup>3</sup> Cours de droits des poursuites p. 146 à 151. Voir encore Konrad p. 75 sq, Panchaud JT 1937 II p. 99 ss, Greder-Jornod p. 39 ss, etc. La poursuite de la femme mariée est un sujet très vaste; il y a là l'objet d'une thèse.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une dette au sens étroit et qu'un tiers intente une *action en paiement* à la femme, l'objet du procès ne peut être un apport en tant que tel. Il n'existe pas de dette de la femme qui grève uniquement ses apports<sup>1</sup>. La responsabilité causale de l'épouse pour les animaux, ouvrages, véhicules, etc..., qui font partie de ses apports donne naissance à des dettes générales<sup>2</sup>.

La femme est tenue de certaines de ses dettes uniquement sur ses biens réservés. Ce sont les *dettes réservataires*, énumérées à l'article 208 CC. Elle est tenue de ses autres dettes sur tous ses biens, tant apports que réservés. Ce sont les *dettes générales* de l'article 207 CC<sup>3</sup>.

Toute dette de la femme est présumée réservataire, présomption inverse de celle de l'article 202 CC. C'est au demandeur à la renverser en prouvant qu'on se trouve en présence d'un des cas prévus à l'article 207 CC<sup>4</sup>.

114 Une dette ne peut charger uniquement les apports (N° précédent). Le mari représentant n'a donc suffisant pouvoir de plaider en aucune action en paiement intentée à la femme, car les biens réservés, qui échappent à son pouvoir, sont toujours l'objet ou à tout le moins l'un des objets du procès.

Toute action en paiement intentée uniquement contre le mari représentant doit donc être rejetée, aussi bien en procédure de LP qu'en procédure civile<sup>1</sup>.

115 La femme a plein pouvoir de s'engager et de plaider relativement à ses biens réservés et *dettes réservataires*. Toute action en

---

<sup>1</sup> Cf. articles 207 et 208 cc; Egger 207 N t; Konrad p. 77; Panchaud JT p. 104. Les récompenses de 209 CC ne concernent pas les tiers (sauf dans l'éventualité de 175 CC).

<sup>2</sup> Gmür 207 N 26; Egger N 12, 208 N t; Cf. N° 111 note 2.

<sup>3</sup> L'énumération de 207 CC n'est pas limitative; Cf. Egger, 207 N 13.

<sup>4</sup> Gmür 207 N 13, Egger 207 N 5.

114

<sup>1</sup> En matière de LP, la femme fera annuler toute la poursuite par la voie de la plainte, ATF 58 III 101, Favre p. 149. Voir aussi N° 46 note 4.

paiement intentée à la femme seule<sup>1</sup> peut aboutir à un jugement qui est exécutoire à tout le moins sur ses biens réservés<sup>2</sup>.

116 En revanche, en matière de dettes générales, les compétences respectives des conjoints font l'objet de controverses.

Le jugement subséquent peut avoir pour conséquence une diminution des apports. Vu ses droits sur ces biens, le mari doit pouvoir défendre ses intérêts. L'article 168, lui donne d'ailleurs ce droit. Il plaide donc au nom de la femme<sup>1</sup>.

Mais les biens réservés de la femme sont aussi l'objet du procès, puisque tous ses biens peuvent être saisis jusqu'à payement complet de la dette générale. En conséquence, la femme a, elle aussi, pouvoir de plaider. On actionne donc les deux époux<sup>2</sup>. Ils sont assimilés à des consorts-défendeurs, bien qu'en réalité ils soient non deux, mais une seule partie : la femme. Si un seul des époux a plaidé, le jugement est exécutoire uniquement sur les apports ou uniquement sur les biens réservés, suivant les cas. Quoi qu'il en soit, l'autre époux peut reprendre tout le procès, il n'est pas lié par le premier jugement obtenu contre son conjoint<sup>3</sup>.

117 C'est là une première théorie. Pour d'autres auteurs, la femme a seule pouvoir de plaider l'inexistence ou l'étendue de la dette, du fait que le passif de la femme n'est pas un apport<sup>1</sup>, du fait que, sinon, la femme serait limitée dans sa capacité de s'obliger<sup>2</sup>, ou simplement du fait que le procès décide aussi du sort des biens

---

<sup>1</sup> et tout commandement de payer notifié uniquement à la femme; *Panchaud* JT p. 105, *Konrad* p. 74 sq, *Favre* p. 149, etc...

<sup>2</sup> *Egger* 168 N 5, *Findeisen* p. 82. Voir aussi note 1 ci-dessus et *Gmür* 168 N 21

116

<sup>1</sup> SJZ 1949 p. 223 N° 94 (KG von GR, 21 1 1949).

<sup>2</sup> SJ 47 p. 603 = SJZ 22 p. 217, arrêt genevois dont *Sträuli*, ad 30 ZPO, reprend les conclusions. *Weiss* N° 1568, parle à ce propos de « Kumulative Prozessfähigkeit » des conjoints. Voir aussi SJZ 30 p. 297; Cf. N° 9.

<sup>3</sup> *Findeisen* p. 82.

117

<sup>1</sup> *Gmür* 195 N 30; *Curti-Forrer* 194 N 3. *Bartholmèss* p. 126, 180 et 199; *Lemp* 168 N 22, *Rüttener* p. 65. Contra *Egger* 195 N 4.

<sup>2</sup> *Konrad* p. 75, 76.

réservés<sup>3</sup>. Ce « Prozess um die Schuld » mène à un jugement exécutoire, à tout le moins sur les biens réservés (N° 115).

