



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

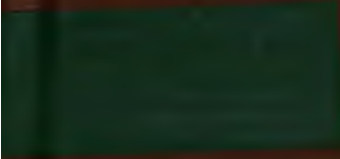
- + *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.
- + *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.
- + *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.
- + *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse <http://books.google.com>



3 2044 103 174 991



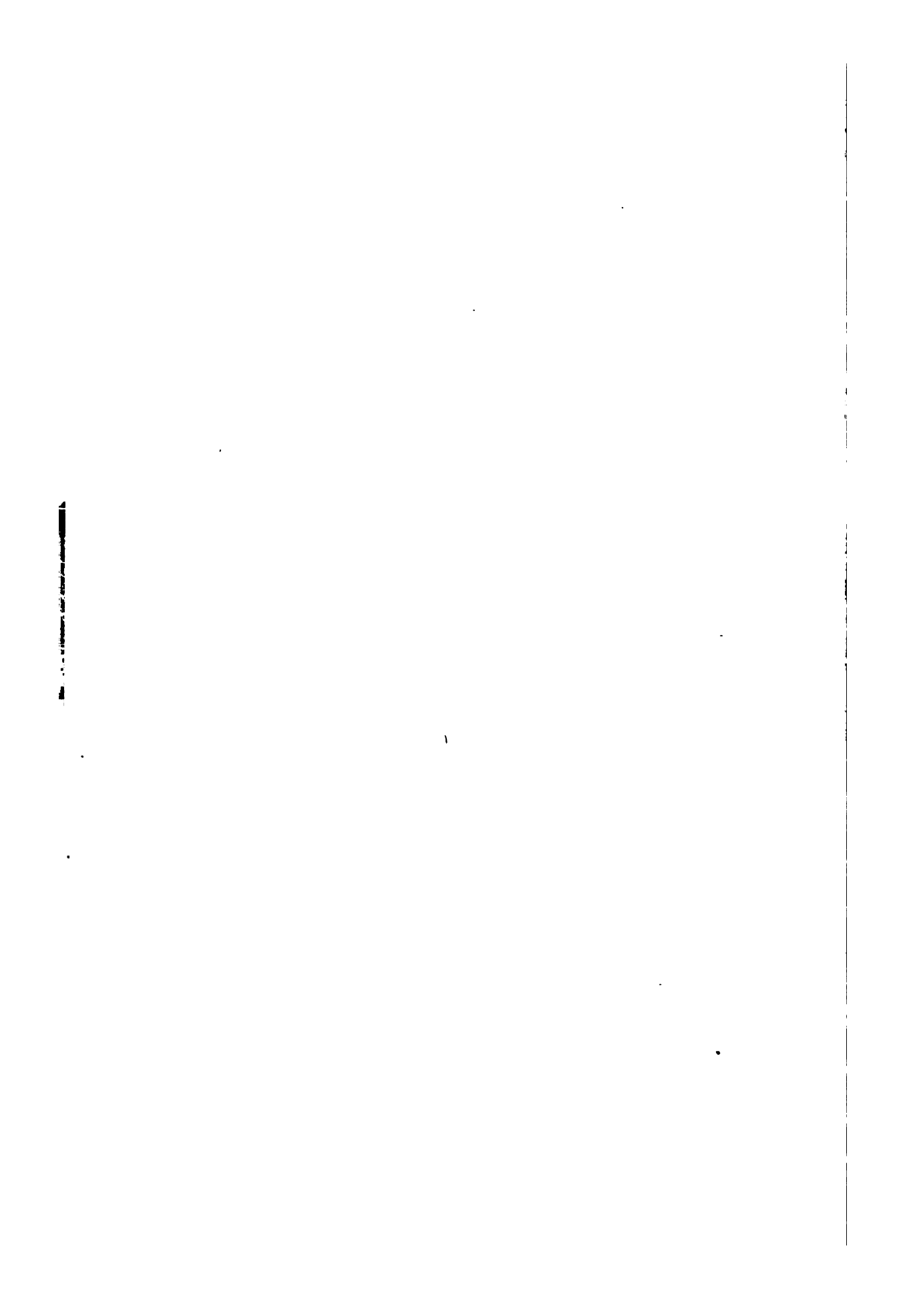
Bd. Dec. 1940



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Received *June 27. 1921*

FRANCE



DE

oct 18

123

L'AUTORISATION MARITALE

54

AU XIII^e SIÈCLE

COMPAREE A CELLE DU CODE CIVIL

PAR

EDMOND MARCOU

DOCTEUR EN DROIT.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

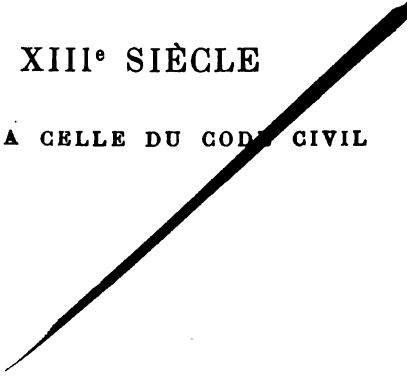
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