En revanche, le mari représentant et lui seul, a pouvoir de contester la qualité générale de la dette. Au commandement de payer qui suit un jugement « um die Schuld », il fait opposition motivée et obtient ainsi qu'il soit jugé « um die Haftung » des apports.

Ces deux procès peuvent être combinés en un seul, le demandeur actionnant la femme, tant personnellement que représentée par son mari. (Cf. N° 62).

118 Ces deux théories ont ceci de commun, et de fâcheux, que le demandeur est souvent obligé de soutenir un second procès à propos de la même dette. Le principe « Ne bis in idem » n'est pas respecté. Un créancier ne devrait pas être ainsi désavantagé du seul fait que sa débitrice est mariée<sup>1</sup>.

Il est d'ailleurs étrange que M. EGGER préconise (168 N 5) un double procès, alors que selon lui (168 N 3) la ratio de l'article 168 est d'éviter aux tiers la complication d'un deuxième procès (système du BGB (voir N° 7 note 13).

Dissocier l'existence et le montant de la dette, d'une part, de sa qualification, d'autre part, est impossible pour certaines dettes générales. Comment, en cas d'acte illicite de la femme, rendre un jugement « um die Schuld » qui ne décide pas du même coup de la « Haftung » ? La cause de la dette est forcément mentionnée dans le jugement. Elle est chose jugée. Le mari, représentant de la femme partie au procès, ne saurait revenir sur une chose déjà jugée entre cette partie et le même adversaire. Le « Prozess um die Haftung » est alors absolument exclu par l'article 207 ch 5 CC.

Il en est de même en cas de dettes grevant une succession échue à la femme, ou encore lorsque l'épouse est actionnée en raison de sa responsabilité causale.

---

<sup>3</sup> Egger 168 N 5; Held SJZ 14 p. 355 N 4; Panchaud, thèse p. 68, JT p. 101 ss; Cuttat p. 15 et 57. Seifert p. 55 ss.

<sup>1</sup> Gmür 207 N 8, p. 561. Cf. N° 27.

119 Pour ces dernières catégories de dettes générales, la femme a pouvoir de plaider (N<sup>o</sup> 105 ss, 110, 111).

Pourquoi en irait-il autrement de ses autres dettes générales ?

On a vu (N<sup>o</sup> 117) que la majorité de la doctrine lui reconnaît ce pouvoir, quant à l'existence et l'étendue des dettes générales de 207, ch 2 et 3<sup>1</sup>.

Pour qu'elle ait plein pouvoir de plaider à leur sujet, il suffirait donc qu'elle ait encore le droit d'élever l'exception de garantie limitée, autrement dit de plaider « um die Haftung », en soutenant que la dette est réservataire.

On le lui interdit, sous prétexte que seuls les droits du mari sont en jeu<sup>2</sup>. C'est inexact : après le mariage, la femme n'est tenue de ses dettes réservataires « que jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens réservés » (208 : CC). Ses droits sont donc aussi en jeu ; il est pour elle de toute première importance que l'exception de garantie limitée soit élevée. Il faut lui reconnaître le droit de l'élever elle-même<sup>3</sup>.

Si le régime matrimonial enlève certains droits à la femme (168 : CC etc...), ceux qu'il lui donne comme celui de l'article 201 : CC, ne peuvent pas être limités : L'exercice d'un droit sans rapport aucun avec le mariage peut être limité par le régime matrimonial, mais il ne peut en être ainsi des droits qui n'ont d'existence qu'en fonction du mariage lui-même. Ce serait absurde.

La femme peut donc opposer valablement au demandeur l'exception de garantie limitée (208 : in fine)<sup>4</sup>.

120 Dès le moment où ce dernier point est chose jugée, *le mari est lié*, il est obligé d'admettre sans autre contestation l'exécution forcée des apports de la femme. Cas échéant, le juge prononcerait une mainlevée définitive, car le jugement est exécutoire (80 LP). Auto-

---

<sup>1</sup> L'antériorité de la dette de 207 ch 1 ressort elle aussi presque toujours du jugement. Le mari ne peut donc contester cette chose jugée.

<sup>2</sup> Panchaud, JT 1937 p. 106, Konrad p. 78.

<sup>3</sup> Favre p. 149. Vollenweider p. 52. Cuitat p. 57. De toute façon, elle peut élever cette exception après le mariage (ATF 64 III 166 (159)).

<sup>4</sup> Le jugement obtenu par la femme sur ce point est chose jugée également pour le mari représentant (N<sup>o</sup> 40).

riser le mari à contester à nouveau la qualité générale de la dette reviendrait à obliger le demandeur à un second procès sur le même objet avec la même défenderesse<sup>1</sup>. On n'a pas le droit de désavantager ainsi un créancier de la femme<sup>2</sup>. Les droits du mari passent après ceux des créanciers ; ainsi que le rappelle l'article 207 CC : « sans égard aux droits » du mari. Ces derniers sont de nature accessoire (N° 7 note 6). Une chose jugée valable pour la femme l'est ipso facto pour le mari, usufruitier des apports.

D'ailleurs, pratiquement, le mari est protégé : Si la contestation porte sur l'existence du consentement marital de 207 ch 2 CC, il est presque toujours mis en cause. Par exemple, on lui demande son témoignage (221 litt. b cpc NE, 245 cpc BE).

La charge de la preuve incombe au tiers, non à la femme, puisqu'une dette est présumée réservataire (N° 113). Le mari est donc suffisamment protégé, d'autant plus que sa femme ne peut reconnaître valablement en justice la qualité générale d'une dette (N° 122).