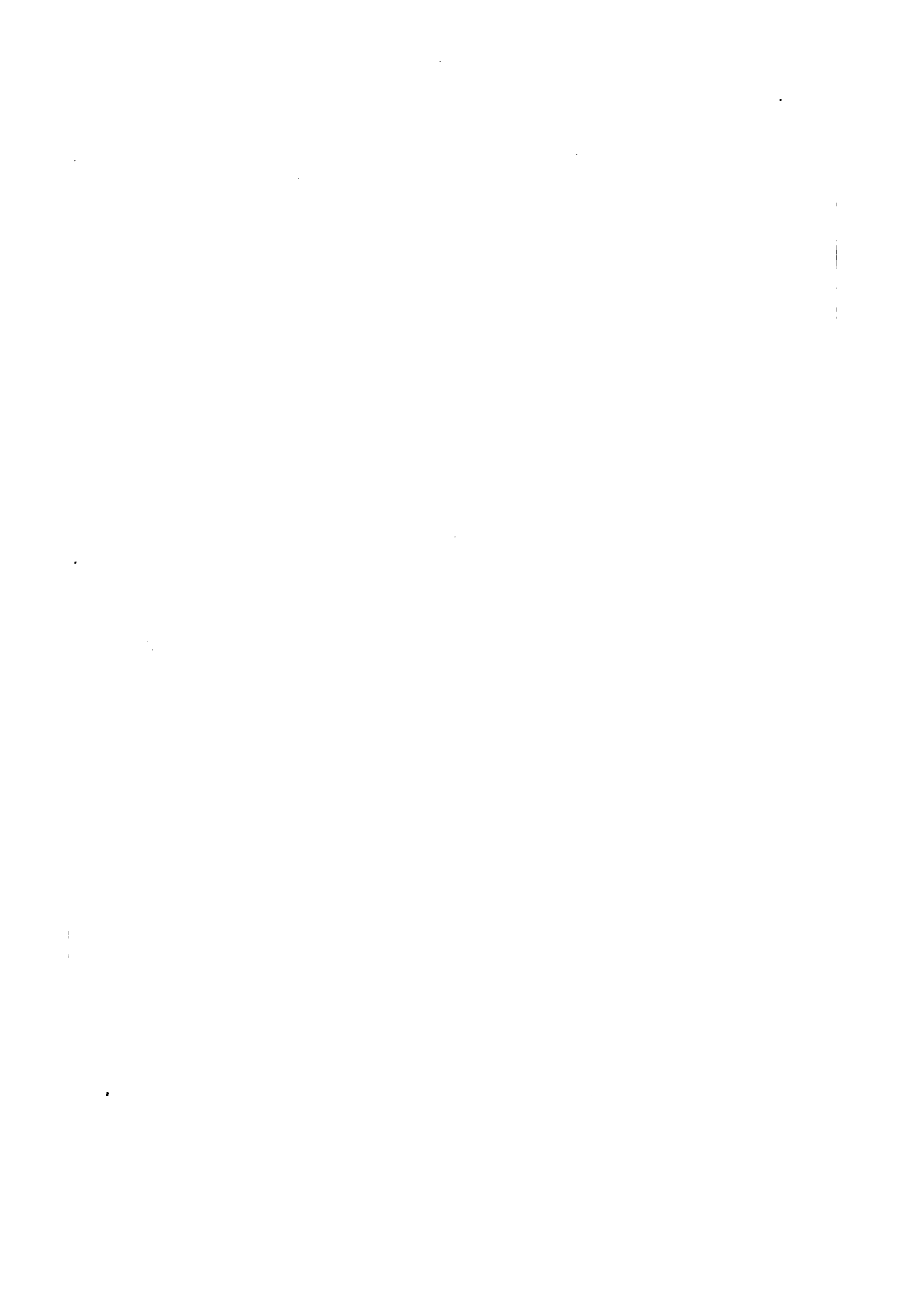
1900

Vertical line on the left side of the page.

Vertical line on the right side of the page.

DE
L'AUTORISATION MARITALE
AU XIII^e SIÈCLE
COMPARÉE A CELLE DU CODE CIVIL





DE

L'AUTORISATION MARITALE

AU XIII^e SIÈCLE

54

COMPARÉE A CELLE DU CODE CIVIL

PAR

EDMOND MARCOU

DOCTEUR EN DROIT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1900

913

Fot W
M

JUN 27 1921

DE L'AUTORISATION MARITALE

AU XIII^e SIÈCLE

COMPARÉE A CELLE DU CODE CIVIL

INTRODUCTION

L'incapacité de la femme mariée est formellement consacrée par notre Code dans l'article 1124, qui nous déclare que les incapables de contracter sont : « les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi. »

Les articles 215 à 226 au titre du mariage ne font que déduire les conséquences de ce principe.

Il en résulte que la femme mariée ne peut faire la plupart des actes de la vie civile sans être autorisée de son mari ou de la justice et qu'elle ne peut exercer ses droits qu'à cette condition.

Tel est le fait que nous constatons quand nous ouvrons le Code.

Si, poussant nos recherches plus avant, nous étudions le mécanisme de l'autorisation maritale, nous serons

For Jx
M

bientôt frappés du manque d'idée directrice qui se manifeste dans les détails de cette institution.

Certains articles du Code semblent faire reposer l'autorisation maritale sur la faiblesse et l'inexpérience de la femme ; d'autres par contre ne semblent l'exiger que comme règle de discipline domestique et par respect pour l'autorité du mari. De nombreux auteurs ont bien essayé de concilier les différents articles du Code se rapportant à ce sujet ; mais leurs efforts sont restés stériles et la question demeure toujours entière.

Ce qui rend la conciliation fort difficile, c'est que les rédacteurs du Code, en posant le principe de la nécessité de l'autorisation, n'ont pas innové, mais au contraire repris une règle fort ancienne que nous trouvons déjà nettement formulée au XIII^e siècle dans Beaumanoir.

Très nette et très simple à cette époque, l'autorisation maritale n'était qu'une simple règle de discipline domestique ; mais elle ne devait pas rester telle, et nous allons assister à sa déformation dans les siècles suivants sous la double influence de la renaissance du droit romain et du droit canonique.

Cette déformation ira s'accroissant insensiblement jusqu'au XVIII^e siècle et les rédacteurs du Code civil n'échapperont pas eux-mêmes à l'influence du milieu : d'où le système bâtard de l'autorisation maritale dans notre législation.

*
**

C'est au XIII^e siècle que nous voyons apparaître l'au-

torisation maritale en système définitivement constitué ; mais elle ne s'est pas formée spontanément et elle est au contraire le résultat d'une lente élaboration.

L'autorisation maritale s'est organisée dans les coutumes sous l'influence directrice des idées et des mœurs chrétiennes. Sans doute elle existait en germe dans la donnée naturelle du mariage, mais c'est la doctrine chrétienne qui a repris ce germe et l'a dirigé contre l'idée romaine pour en tirer l'autorisation maritale transformée en règle juridique.

Elle est sortie en partie de textes chrétiens et notamment de l'Épître de St Paul aux Ephésiens dans laquelle le grand apôtre déclare que la femme doit être soumise au mari qui est son chef : *Subdita quoniam vir caput est mulieris* (1).

C'est de là qu'est venue l'idée de la suprématie naturelle de l'homme, idée presque abandonnée des Romains et qui n'était qu'une notion assez confuse chez les Barbares.

Notre devoir d'obéissance écrit au Code, notre système de l'autorisation maritale pour l'ensemble des actes de la femme, nos prérogatives du mari comme chef s'y rattacheront directement bien plus qu'au prétendu *mundium* germanique, qu'il est impossible d'apercevoir clairement chez les Francs, les Wisigoths ou les Burgondes.

(1) St Paul, Épître aux Ephésiens, chapitre V.

Mais il ne faut pas pousser trop loin cette idée et déclarer que la règle de l'autorisation est sortie tout entière de la doctrine chrétienne ; car il y a là une donnée naturelle qui s'était déjà manifestée avant l'apparition du christianisme.

Nous en trouvons des traces tout autour du monde romain et plus particulièrement en Bithynie ; Gaius nous rapporte en effet dans ses *Institutes* que « Apud peregrinos non similiter ut apud nos in tutela sunt feminæ ; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt ; ut ecce lege Bithynorum, si quid mulier contrahat, maritum auctorem esse jubet aut filium ejus puberem (1) ».