121 Quoi qu'il en soit, l'union conjugale est incontestablement intéressée au maintien des apports. Son représentant, le mari, est donc en droit *d'intervenir*<sup>1</sup> dans le procès intenté à sa femme. Il est alors assimilé à un consort défendeur, bien que, représentant de la femme, il ne soit pas exactement un tiers intervenant. Le mari est ainsi en mesure de sauvegarder ses droits sur les apports. Il n'est pas nécessaire d'exiger encore du demandeur qu'il actionne non seulement la femme mais aussi le mari représentant.

Le mari intervient, s'il le juge bon. Il est ainsi en mesure d'élever tous moyens de défense, à côté de sa femme.

M. KONRAD (p. 78) interdit au mari de contester l'existence ou l'étendue de la dette. Pourtant n'importe quelle personne intéressée à l'issue d'un procès de la femme pourrait y intervenir et

---

<sup>1</sup> Le fait qu'au second procès elle soit représentée par son mari importe peu ; il y a chose jugée (N° 29 note 3).

<sup>2</sup> N° 118 note 1.

contester l'existence de la dette. Enlever cette arme, non à un tiers quelconque, mais au mari, serait tout de même étrange. Il en a donc le droit<sup>2</sup>.

122 Un acquiescement ou une transaction de la femme est possible, quant à l'étendue de la dette, car elle a plein droit de s'engager relativement à ses biens réservés actuels et futurs ; elle peut également en disposer.

En revanche, elle n'a pas le pouvoir d'admettre en justice que sa dette est générale. Ce serait là disposer des apports. Or elle ne le peut valablement sans l'accord du mari (203 CC implicitement)<sup>1</sup>, tout comme le mari ne le peut sans l'accord de sa femme dans les procès qu'il plaide selon 168 CC (N° 52). Par conséquent, et si paradoxal que cela paraisse, une transaction<sup>2</sup> etc... où la femme reconnaît l'existence d'une dette générale ne donne naissance qu'à une dette réservataire, sauf « consentement » (208 ch 2 CC) ou ratification du mari.

123 Théoriquement, il suffit donc d'actionner la femme. Pratiquement, nombre d'auteurs ne partageant pas cette opinion, le demandeur, s'il veut être assuré d'éviter un second procès sur le même objet, fera bien d'actionner et la femme personnellement et le mari représentant. Une seule demande, notifiée en deux exemplaires, un pour chaque conjoint suffit. De même, en cas de poursuite de la femme, on a un seul commandement de payer, mais dont une copie est notifiée à chacun des conjoints (N° 62 et 112). La demande est signifiée « à Madame X, tant personnellement que par l'intermédiaire de son mari, représentant légal » (N° 62).

Le mari, vu ses droits sur les apports, peut intervenir au procès intenté à sa femme (N° 121). Si le demandeur juge bon de le prendre à partie d'entrée de cause, la situation est d'emblée sensi-

---

<sup>2</sup> Favre p. 149, Panchaud JT p. 105.

122

<sup>1</sup> Conduire un procès n'est pas disposer, à la différence de transiger, etc... (N° 50).

<sup>2</sup> L'aveu, prononcé ou allégué de la femme (qu'il s'agit d'une dette générale) n'a pas plus d'effet (Konrad p. 78 sq).

blement la même que sitôt après une intervention du mari. Ce serait donc une erreur de rejeter la demande dans la mesure où elle s'adresse également à l'époux, puisque, sitôt après un jugement séparé qui en déciderait ainsi, le mari serait en droit d'intervenir au procès dont on l'aurait exclu !

## CHAPITRE VII

### Les litiges nés à l'occasion de la représentation de l'union conjugale par la femme (article 163 CC ; « Schlüsselgewalt »)

124 Qui a pouvoir d'administrer et de disposer doit aussi posséder pouvoir de plaider. Une partie de la doctrine fait application de cette règle dans le cas de l'article 163 CC<sup>1</sup>. Le créancier devrait donc actionner la femme.

Cependant, le mari est tenu sur ses biens des dettes ainsi contractées par la femme (206 ch 3 CC). C'est seulement si l'époux est insolvable que le créancier peut poursuivre l'épouse (dette générale 207 ch 2 CC). Il semble donc préférable d'actionner le mari<sup>2</sup> personnellement. Cela d'autant plus qu'il est assez difficile de déduire du texte de l'article 163 CC un pouvoir de représentation légal du mari par la femme<sup>3</sup>.

L'article 208 ch 3 fait une dette réservataire de la dette contractée par la femme en outrepassant son droit de représenter l'union conjugale. La femme est seule compétente pour être actionnée en matière de dette réservataire (N° 81). Pour parer à toute éventualité, on peut donc l'actionner également<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Giesker* p. 587 sq, *Lotz* p. 440, *Gmür* 168 N 9, *SJZ* 18 p. 106 N° 79.

<sup>2</sup> *Göschke* 490, *Seifert* p. 79-82, *Sträuli* 50 N 1, *BLZR* 30 N 135.

<sup>3</sup> Il en va autrement de l'article 171 CC.

<sup>4</sup> On est ainsi assuré d'atteindre tous les biens des époux. Cf. N° 62.

125 Il arrive que la femme use de son pouvoir de représenter l'union conjugale pour faire naître une créance en faveur du ménage. Qui, d'elle ou du mari, a le pouvoir d'exiger du débiteur qu'il s'exécute ?