Cette même idée se manifeste encore dans un texte du *Corpus juris canonici* où St Jérôme, développant le précepte chrétien *vir caput mulieris*, nous dit que « chez les païens même c'est une loi générale que les femmes obéissent à leurs maris ».

Par contre le droit romain ne connut pas le principe de l'autorisation ; car la conception même du mariage à Rome s'opposait au développement de cette institution.

Le mariage était-il *cum manu*, la femme entrait comme *filiafamilias* dans la famille de son mari, tandis que d'autre part tous les liens religieux et civils qui l'attachaient à sa famille naturelle étaient rompus.

Elle se trouvait, avec ses propres enfants, dont elle était comme la sœur, sous la puissance du mari ou du *pater* de celui-ci.

(1) *Institutes* de Gaius, I, 193.

Enfin elle perdait ses biens personnels, qui désormais appartenaient en propriété à celui qui exerçait la *manus* et devenait aussi incapable d'acquérir par elle-même qu'un enfant de famille.

En un mot, sous ce régime, la femme n'avait rien, ne possédait rien et n'acquerrait rien pour elle.

Une réaction devait se produire contre les données si exagérées de la *manus* et on cherchera à protéger la femme contre cette absorption et ces abus de pouvoir du mari.

Ce fut là sans doute la raison d'être de la naissance du mariage *sine manu*. Sous ce régime, la femme ne sortait plus de sa famille naturelle et n'entrait plus dans celle de son mari. Elle restait sous la puissance de son *pater* ou sous la tutelle de ses tuteurs.

Lorsqu'elle était *sui juris*, elle conservait la propriété de ses biens, sur lesquels le mari n'acquerrait aucun droit, pas même des pouvoirs d'administration.

Enfin aucun lien de parenté civile ne la rattachait à ses propres enfants.

La femme n'était donc pas subordonnée à son mari et elle était dans une telle indépendance qu'elle restait complètement étrangère aux intérêts de la famille de son époux, de sorte que, par suite de la dépravation des mœurs, elle put même leur devenir hostile.

Ces deux formes d'union s'opposaient donc au développement de l'autorisation maritale et cependant les mœurs nous montrent que, même à Rome, c'était la dis-

position naturelle du mariage ; la *laudatio Turia* en est une preuve (1), mais à la vérité ce n'était là qu'un exemple qui sans être isolé ne peut être considéré comme la règle.

Quant aux Germains, certains auteurs ont prétendu qu'ils avaient connu plus que ces données naturelles et qu'il avait existé chez eux un véritable *mundium* marital auquel se rattacherait le principe de l'autorisation.

Mais est-ce bien exact ?

Il est permis d'en douter ; car ce *mundium* ne se trouve que dans la loi des Lombards (2).

(1) Dans cette *laudatio* nous voyons un personnage du temps d'Auguste Lucretius Vespillo qui vient de perdre sa femme Turia, et qui se fait un devoir de rapporter sur le marbre la vie de celle qui fut sa compagne.

Il nous déclare que le mariage a duré 41 ans et que, durant ce temps, Turia fut le modèle des épouses, douée de toutes les vertus antiques, admirable d'affection pour ses parents et ceux de son mari.

Nous voyons apparaître ici la notion naturelle de communauté morale s'étendant à la communauté d'intérêts ; car jusqu'à la fin la fortune des deux époux a été commune.

« Omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus: neque enim erat acquirendi tibi cura, quod totum mihi tradidisti. Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuæ fortunæ gererem, tu meæ custodiam sustineres. Multa de hac parte omittam, ne tua propria mecum communicem: satis sit hoc mihi suis de sensibus indicasse. » *Laudatio Turia*, § 35.

(2) *Edictum Rotharis*, n° 205. « Nulli mulieri liberæ sub Regni nostri ditione, lege Longobardorum viventi; liceat in suæ potestatis arbitrio, id est rebbmundiæ vivere nisi semper sub potestate viri aut potestate curtis regiæ debeat permanere; ned aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus sine voluntate ipsius in cuius mundio fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi. »

Or cette institution doit leur être propre ; car le texte date de 643 et on ne trouve rien de semblable dans les lois des Francs Saliens ou des Ripuaires. Enfin, dans les formules de Marculfe et dans les actes des Francs, rien ne dénote une coutume d'autorisation maritale organisée en règle positive au lendemain des invasions.

En résumé, il est permis de penser que, pas plus chez les Francs que chez les Wisigoths, il n'existait de *mundium* organisé sur la femme. Sans doute le mari avait une suprématie naturelle qui conduisait à des conséquences analogues à celles du *mundium* ; mais ce n'était là qu'un *mundium* de fait.

La conduite des époux germains était inspirée par les mêmes sentiments que nous avons rencontrés quelquefois chez les Romains ; mais il n'y avait pas là des coutumes obligatoires et il était permis de s'en écarter.

L'autorisation maritale était donc une donnée naturelle dont nous relevons de nombreuses traces dans l'antiquité ; mais, pour qu'elle pût se développer, il fallait qu'elle rencontrât un terrain favorable. Elle l'a trouvé dans la doctrine chrétienne.

On pourrait dire, il est vrai, qu'elle s'est dégagée spontanément des besoins nouveaux ; mais il semble inadmissible qu'une institution juridique puisse se construire seule sur un grand territoire ; car il faut une direction pour faire marcher les mœurs et les institutions suivant un même plan.

Qui a produit cette idée d'unité de direction dans le

mariage et l'a fait passer dans les mœurs, si ce n'est la doctrine chrétienne ?

Voilà ce que dit le sens intime et général de l'histoire et ce que confirment les textes.

En effet, sur l'existence d'une puissance maritale nous n'avons rien, quant aux peuplades germaniques, avant la loi des Wisigoths et la loi des Burgondes. Or est-ce d'un *mundium* qu'elles parlent ? Non. Elles emploient l'expression *potestas* (1), c'est-à-dire le mot même de la Vulgate. Ce n'est pas encore l'autorisation ; mais ces textes traduisent législativement le principe d'obéissance d'où sortira l'autorisation maritale. Ils transportent en droit positif le principe chrétien *vir caput mulieris* (2). L'autorisation maritale n'apparait pas encore dans les textes ; seul y apparait le concours des deux époux : *simul collaboraverunt et simul consumpserunt*.

Comparons ce qui se trouve chez les Burgondes et chez les Francs.

Chez les premiers, il y a toujours le consentement du mari ; chez les seconds le concours des deux époux.