— La femme ne semble pas avoir ce pouvoir, car plaider dépasse probablement le cadre des actes d'administration courante (« besoins courants du ménage », 163 CC)<sup>1</sup>. C'est donc le mari qui plaide lorsque la femme est demanderesse.

---

<sup>1</sup> *Konrad* p. 63.

## La personne des époux

### CHAPITRE VIII

#### La femme commerçante (167 CC)

126 Les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie sont biens réservés légaux (191 ch 2 CC).

La femme mariée a plein pouvoir de plaider dès que l'objet du litige relève des biens réservés (N° 81). La femme commerçante s'occupe donc seule de tous les procès relatifs à son affaire<sup>1</sup>.

Selon l'article 207 ch 3 CC, les dettes de la femme commerçante sont des dettes générales. On peut donc se contenter d'actionner la femme. Toutefois, si l'on désire atteindre non seulement les biens réservés, mais aussi les apports de la femme, il est plus prudent de l'actionner, tant en son nom personnel que par l'intermédiaire de son mari, représentant légal (N°<sup>s</sup> 119, 120, 123).

Si les biens réservés ne suffisent pas à satisfaire le créancier, il n'est pas obligé d'intenter un nouveau procès au mari représentant. Il peut aussi demander au juge de prononcer la séparation de biens (185 CC), puis saisir ensuite les anciens apports de la femme.

Les créances de l'épouse contre l'époux peuvent aussi être saisies (175 CC).

127 Si l'on s'en prend à la femme par la voie de la poursuite, il est prudent de notifier un exemplaire du commandement de payer au mari, sinon la faillite éventuelle sera restreinte aux biens réservés<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Gmür* 168 N 21; *Seifert* p. 92 ss; *Egger* 168 N 12; *Findeisen* p. 69; *Leuch* 35 N 1; *SJZ* 18 p. 106; cf. aussi la thèse de M<sup>lle</sup> *Vollenweider* p. 21 ss.

<sup>1</sup> ATF *Ruckli*, 75 III 1 = JT 1949 p. 100.

## CHAPITRE IX

### L'interdiction d'un des époux

**128** L'interdiction de la femme ne touche pas les droits du mari : le tuteur ou curateur ne saurait avoir plus de droits que n'en a son pupille. L'article 168, s'applique<sup>1</sup>. Le tuteur exerce les droits de la femme<sup>2</sup>.

Lorsque le mari est en même temps tuteur de la femme, il est son représentant légal à un double titre. On prend en considération celui de ses titres qui lui donne les plus larges pouvoirs.

**129** L'interdiction du mari donne lieu à controverse.

Les biens du ménage forment une « fortune conjugale qui doit être consacrée aux fins du mariage »<sup>1</sup>. Cette fortune est confiée à l'administration du conjoint le plus capable. Selon la loi (160 CC), c'est le mari.

Toutefois, ce n'est là qu'une présomption. L'interdiction du mari la renverse. C'est dès lors la femme qui est la plus capable. C'est à elle que doit être confiée l'administration de la fortune conjugale.

L'auteur de notre code illustre cette règle en écrivant<sup>2</sup> : « Chaque époux doit également, dans la règle, et cela dans l'intérêt de l'unité du mariage, être nommé curateur de son conjoint lorsque l'interdiction de l'un deux devient nécessaire. »

*La systématique du droit des régimes exige donc que la femme soit nommée tutrice ou curatrice de son mari*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Göschke p. 489, Seifert p. 102, Egger 168 N 12, Findeisen p. 87 sq.

<sup>2</sup> à l'exception des droits que tout pupille conserve (Cf. 360 ss CC).

**129**

<sup>1</sup> Eugen Huber, revue de morale sociale 1899, p. 27.

<sup>2</sup> Ibidem p. 33.

<sup>3</sup> Malheureusement, les autorités de tutelle n'ont pas suivi M. Eugen HUBER. Elles nomment rarement une femme tutrice de son mari.

Dans ce cas, la doctrine est unanime : La femme tutrice recouvre plein pouvoir de plaider<sup>1</sup>.

Elle n'a besoin du consentement de l'autorité tutélaire (421 ch 8 CC) que pour plaider au nom de son mari, en sa qualité de tutrice, et non pour plaider pour son propre compte<sup>5</sup>.

130 Lorsqu'un tiers est tuteur du mari, pour certains auteurs, le droit d'administration et de jouissance étant indépendant de la capacité, la femme est représentée en justice par le mari, lequel l'est à son tour par le tuteur<sup>1</sup>.

Pour d'autres auteurs, il serait inconcevable de ne pas rendre à la femme son entier pouvoir de plaider<sup>2</sup>. Ne pas le faire reviendrait à permettre à un tiers d'exercer une influence excessive sur une communauté conjugale dont il ne fait pas partie<sup>3</sup>. Le mariage est en effet conclu intuitu personae plus qu'intuitu honorum. Transférer à un tiers la « puissance maritale » est aussi inconcevable que lui attribuer la puissance paternelle, dès le moment où la femme est capable d'élever ses enfants<sup>4</sup> et de gérer ses apports.

Cette deuxième théorie concorde mieux avec l'institution du mariage et la systématique du régime de l'union. Il convient de s'y rallier, d'autant plus qu'on peut, dans une certaine mesure, considérer l'incapacité du mari comme une longue maladie. On a vu (N° 36) que, dans ce cas également la femme recouvre son pouvoir de plaider.

131 La femme peut être nommée tutrice, curatrice ou conseil légal de son mari. L'article 171 CC permet également au juge de la nommer en quelque sorte chef de l'union en lieu et place du mari. Cette

---

<sup>1</sup> *Giesker* p. 592, *Göschke* p. 489, *Bartholmèss* p. 180 sq, *Gmür* 168 N 26, *Seifert* p. 99, *Egger* 168 N 12, *Findeisen* p. 88, *Konrad* p. 64.