(1) *Lex Wisigothorum*, livre 4, titre 2, chapitre XV : « Sed vir qui uxorem suam secundum sacram scripturam habet in potestate similiter et in servis eius potestatem habebit, et omnia quæ cum servis uxoris suæ vel suis in expeditione acquisivit, in sua potestate permaneant. »

(2) A l'appui de notre théorie, nous pouvons encore citer un certain nombre de textes plus récents, où la règle chrétienne est invoquée pour justifier la puissance du mari sur la femme. C'est ainsi que Rodenburgh, dans les préliminaires du *Tractatus de jure conjugium*, justifie la puissance maritale en déclarant que : « habet id juris vir et naturæ privilegio et Dei decreto ». Quant à Tiraquellius il donne la même explication dans les *Leges connubiales*.

C'est la communauté de biens qui s'organise avec cette idée que le mari est « le sire de ses biens et de ceux de sa femme » et qu'elle ne pourra rien faire sans le consentement de son « baron ».

Ce sont les mœurs et coutumes de cette époque qui suivirent la direction des textes chrétiens et c'est ainsi que s'enracinera la coutume qu'une femme ne peut s'engager ni engager la communauté sans le consentement du mari.

Mais il faut bien reconnaître qu'il y a eu, entre les prédispositions naturelles et vagues des coutumes barbares et la doctrine chrétienne plus précise, une étonnante rencontre qui les a fait se réunir pour renverser le droit romain, et s'y substituer, même dans le Midi, jusqu'à la renaissance des institutions antiques ; mais le droit romain, plus vite accepté dans le Midi, renversa les coutumes contraires non encore établies, tandis qu'au Nord la coutume franque, mieux établie, avec une constitution et une fondation plus solide, sut lui résister et il ne put que la faire dévier d'une façon qui ne fut pas toujours heureuse.

Au XIII^e siècle, nous trouvons donc nettement établie la communauté comme seul régime des biens et son corollaire, l'autorisation maritale.

Nous n'avons pas l'intention de nous occuper ici de ces deux institutions, que nous étudierons plus tard en détail ; nous voulons seulement nous rendre compte actuellement de la répercussion qu'elles ont eue sur la condition de la femme au moyen âge.

Le XIII^e siècle nous montre l'autorisation maritale définitivement constituée en système juridique, et, pour s'en convaincre, il suffit de consulter Beaumanoir, qui déclare que « la femme mariée est dès le mariage sous la mainbournie de son mari ».

Cette subordination de la femme au mari conduit à des conséquences très graves dans la rude société féodale.

L'autorisation maritale présente à cette époque les caractères suivants :

Quand le mari est présent la femme ne peut faire aucun acte ni engager la communauté sans l'autorisation de son mari ; mais, approuvée de ce dernier, elle peut tout faire et notamment renoncer à son douaire. Elle peut aussi cautionner et dans ce cas elle engage la communauté. Par contre, si le mari est fou ou absent, elle peut s'obliger valablement seule et n'a besoin d'aucune autorisation.

Au contraire, la femme a-t-elle agissant être autorisée, c'est au mari seul qu'il appartient d'attaquer l'acte.

Beaumanoir expose cette théorie au chapitre 43, à propos des dons et cautionnements ; mais nul doute qu'elle ne s'applique à des cas moins graves.

Il n'y avait là aucune trace d'idée de protection en raison de la faiblesse de la femme, et à cette époque l'autorisation maritale reposait uniquement sur l'idée de suprématie du mari. Capable par elle-même, la femme mariée devait obtenir l'autorisation en raison d'une règle de discipline domestique.

Par suite d'un travail plus de douze fois séculaire, la femme avait donc vu améliorer sensiblement sa condition juridique; mais elle n'était pas encore avec l'homme sur le pied d'égalité.

Ce mouvement ascensionnel n'a pas suivi, tant s'en faut, une marche continue et uniforme et les droits de la femme ont subi de nombreuses fluctuations qui n'ont pas toujours été à son avantage.

Si l'on examine à ce point de vue le droit du XIII^e siècle, il semble qu'à cette époque un penseur eût pu légitimement présager à la femme un avenir d'égalité assez prochain, lui donner de hautes et légitimes espérances (1).

Si les juristes du XIII^e siècle étaient arrivés à cette conception du rôle de la femme, c'est parce qu'ils avaient pu se débarrasser de l'influence des idées romaines et qu'ils ne s'étaient inspirés que des idées chrétiennes.

Le rôle de la femme, tel qu'il est compris dans Beaumanoir, n'est en effet que l'expression des principes chrétiens et la mise en pratique des deux maximes : « *vir caput mulieris* » « *adjutorium simile sibi* ».

Mais, dès le XIV^e siècle, nous allons assister à une réaction des idées romaines et du même coup apparaîtront différentes règles destinées à protéger la femme en raison de sa faiblesse et de son inexpérience.

Pour construire la théorie de l'autorisation, les juris-

(1) Viollet, *Histoire du droit*.

tes de cette époque iront chercher des analogies dans l'*auctoritas tutorum*, et le *consensus* du curateur, et par là la tradition de la mainbournie se trouvera corrompue.

A la même époque apparaît l'autorisation supplétive ; le juge du XIV^e siècle intervient dorénavant quand le mari est fou ou absent et que, par conséquent, il ne peut plus donner son autorisation.

La femme, au XVI^e siècle, n'est plus cet être supérieur, presque surnaturel, que les Germains entouraient de tant de soins ; on la trouve au contraire remplie de défauts ; elle est « mauvaise de sa propre volonté ». Bref « la femme est une beste qui n'est pas ferme ni estable, elle est hayneuse à la confusion de son mari et nourrisante de mauvaiseté ».

..

Qu'allaient faire les rédacteurs du Code civil ?

Allaient-ils s'arrêter à la saine doctrine de Beaumanoir ou au contraire partageraient-ils les appréhensions des Tiraqueau, des d'Argentrave et des Lebrun ?

A première vue on serait tenté de croire qu'au lendemain de la Révolution un souffle de liberté et d'égalité allait balayer tous les anciens principes et renverser les règles de la puissance maritale.

En réalité il n'en fut rien.

Cambacérès présenta bien à la Convention un projet qui supprimait la puissance maritale, et qui établissait le principe d'égalité entre les époux ; mais cette propo-

sition n'eut pas de succès et tomba vite dans l'oubli.

Cambacérés se rétracta du reste bientôt car le 5 messidor an IV, il présentait un nouveau projet, qui rendait à l'époux les droits inhérents à la puissance maritale.

Le Code civil maintint donc le principe de l'autorisation maritale et augmenta même son étendue, puisqu'il allait maintenant s'appliquer à toute la France au lieu d'être limité aux seuls pays de droit coutumier.

L'autorisation maritale, telle qu'elle a été conçue par les rédacteurs du Code civil, a un double fondement : d'une part, l'intérêt du ménage qui exige l'unité de direction des affaires ; de l'autre, une pensée de protection pour la femme.

Comment expliquer autrement que l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation soit accordée à la femme (1) ? Comment justifier l'autorisation de la justice en cas de minorité, d'absence ou d'interdiction du mari (2) ?

Or tel ne peut être, dans notre législation, le fondement de l'incapacité de la femme mariée. « La dépendance de la femme à l'égard du mari, dit très justement M. Cabouat, ne peut se comprendre que comme conséquence de l'établissement d'une certaine communauté d'intérêts entre époux et moyen d'assurer à la direction de l'association conjugale les avantages de l'unité de vue et de volonté (3). »

(1) Art. 225.

(2) Art. 222 et 224.

(3) Cabouat, *Explication théorique et pratique de la loi du 6 février 1893*, p. 25.

Au fond l'incapacité de la femme procède de cette idée très simple que, dans une société de deux personnes, il faut un chef. Or il était tout naturel que ce chef fût le mari, en raison de ses aptitudes et de sa connaissance des affaires.

Telle est à mon avis la véritable raison d'être de l'autorisation maritale et de l'incapacité de la femme.

Certains auteurs, il est vrai, qui veulent justifier à tout prix les rédacteurs du Code civil, ont bien essayé de démontrer que ces derniers n'avaient jamais voulu fonder la règle de l'autorisation maritale sur une idée de faiblesse ou d'incapacité, mais seulement sur une idée de discipline domestique.

Mais nous nous trouvons alors en présence de règles contradictoires, et, quelque désir qu'on ait de justifier les rédacteurs du Code, il serait téméraire d'affirmer qu'ils ont fait preuve d'une logique bien serrée et organisé une théorie bien définie. Ils ont eu le tort d'avoir recours à un procédé éclectique au lieu de faire triompher la doctrine de Beaumanoir, si franche et si juste quant à son point de départ.

PREMIÈRE PARTIE

ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER

DE L'AUTORISATION MARITALE DANS L'ANCIEN DROIT.

SECTION I. — De l'autorisation maritale au XIII^e siècle.

Les articles 215 à 226 du Code civil déclarent que la femme mariée ne pourra accomplir la plupart des actes de la vie juridique qu'à la condition d'être autorisée de son mari ou de justice.

Y a-t-il là une innovation des rédacteurs du Code civil ou bien au contraire un legs du passé ?

C'est à cette dernière solution que nous devons nous arrêter ; car si nous nous reportons dans le passé et même au delà du XIII^e siècle, nous relevons des traces du principe de l'autorisation maritale.

Le droit romain, auquel nous avons emprunté de nombreux matériaux, ne nous a rien fourni en cette matière et on ne doit pas s'en étonner outre mesure

quand on réfléchit à la notion même du mariage à Rome. D'où donc est venu le principe de l'autorisation maritale ? L'autorisation maritale existait à l'état embryonnaire chez les Germains ; mais, pour qu'elle pût se développer, il fallait qu'elle rencontrât un terrain favorable ; elle l'a trouvé dans le Christianisme.

L'autorisation maritale, qui est intimement liée à la communauté, est sortie des textes chrétiens. Nous la trouvons dans le récit de la Genèse, l'Evangile et les textes de St Paul, qui proclament le principe de la communauté entière d'existence des époux et l'obéissance de la femme vis-à-vis de son mari.

La Genèse consacre aussi la primauté de l'homme avec la pensée la plus juste et la plus profonde du rôle de la femme « qu'elle soit son aide semblable à lui ». L'égalité de la femme, chef en second, n'a jamais été plus nettement proclamée, et l'autorisation maritale, telle que nous la trouvons conçue dans Beaumanoir, paraît être la traduction des mots *adjutorium simile sibi*.

Elle s'est organisée chez nous, à l'encontre du droit romain, par l'effet de la direction chrétienne, qui a réabli le mariage.

C'est la communauté de biens qui s'organise avec cette idée que le mari est « le sire de ses biens et de ceux de sa femme ».

Cesont les mœurs et les coutumes de cette époque qui suivent la direction des textes chrétiens, c'est ainsi que s'enracinera la coutume qu'une femme ne peut s'enga-

ger ni engager la communauté sans le consentement du mari.

Si donc nous nous plaçons au XIII^e siècle pour étudier l'autorisation maritale, c'est parce que c'est à cette époque que la coutume matrimoniale est nettement formée et que nous pouvons l'étudier avec le plus de précision.

Le XIII^e siècle est un des plus nobles et des plus beaux de notre histoire.

C'est la grande époque du christianisme, et durant ce siècle la vie religieuse atteint alors une activité et une intensité dont nous ne pouvons plus maintenant nous faire une idée.

Du IX^e au XIII^e siècle, la France se couvre d'églises, le zèle et l'activité des populations font merveille et l'on arrive à des résultats surprenants.

La cathédrale de Paris commencée en 1160 par l'évêque Maurice de Sully fut achevée sous Saint-Louis ; la cathédrale d'Amiens, détruite par un incendie en 1222, fut rebâtie en 1288.

Enfin la cathédrale de Chartres, brûlée en 1194, fut rebâtie non seulement avec le concours des habitants du diocèse mais encore avec l'aide des populations d'alentour, parmi lesquelles Notre-Dame de Chartres était en grande vénération.

C'est aussi le moment où Villehardouin et Joinville illustrent la littérature sous le règne d'un roi illustre doublé d'un grand chrétien, Saint-Louis.

C'est enfin à la même époque que dans l'architecture gothique apparaît l'ensemble des dispositions qui sont restées le type du genre.

Quand l'art en effet a-t-il jamais mieux répondu à la destination de l'édifice, aux aspirations de l'âme qui s'élève à Dieu ?

Un souffle chrétien domina donc le XIII^e siècle et le droit lui-même ne devait pas échapper à cette influence.

Dès lors pour qui se place à cette époque et prend le droit venant de ses sources, c'est la coutume matrimoniale qu'il rencontre, et c'est l'idée chrétienne qui domine dans toute la vie intellectuelle.

La doctrine chrétienne n'a perdu de son activité créatrice que dans les siècles suivants en face d'autres directions intellectuelles : notamment la renaissance du droit romain et de toute l'antiquité.

Au XIV^e siècle, le droit romain débordera sur le droit coutumier et modifiera le plan primitif de l'autorisation maritale au point de le rendre souvent méconnaissable.

C'est donc au XIII^e siècle qu'il faut se placer si l'on veut apprécier l'autorisation maritale dans sa conception première et c'est principalement Beaumanoir qui nous servira de guide dans cette étude.

Philippe de Beaumanoir se trouvait bailli de Clermont en Beauvoisis au moment où il rédigea son étude sur les coutumes de cette contrée et on peut considérer cet ouvrage comme une exposition du droit de l'époque comprenant tout le droit public et tout le droit privé.

L'auteur cherche visiblement à ne pas s'en tenir à tout ce qui est local et à dégager ce qui est général au point de vue du droit coutumier.