<sup>5</sup> *Seifert* p. 99, *Egger* 168 N 12.

130

<sup>1</sup> *Göschke* p. 489, *Gmür* 168 N 26, 200 N 6 a, *Lemp* 168 N 26.

<sup>2</sup> *Egger* 168 N 12.

<sup>3</sup> *Seifert* p. 100.

<sup>4</sup> *Findeisen* p. 88 à 90.

institution équivaut à un conseil légal réduit : Les débiteurs du mari doivent opérer tout ou partie de leur paiement entre les mains de la femme<sup>1</sup>.

Dès lors, la femme a le droit d'exiger en justice le paiement, non seulement de ses créances<sup>2</sup>, mais aussi de celles du mari. En cette dernière occurrence, elle agit en qualité de représentant légal du mari, tout comme le mari est son représentant légal lorsque l'article 168 CC s'applique<sup>3</sup>.

Le juge peut aussi faire application de l'article 171 CC à propos d'un seul débiteur de la femme et lui donner ainsi le droit d'actionner ce débiteur ou de continuer le procès commencé par le mari.

On doit dès lors admettre que l'article 171 CC permet au juge de donner à la femme pouvoir de plaider contre l'un de ses débiteurs que le mari poursuit mal ou pas du tout (Cf. N° 59).

---

<sup>1</sup> Cf. 395 ch. 6 CC.

<sup>2</sup> Lotz p. 441, Göschke p. 491, Konrad p. 63 sq, Gmür 168 N 9, Lemp 168 N 27, Seifert p. 84.

<sup>3</sup> Göschke p. 491.

---

## Le régime matrimonial

132 Les procès de la femme avec des tiers sont soumis aux règles du régime externe, qui est seul opposable aux tiers de bonne foi (N° 72).

### CHAPITRE X

#### La séparation de biens

133 Sous ce régime, le mariage n'a pas d'effets de droit réel. La femme conserve l'administration de ses biens (242 CC). Elle a plein pouvoir de plaider. L'article 168, n'est pas applicable<sup>1</sup>. Cette règle se déduit d'ailleurs directement de l'article 168, qui n'a d'effets que « relativement » aux « apports de la femme ».

La dot de l'article 247 CC est soumise « aux règles de l'union des biens ». L'article 168, s'y applique donc.

La femme peut remettre l'administration de ses biens à son mari. C'est là un mandat, soumis comme tel aux règles des articles 394 ss CO. Pour plaider au nom de la femme, la procuration légale de l'article 168, CC faisant défaut, le mari a besoin d'une procuration régulière (396, CO)<sup>2</sup>.

### CHAPITRE XI

#### La communauté de biens

134 L'article 168, donne au mari la direction des procès relatifs aux « apports ». Fant-il considérer les biens communs comme des

<sup>1</sup> *Bartholmäss* p. 178, *Göschke* p. 475, *Gmür* 168 N 21, *Seifert* p. 105, *Egger* 168 N 1, N 9, *Sträuli* ad 30 ZPO N 3, *Konrad* p. 49 sq, p. 71, *Favre* p. 147; ZBJV 49 p. 625. Il en est de même s'agissant des biens réservés (N° 81).

<sup>2</sup> *Seifert* p. 105, *Egger* 168 N 1, *Konrad* p. 50.

« apports » et faire application de cet article ? Au contraire, sont-ce les articles 216 et 217 CC qui s'appliquent, à défaut de disposition spéciale sur le droit d'ester dans le chapitre du code consacré à la communauté ?

Les uns<sup>1</sup> excluent toute application de l'article 168 : Tout d'abord, les biens communs ne sont pas des « apports » ; ensuite, l'article 168 est une disposition exceptionnelle, il ne faut donc pas l'interpréter extensivement ; enfin, un procès est un acte d'administration, soumis comme tel aux articles 216 et 217 CC.

Les autres<sup>2</sup> interprètent l'article 168 : comme une disposition générale qui donne le droit d'ester au mari administrateur ; il importe peu que les biens administrés s'appellent apports ou biens communs. D'ailleurs le terme « d'apports », au sens large, est parfois employé pour désigner les biens communs qui furent propriété de la femme (Cf. 224 CC). On ne voit dès lors pas pour quelle raison on ne pourrait donner aux « apports » de l'article 168 : ce sens large, et en faire ainsi application également sous le régime de la communauté.

On préférera cette seconde théorie pour des raisons de simplification et d'homogénéité. En pratique, il importe peu qu'on fasse application de l'article 168 ou de l'article 216. Dans les deux cas, l'époux et l'épouse, propriétaires en main commune, sont tous deux parties, l'épouse étant représentée par l'époux<sup>1 2</sup>.

135 Ce qui vaut pour l'union vaut aussi, mutatis mutandis, pour la communauté : L'épouse peut être autorisée à plaider (N° 32)<sup>1</sup>. Elle doit donner son consentement (217 : CC) pour que certains actes de procédure soient valables (N° 52)<sup>2</sup>. Elle conserve plein pouvoir de plaider dans la mesure où il s'agit de biens réservés

---

<sup>1</sup> Egger ; 1<sup>re</sup> édition, 217 N 1 f ; Bartholmèss p. 204 ; Lemp 168 N 19 ; Leuch 35 N 1 ; Schlatter p. 55.