C'est là une œuvre vraiment scientifique et on comprend aisément que Montesquieu ait pu dire de Beaumanoir « qu'il a été la lumière de son temps ».

Un autre mérite de cet auteur est de ne pas avoir suivi le droit romain et c'est chez lui de propos délibéré, car il le connaissait.

C'est peut-être même ce dédain du droit antique qui a nui au succès de son œuvre dans les siècles suivants, au moment des progrès excessifs du droit romain.

..

Dans le droit moderne la règle de l'autorisation existe sous tous les régimes.

Assujettissante pour la femme dans la communauté, elle est plus facile sous le régime dotal et fort douce au cas de séparation de biens.

Au XIII^e siècle, nous n'avons pas à distinguer entre les divers régimes; car nous n'en trouvons qu'un: celui de communauté.

C'est donc exclusivement dans ce dernier régime que nous aurons à étudier l'autorisation maritale.

Du reste la communauté et l'autorisation maritale sont intimement liées l'une à l'autre, car elles sont sorties toutes les deux des textes chrétiens.

Et ce qu'il faut bien noter, c'est qu'à mesure que le

régime de la communauté subira des atteintes et des transformations l'autorisation maritale se ressentira de tous ces changements.

Qu'est-ce en effet que la communauté au XIII^e siècle ? C'est une association franche, une société active, où ne domine pas encore le principe : *non est socia sed speratur fore*.

La femme est une associée en sous-ordre. Elle ne peut engager la communauté qu'avec l'agrément de son mari à moins qu'elle ne vienne à le remplacer en cas d'absence, d'interdiction ou de condamnation.

Le mari veut-il aliéner un conquêt ? il a besoin du concours de sa femme.

Lorsque la femme agit et s'oblige, c'est comme associée et nous ne trouvons pas à cette époque l'idée de la femme mandataire ou préposée pour le mari qui engage la communauté sans s'engager elle-même.

Avec une telle conception du rôle des époux dans le mariage, sur quoi allait-on baser le principe de l'autorisation maritale ? sur cette seule idée, que dans toute association il faut un chef, et que, le commandement étant confié au mari, la femme doit obéir.

Il n'y a là qu'une règle de discipline domestique dont nous trouvons la confirmation dans Beaumanoir.

Le premier point qui nous frappe, quand on étudie l'œuvre de ce juriste, c'est de ne rencontrer aucune idée de défaveur contre la femme.

Pas de souvenir du droit romain, qui faisait de la femme un être faible et dénué de bon sens.

Quant à un *mundium* sur la fille comme sur la veuve il a totalement disparu des chartes du XIII^e siècle.

On ne peut guère citer qu'une exception à cette règle dans la charte communale d'Amiens : « *si mortuo marito uxor supervixerit et infantes ejus vivi remanerunt, mulier de omni possessione quam vir ejus in pace tenuerat, quamdiu infantes in custodia erunt, donec ipsa advocatum habeat, nisi sit vadimonium, non respondebit.* »

Donc, au XIII^e siècle, aucune appréhension à raison du sexe, et la meilleure preuve en est que la fille ou la veuve sont pleinement capables et qu'elles sont traitées à peu près sur le même pied que les hommes. Plus de tuteur désormais pour la majeure ou pour la veuve ; elles ont accès auprès des tribunaux et peuvent se porter librement caution.

Beaumanoir, XLIII, § 14 : « Veves, femes se poeut bien obligier en dete, ou en plegerie ou en quelque plet qu'il lor plera, par devant le justice laie ; ou, s'il ne lor plest, il ne respondroient fors par devant lor ordinaire. »

De même la femme peut comparattre en justice pour autrui.

Beaumanoir, V, § 16 : « Il ne loist pas à feme à estre office d'avocat par autrui por loier ; mais sans loier pot ele parler par li ou par ses enfants ou par aucun de son lignage. »

La femme peut être aussi choisie comme arbitre et son témoignage est reçu au civil comme au criminel.

Beumanoir, XLI, § 26 : « Il est certaine coze, que feme en subjection d'autrui, si come en mariage ou en religion, ne poent ne ne doivent penre arbitrage sor eles. Mes celes qui sunt en lor delivre poetes le poent bien fere et rendre le sentence de l'arbitrage. »

Quant au témoignage de la femme il est admis en justice.

Beumanoir, XXXIX, § 54 : « Noz avons dit en cel tittle dessus, que femes sunt receues en témoignier aage d'enfans et aussi sunt eles oies. »

La femme n'est pas dispensée des services qui peuvent être dus à raison du fief.

Beumanoir, XXIX, § 19 : « Che que noz avons dit des services des sergans en cest capitre et des services qui doivent estre fet par le renon du fief, noz entendons en toz cas de services, aussi por les femes comme por les hommes ; car si eles tiennent fief, eles doivent mesme service que uns home devroit s'il le tenoit. »

Après avoir examiné la pleine capacité de la fille ou de la veuve, voyons la situation faite à la femme mariée ; ici nous allons assister à un revirement complet et nous verrons que la femme pleinement capable la veille de son mariage devient incapable au lendemain à la condition toutefois que son baron soit présent ou ne soit pas empêché par un événement quelconque.

Il y a là une règle de subordination et de dépendance, mais par contre pas la moindre idée d'incapacité ; la meilleure preuve en est que, si le mari devient

fou ou absent, la femme recouvre sa pleine capacité.

Le mari est-il présent, la femme ne peut faire aucun acte sans l'autorisation de son baron ; c'est ce qui résulte des textes de Beaumanoir.

Beaumanoir, XLIII, § 22 : « Feme qui est en mariage ne pot plegier, ni dete fere ; et si ele fet, ses barons n'i est de rien tenus. »

La femme avons-nous dit peut comparattre en justice pour autrui, mais si elle est mariée à la condition toutefois « que ce soit de l'actorite de son baron se ele a baron ».

Veut-elle faire une donation, il lui faudra encore l'assentiment de son mari.

LXX, § 7 : « Voirs est que nul don que fame mariée face soit de son heritage, soit de s'aqueste ou de son meuble el sans de son mariage, n'est à tenir que ses barons ou si hoir nel puissent rapeler, s'ele nel fet de l'auctorite et de l'assentiment de son baron. »

La suite du texte nous éclaire bien sur la conception du rôle de la femme mariée à cette époque, Beaumanoir ajoute en effet « Neporquant si ele done aucune coze et li baron se taist, parce qu'il ne le set pas, ou parce qu'il li plect que li dens tiengne, tout soit ce qu'il ne feint point d'otroi, et après muert, et le feme veut rapeler son don : elle ne pot pas, ne doit estre oye en cel cas, ançois doit estre li dons tenus, quant à ce qu'ele ne le pot rapeler ; car tout soit ce que li barons le peust rapeler à son vivant, puisqu'ele meigne en

se franche poeste il convient qu'elle tiegne son fet. »

Voilà pour les actes faits par la femme sans le consentement de son mari.

Mais, si la femme est autorisée de son baron, elle peut tout faire, voire même s'engager pour lui ou pour un tiers.

A cette époque, nous ne trouvons pas l'idée de mandat tacite donné à la femme par le mari pour les dépenses courantes du ménage à l'encontre de ce qui existe dans notre droit actuel.

Dans le Code civil, on distingue les obligations que la femme contracte avec l'autorisation maritale de celles que la femme ne contracte que comme mandataire du mari.

Dans ce dernier cas, conformément à la règle *qui mandat ipse fecisse videtur*, la femme oblige alors son mari et par suite la communauté sans s'obliger elle-même personnellement.

Au XIII^e siècle, c'était comme associée que la femme agissait et, en engageant la communauté, elle s'obligeait elle-même.

Hâtons-nous d'ajouter qu'à notre avis cette solution était beaucoup plus juste que la règle actuelle ; car l'idée de la femme mandataire n'est pas en harmonie avec le principe de communauté.

Qu'arrivait-il, si le mari était absent ou incapable ? Dans ce cas la femme pouvait agir seule et engager la communauté.

Cette solution paraît très logique, si l'on considère la nature de l'autorisation maritale ; il n'y avait là qu'une règle de discipline domestique qui obligeait la femme à demander à son mari une autorisation. Or, au cas où cette autorisation ne pouvait pas être donnée par suite d'un obstacle moral ou matériel, la femme devait pouvoir agir *proprio motu* et engager la communauté.

La règle était la même quand la femme faisait un commerce séparé ; et il faut bien noter cette décision, car elle subsistera à travers toutes les déformations de l'autorisation maritale.

Beumanoir, XLIII, § 28 : « En aucun cas seroit la feme tenue à respondre de se dete ou de se plegerie el tans de son baron, si comme ses barons est fous ou hors de sens, si que il est aperte coze qu'il ne se melle de rien, et que le feme fait et mainburnist toutes les cozes que a eus appartient ; ou ce le feme est marqueande d'aucune marqueandise dont ses barons ne set meller, le quele ses barons li laisse demeurer por lor commun profit. »

C'est cette même idée que reproduit l'article 220 du Code civil, qui déclare que la femme marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce et au dit cas elle oblige son mari s'il y a communauté entre eux ; mais, pour que la femme soit réputée telle, le droit actuel, comme celui du temps de Beumanoir, exige que la femme fasse un commerce séparé.

Si sur ce point la règle est restée la même, il n'en est plus ainsi quand il s'agit d'un mari mineur.

Dans l'ancien droit, le mari, quoique mineur, pouvait valablement donner une autorisation à sa femme ; car ayant la puissance maritale il était juste qu'il pût autoriser.

Cette solution s'imposait nécessairement quand on n'avait pas encore imaginé de voir dans l'autorisation maritale une mesure de protection en faveur de la femme.

Quant à la sanction du défaut de l'autorisation, elle a subi de nombreuses vicissitudes et de multiples transformations. Beaumanoir déclarait que le mari pouvait seul se prévaloir du défaut d'autorisation de la femme.

Beaumanoir, XLIII, § 17 : « Se feme plege el tans de son baron sans son autorité et li baron meurt, et ele est sive de la plegerie ele en doit repondre. »

Enfin remarquons que, si la femme avait besoin d'être autorisée du mari, cette autorisation n'était soumise à aucune forme et qu'il n'était nullement nécessaire de la solliciter pour chaque acte.

Le système de l'autorisation maritale est donc nettement formé et définitivement constitué au XIII^e siècle.

C'est alors une règle de discipline domestique qui fait tomber la femme mariée dans la mainbournie du mari, et nous ne relevons à cette époque aucune trace d'une incapacité propre à la femme.

C'est intéressant à noter ; car l'autorisation maritale

subira dans la suite de nombreuses déformations qui auront leur répercussion jusque dans le Code civil.

Au système de Beaumanoir nous allons voir se produire successivement deux atteintes résultant du changement des idées et de la renaissance du droit romain.

*
**

Il faut bien convenir qu'en groupant tous les traits de la puissance maritale le moyen âge s'était montré fort dur à l'égard des femmes : droit de correction du mari, direction unique confiée au mari. C'était lui donner un pouvoir domestique illimité.

On comprend donc que, durant le moyen âge, une sourde résistance se soit manifestée contre cette puissance excessive. Les femmes se plaindront et trouveront des partisans dans la doctrine et la jurisprudence.

C'est ce qui explique qu'après le XIII^e siècle nous trouvons des modifications sensibles. Ainsi la séparation de corps est rendue plus facile et la séparation de biens est instituée contre les abus d'administration du mari ainsi que l'autorisation de justice pour briser le refus injustifié du mari.

A ces premiers changements nous applaudirons ; car ils étaient justes et même nécessaires et ne faisaient que correspondre à l'évolution des mœurs.

Mais en dehors de ces innovations nous aurons à noter d'autres transformations, et celles-là ne seront pas amenées comme les premières par suite de l'élargisse-

ment des idées ; elles s'introduiront confusément et presque inconsciemment par suite d'influences diverses et notamment grâce à la renaissance du droit romain.

C'est ainsi que l'autorisation maritale, qui, au XIII^e siècle, n'était qu'une règle de discipline domestique, va devenir une mesure de protection, et les idées du Velleien vont réapparaître.

De plus, l'autorisation, qui jadis n'était soumise à aucune forme, va devenir formaliste et sacramentelle.

A défaut de l'autorisation du mari empêché ou incapable, la femme devra recourir à l'autorisation de la justice.

La femme séparée de biens, qui jadis retrouvait sa pleine capacité, ainsi que l'atteste l'article 224 du texte primitif de la coutume de Paris, aura désormais besoin de cette autorisation pour tout ce qui dépasse l'administration. Enfin l'action en nullité dirigée contre les actes faits par la femme sans l'autorisation du mari subira aussi de nombreuses vicissitudes ; on donnera la nullité à la femme et on poussera même jusqu'à la nullité absolue.

Si nous avons applaudi aux premières réformes, nous nous montrerons plus circonspect en ce qui concerne les autres ; car ces modifications n'étaient en effet ni utiles, ni nécessaires : elles furent le produit d'influences diverses souvent peu heureuses et c'est contre elles que nous nous réservons de diriger nos critiques.

SECTION II. — Atteintes portées à la règle de l'autorisation maritale sous l'influence du changement des idées.