<sup>2</sup> Droin p. 120 ; Egger 168 N 10 ; Findeisen p. 67 ; Gmür 168 N 22 ; Göschke p. 494 ; Rossel et Mentha I p. 294 ; Rüttener p. 65 ; Seifert p. 77 ; Türkmén p. 158.

<sup>1</sup> Göschke p. 495 sq.

<sup>2</sup> Contra : Göschke p. 495.

(N° 81), d'actions personnelles (N° 88), de collision d'intérêts (N° 78) etc...

L'article 201 ne s'applique pas à la communauté. Le mari est néanmoins responsable de sa gestion selon les règles de l'acte illicite (41 ss CO) <sup>3</sup>.

**136 Le créancier actionne le conjoint qui est tenu de la dette<sup>1</sup>.** Si le mari est condamné, le jugement est exécutoire et sur ses biens réservés et sur les biens communs <sup>2</sup>.

Si la femme est actionnée directement puis condamnée, le jugement est immédiatement exécutoire sur tous les biens qui répondent de la dette selon les deux premiers alinéas de l'article 220 CC <sup>3</sup>. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une dette commune, la doctrine n'étant pas unanime, plus sûr est d'actionner l'épouse tant personnellement que représentée par l'époux (Cf. N° 123) <sup>4</sup>.

La poursuite fondée sur une dette commune est toujours dirigée contre le mari (222 CC).

## CHAPITRE XII

### L'unité des biens (199 CC)

**137 Le mari est devenu propriétaire des apports.** Sa situation est la même que dans les cas des articles 201 et 195 CC. Lui seul a qualité pour agir, en son propre nom, puisqu'il est propriétaire <sup>1</sup>.

<sup>3</sup> Seifert p. 78; 1456 BCB. Cf. N° 56. Voir aussi Egger 2 N 23.

#### 136

<sup>1</sup> Leuch 35 N 1 p. 58.

<sup>2</sup> Göschke p. 495, Seifert p. 77, Egger 168 N 10, Leuch 35 N 1.

<sup>3</sup> Leuch 35 N 1. Contra : Göschke p. 495, Seifert p. 77, Egger 168 N 10 donnent au mari le droit de s'opposer à l'exécution forcée en excipant de la qualité réservataire de la dette.

<sup>4</sup> en définitive, on actionne souvent et le mari et la femme, solidairement (Seifert p. 76). On est ainsi assuré d'atteindre tout le patrimoine du ménage.

#### 137

<sup>1</sup> Göschke p. 492, Seifert p. 64, 70, Konrad p. 67. Cf. aussi Gmür 168 N 22, Egger 168 N 9. Voir Nos 118 ss.

138 Par contre, la femme conserve le pouvoir de contracter des dettes générales et, partant, sa qualité pour défendre.

Le créancier actionne la femme et saisit les biens réservés. S'il subit une perte, la créance de l'épouse contre l'époux (199 CC) devient exigible (175 CC).

Le créancier peut alors saisir la valeur des apports passés en la propriété du mari. Pour ce il suffit que la qualité générale de la dette ressorte du jugement<sup>1</sup>.

Cependant, certains auteurs exigent que le procès ait lieu non seulement avec la femme, mais aussi avec le mari. Par prudence, afin d'éviter toutes contestations, le créancier peut donc actionner et la femme et le mari, tous deux personnellement, en leur qualité de propriétaires des biens réservés et des anciens apports de la femme. Ainsi le montant et la qualité de la dette sont choses jugées en un seul procès<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. *Göschke* p. 492.

<sup>2</sup> Cf. *Egger* 168 N 9 et *Seifert* p. 69 sq.

## Bibliographie

Avant-Projet du Département fédéral de Justice et Police, 1900.  
Exposés des motifs (Erläuterungen) 1901.

Bulletin sténographique des Chambres fédérales, année 1905.

---

- Bartholmèss, F. :* De la condition de la femme mariée sous le régime du CCS, thèse de Genève, 1918.
- Curti-Forrer, E. :* Le Code Civil Suisse.
- Contini, S. :* Contribution à l'étude de l'arbitrage en procédure civile vaudoise, thèse de Lausanne, 1951.
- Cosman, R. :* La capacité civile en droit suisse, thèse de Genève, 1941.
- Cuttat, J.-A. :* De l'influence des régimes matrimoniaux sur la poursuite dirigée contre la femme mariée, thèse de Berne, 1932.
- Denzler, O. :* Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten, thèse de Zürich, 1937.
- Droin, C. :* Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial, 1916.
- DuPasquier, C. :* Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, 1948.
- Egger, A. :* Kommentar zum schweizerischen ZGB, Personenrecht, Familienrecht, 1<sup>re</sup> et 2<sup>me</sup> éditions.
- Etter :* Die vorsorglichen Massregeln, thèse de Zürich, 1933.
- Favre, A. :* Cours de droit des poursuites, 1953.
- Findeisen, L. :* Prozessfähigkeit der Ehefrau und Prozessführung um eingebrachtes Gut nach Artikel 168 ZGB, Thèse de Bâle, 1950.

- Fleiner, F.* : Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.
- Garsonnet, E.*  
*et César-Bru, Ch.* : Traité théorique et pratique de procédure, 3<sup>me</sup> édition, années 1912 ss.
- Giesker-Zeller, H.* : Prozessfähigkeit der Ehefrau, ZBJV 47, 1911, p. 577 ss.
- Gmür, N.* : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, tome II, 1<sup>re</sup> partie : « Das Eherecht », 2<sup>me</sup> édition, 1923.
- Göschke* : Prozessfähigkeit über eingebrachtes Gut, ZBJV 52, 1916, p. 473 ss.
- Greder et Jornod* : Poursuite pour dettes et faillite, guide pratique, 2<sup>me</sup> édition.
- Guldener, M.* : Das schweizerische Zivilprozessrecht, 1947.
- Held, P.* : Die Ehefrau im Prozess und in der Betreuung, SJZ 14, 1918, p. 601 ss.
- Huber, E.* : La condition de la femme mariée dans le futur Code civil suisse, revue de morale sociale, 1899, N° 1.
- Jäger, C.* : Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, traduction Petitmermet et Bovay, 1920.
- Konrad, F.* : Die Ehefrau als Gläubigerin und Schuldnerin im Betreibungsverfahren, thèse de Zürich, 1951.
- Laborde-Lacoste, M.* : Précis élémentaire de procédure civile, 1939.
- Lemaire, M.* : Répertoire de procédure civile (Dalloz), 1955.
- Lemp, P.* : Kommentar zum schweizerischen ZGB, Familienrecht, 1ste Abt., das Eherecht, 1954.
- Leuch, G.* : Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 1937.
- Lotz, A.* : Das Recht des Ehemannes am eingebrachten Gut, ZSR 38 (1919), p. 422 ss.
- Mattli* : Rechts- und Handlungsfähigkeit der Ehefrau, thèse de Berne, 1914.
- Mindlin, R.* : Das Sondergut der Ehegatten im ehelichen Güterrechte des schweiz. ZGB, thèse de Zürich, 1940.

- Morel, R.* : Traité élémentaire de procédure civile, 1949.
- Ostertag, F.* : Kommentar zum schw. ZGB, Sachenrecht III, 1912.
- Panchaud, A.* : La poursuite pour les dettes de la femme mariée, JT 1937, p. 99.
- Roguin, E.* : Traité de droit civil comparé, I. le mariage, 1904, II. le régime matrimonial, 1905.
- Rosenberg, L.* : Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht, 1954.
- Rossel et Mentha* : Manuel du droit civil suisse, 2<sup>me</sup> édition.
- Rüttener, K.* : Die Rechtsstellung der verbeirateten Berufs- und Gewerbefrau, thèse de Zürich, 1922.
- Sauser-Hall, G.* : La capacité civile des personnes physiques, FJS 571 ss, 1942.
- Schultz* : Die Privatrechtliche Stellung der Ehefrau (zürch. Beiträge No. 21), 1908.
- Scheppler* : Die Wirkungen der Prozessführung der Frau in Anschauung des eingebrachten Gutes beim ordentlichen gesetzlichen Güterstand, thèse de Munich, 1909.
- Schlatter, E.* : Die Änderung und Aufhebung des Güterstandes und ihren Wirkungen auf die Rechte Dritter, thèse de Zürich, 1952.
- Schweizer, A.* : Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechtes ZSR 47 (1928), p. 94 a ss.
- Schweizer, A.* : Die Schuldenhaftung im ehelichen Güterrecht des Entwurfs eines schweiz. ZGB (zürch. Beiträge No. 14), 1907.
- Seifert, M.* : Die Prozessrechtliche Stellung der beiden Ehegatten und Grund von Art. 168 ZGB, thèse de Zürich, 1934.
- Staudinger* : Kommentar zum BGB (Familienrecht).
- Stauffer, W.* : Kommentar zum schweiz. OR, Schluss- und Übergangsbestimmungen, 1940.
- Strüuli, H.* : Zürcherische Rechtspflegegesetze, II, Zivilprozessordnung, 1939.
- Hauser, W.* :

- Subilia, R.* : Des biens réservés des époux dans le CCS, thèse de Lausanne, 1917.
- von Tuhr, A.* : Partie générale du Code fédéral des obligations, traduction de Torrenté et Thilo, 1929.
- Tuor, P.* : Le Code civil suisse, traduction Deschenaux, 1950.
- Vaney, F.* : Poursuite pour les dettes réservataires après la dissolution du mariage, thèse de Lausanne, 1949.
- Vollenweider, A.* : Die Rechtsstellung der Ehefrau, thèse de Berne, 1926.
- Weiss, G.* : Entscheidungen zum ZGB und OR, 1942.
- Weiss, G.* : Die Pflicht der Ehegatten sich im Ehescheidungsprozess Kostenvorschüsse zu leisten, in Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. H. Fritzsche.
- Wieland, K.* : Zur Vereinheitlichung des eheliches Güterrechts ZSR 18, 1899, p. 319 ss.

---

Amtsbericht des Obergerichts, BL.

Amtsbericht des Kantonsgerichtes, SG.

Blätter für Zürcherische Rechtssprechung, Zürich, BIZR.

Bulletin de jurisprudence pénale, Lausanne, BJP.

Entscheidungen des Appellationsgerichts, BS.

Journal des Tribunaux, Lausanne, JT.

Neue Juristische Wochenschrift, Allemagne.

Praxis des Kantonsgerichtes, GR.

Recueil des arrêts rendus par la Cour de cassation civile, NE.

Recueil des jugements du Tribunal cantonal, NE.

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, Lausanne.

ATF.

Revue de droit suisse, Bâle, ZSR.

Schweizerische Juristenzeitung, SJZ.

Semaine judiciaire, Genève, SJ.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Berne, ZBJV.

## Table des matières

---

### PREMIÈRE PARTIE :

<i>La règle de l'article 168</i> . . . . .	p. 9
N <sup>os</sup>	
2 CHAPITRE PREMIER. — Les travaux préparatoires . . . . .	9
5 CHAPITRE II. — Qui est partie au procès d'apports ? . . . . .	11
5 <i>le mari, la femme ou les deux époux ?</i>	
6     analyse de la jurisprudence et de la doctrine	
10     conclusion provisoire	
11 CHAPITRE III. — La recevabilité de l'action en justice . . . . .	21
14 CHAPITRE IV. — La capacité . . . . .	23
14     la capacité civile de la femme mariée	
17     la capacité d'ester	
19 CHAPITRE V. — La qualité et l'intérêt . . . . .	27
19     la <i>legitimatio ad causam</i>	
23     l'intérêt	
25     définition de la qualité (note)	
26     distinction nécessaire entre qualité et capacité (note)	
27 CHAPITRE VI. — La chose jugée . . . . .	32
31     conclusion (Cf. N <sup>o</sup> 10 ci-dessus)	

### DEUXIÈME PARTIE :

<i>L'application de la règle</i> . . . . .	35
N <sup>os</sup>	
32 CHAPITRE PREMIER. — La femme autorisée à plaider elle-même . . . . .	35
34     la forme de l'autorisation	

N°		
36	son retrait	
36	absence ou maladie du mari	
37	la femme peut-elle conduire les procès relatifs aux apports du mari ?	
38	CHAPITRE II. — Sanctions attachées à l'absence du pouvoir de plaider . . . . .	p. 39
38	la femme intente une action relative à ses apports	
42	la femme intente une action du mari	
43	le mari intente une action de la compétence exclusive de la femme	
44	on intente à la femme personnellement une action relative à ses apports	
45	on intente une action à la femme alors que le mari devrait être défendeur	
46	on intente une action au mari représentant, alors que la femme a pouvoir de plaider	
48	CHAPITRE III. — Les attributions maritales en matière de transaction, acquiescement et désistement . . . . .	45
48	art. 168 ou art. 202 CC ?	
53	la « simple administration » de l'art. 202 CC	
54	CHAPITRE IV. — Les obligations du mari, la sanction de leur inobservation . . . . .	49
54	droit, mais aussi devoir de plaider	
55	les fautes du mari	
56	sa responsabilité civile	
57	sa responsabilité pénale	
58	la femme peut demander la séparation de biens	
59	elle ne peut obtenir du juge que la conduite d'un procès lui soit confiée (Cf. cependant N° 131)	
60	CHAPITRE V. — La femme peut-elle intervenir au procès d'apport ? . . . . .	52
62	CHAPITRE VI. — L'application pratique de la règle de 168, CC ; diverses questions de procédure . . . . .	54
62	la demande	
63	le for	
64	rejet de la demande ?	
65	la demande reconventionnelle, l'exception de compensation	
66	conciliation, moyens de droit, témoignage, jugement, effets du jugement	
67	frais et dépens, honoraires d'avocat, restitution des avances	
69	l'assistance judiciaire	
70	CHAPITRE VII. — Début et fin des effets de la règle de 168, CC . . . . .	59

TROISIÈME PARTIE :

<i>Les cas particuliers</i> . . . . .	p. 61
N°	
73	la ratio legis de l'article 168, CC
	<b>La personne de l'adverse partie</b>
77	CHAPITRE PREMIER. — « Contestations avec des tiers » . . . . . 63
77	les procès entre époux
78	CHAPITRE II. — La théorie de la collision d'intérêts . . . . . 63
79	l'article 105 ch 5 LP
80	la théorie du défaut d'intérêt
	<b>La nature du litige</b>
81	CHAPITRE III. — « Contestations... relativement à ses apports » 67
81	contestations relatives aux biens réservés
82	contestations relatives aux apports
85	la femme peut charger son mari de diriger un procès réservataire
86	les biens fongibles de la femme (201, CC)
87	le bénéfice de l'union conjugale (195, CC)
88	CHAPITRE IV. — Attribution des époux selon la nature des actions . . . . . 70
88	actions personnelles et actions réelles
91	actions qui relèvent de la procédure gracieuse
93	synthèse
94	CHAPITRE V. — Les principales actions . . . . . 75
94	les procès pénaux
95	l'action ou intervention civile dans le procès pénal
96	les contestations de nature administrative
97	l'arbitrage
99	Les actions du droit des personnes . . . . . 77
100	Les actions du droit de famille . . . . . 78
101	Les actions réelles . . . . . 79
102	le produit des apports
103	les actions possessoires
104	l'usufruit
105	Les actions du droit des successions . . . . . 82
109	Les actions contractuelles . . . . . 85
110	Les actions délictuelles . . . . . 87
111	Les actions légales . . . . . 88
112	Les actions du droit de poursuite . . . . . 89

N <sup>os</sup>		
113	CHAPITRE VI. — Les dettes de la femme mariée . . . . .	p. 89
116	Les dettes générales . . . . .	91
124	CHAPITRE VII. — Les litiges nés à l'occasion de la représentation de l'union conjugale par la femme (art. 163 CC ; « Schlüsselgewalt ») . . . . .	96
	<b>La personne des époux</b>	
126	CHAPITRE VIII. — La femme commerçante (167 CC) . . . . .	98
128	CHAPITRE IX. — L'interdiction d'un des époux . . . . .	99
131	l'article 171 CC	
132	<b>Le régime matrimonial</b>	
133	CHAPITRE X. — La séparation de biens . . . . .	102
134	CHAPITRE XI. — La communauté de biens . . . . .	102
137	CHAPITRE XII. — L'unité des biens (199 CC) . . . . .	104
	Bibliographie . . . . .	107