α. *Extension des causes de séparation de corps.*

Nous ne trouvons plus au XIII^e siècle aucune trace de divorce ; l'Eglise, en effet, qui n'avait pu l'empêcher dans le monde romain, avait au contraire triomphé des mœurs barbares ; mais son influence ne s'exerça qu'é lentement ; car on possède des formules de divorce par consentement mutuel de date relativement récente (1).

L'Eglise substitua à l'ancien divorce, c'est-à-dire à la rupture du lien qui unit les époux, un système tout différent, qui laissait subsister le lien, et qui par conséquent ne donnait point ouverture à un nouveau mariage, mais autorisait seulement les époux à vivre séparés.

Cette doctrine, qui a toujours été celle de l'Eglise, a son origine dans l'Evangile de St Marc qui déclare que « *quod ergo conjunxit Deus, homo non separet.* »

Le Concile de Trente affirma à son tour la doctrine de l'indissolubilité, au moment même où Henri VIII reniait ses engagements conjugaux et l'Angleterre ses traditions religieuses.

La séparation de corps une fois prononcée, la femme

(1) La rupture du lien conjugal résulte très clairement de la formule 30 de Marculfe (lib. II, *Libellum repudii*) : « Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri, et adfirmare decreverunt ut unus quisque ex ipsis sive ad servitium Dei in monasterio, aut ad copulam matrimonii sociare se voluerit licentiam habeat. »

reprenait sa pleine capacité civile et pouvait faire tous les actes d'administration et de disposition que bon lui semblait, sans avoir besoin de se faire autoriser de son mari ou de justice.

Beaumanoir nous indique que ce fut d'abord aux juges d'Eglise qu'il appartint de connaître des causes de séparation de corps « et quand tele coze avient, le conissance en apartient à Sainte Eglise quant ples muet du departir (1) ».

Mais cette séparation ne devait pas être facilement prononcée, car Beaumanoir nous dit « mais moulte doit prode feme souffrir et endurer avant qu'ele ne mete hors de sa compaignie (2) ».

Le même auteur indique ensuite un certain nombre de cas où la séparation pourra être prononcée et par cette énumération il est aisé de se rendre compte que ce sont des cas très graves.

Il en sera ainsi « quant li mari les menacent à tuer ou à afoler ou quant il ne lor voelent doner que boire ne que mengier, ne vertir sans meffet, por eles metres à mort ou que li maris eus vendre l'eretage se feme ou son doaire par force, et parce qu'ele ne s'i veut acorder, il li mainne si malvere vie qui ele ne pot durer ; ou quant il la boute hors sans le mefet a le feme » (3).

Dans un autre passage, Beaumanoir montre sous

(1) Beaumanoir, LVII, § 1.

(2) Beaumanoir, LVII, § 4.

(3) Beaumanoir, 4, VII, § 4.

quelle étroite dépendance la femme était placée et combien grande était la toute puissance du mari : « Par plu sors cas poent li home estre escusé des griés qu'ils font à lor femes, ne ne s'en doit le justice entremetre, car il loist bien à l'homme batre se feme, sans mort et sans mehaing quant ele le meffet. »

La règle de subordination de la femme vis-à-vis de son mari était donc très dure à cette époque et on comprend aisément la réaction qui se produisit contre l'omnipotence maritale.

La séparation de corps devint donc plus facile dans la suite et put être prononcée au cas de mauvais traitements ; mais cette évolution est assez difficile à suivre ; car, si cette idée ressort des écrits des juristes, elle n'est nulle part nettement indiquée, et c'est plutôt un fait que l'on peut constater.

Le Concile de Trente, en maintenant la séparation de corps et en proclamant son existence, se contenta de déclarer qu'elle ne pouvait être prononcée *ob multas causas*.

Au XIV^e siècle, Bouteiller (1) admet la séparation de corps dans des cas très nombreux et notamment pour cause d'adultère de l'un des époux, pour mauvais traitements envers la femme, pour désertion de la foi, ou encore « quand l'homme ou la femme étaient parents l'un de l'autre à un degré trop rapproché, si dispen-

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, livre II, titre 8.

ces n'en étaient du Saint-Père, ou enfin quand le mari était impuissant ou incapable de payer ce que les clers appellent la dette conjugale (1). »

Il faut cependant noter qu'au XVIII^e siècle la femme ne pouvait demander la séparation pour adultère du mari et Pothier en donne cette raison singulière : « il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle et la jalousie ne doit pas la porter à faire les recherches sur sa conduite » (2).

Par contre, si la femme ne pouvait invoquer l'adultère de son mari comme cause de séparation de corps, le mari ne pouvait fonder sa demande à raison de mauvais traitements, car la loi regardait une telle plainte comme peu compatible avec la dignité du mari.

Du reste, les causes de séparation n'étaient pas strictement limitées, et l'arbitraire du juge tenait une grande place en cette matière.

« On doit, dit Pothier, laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence du juge les causes de séparation. Il ne doit être ni trop facile à l'accorder pour des discussions passagères, ni trop difficile, lorsqu'il aperçoit dans les parties une antipathie invétérée que la cohabitation ne pourra qu'augmenter, si on les laisse ensemble » (3).

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, livre II, titre 8.

(2) Pothier, *Contrat de mariage*, n° 516.

(3) Pothier, *Contrat de mariage*, nos 506 et 598.

Mais il fallait toujours une sentence du juge rendue en connaissance de cause ; le consentement mutuel des époux eût-il été constaté par devant notaire, et les époux eussent-ils reconnu leurs torts et affirmé leur intention de se séparer n'aurait eu aucun effet.

Le jugement qui prononçait la séparation de corps avait les conséquences suivantes : d'une part, il dispensait les époux de cohabiter ensemble ; de l'autre, il entraînait la séparation de biens ; la communauté était donc dissoute et la femme pouvait, après avoir fait dresser l'inventaire des biens, exercer son droit d'acceptation ou de renonciation.

β. Séparation de biens contre les abus d'administration du mari.

Au XIII^e siècle, nous ne rencontrons dans Beaumanoir aucune trace de l'existence de la séparation de biens.

L'auteur des coutumes du Beauvoisis indique bien en effet le mode de formation de la compagnie ; mais il ne signale aucune cause de dissolution : « Cascun set que compagnie se fait par mariage, car si tost comme mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par la vertu du mariage, mais voirs est que tout comme ils vivent ensemble li hom en est mainburnissières et convient que li feme meffre et obeisse de tout come il a lors meubles et as desquelles de lors héritages, tout soit ce que li feme y voie se perte tout apertement si

convient il qu'elle mette le volonte de son seigneur. »

Il semble ressortir de ce texte que, tant que le mariage dure, le mari possede plein pouvoir sur sa femme et que cette suprématie ne cesse que par la dissolution du mariage.

Avant la renaissance du droit romain, il est incontestable que, dans les pays coutumiers, la femme ne connaissait point cette sujétion.

Il en fut de même dans les pays de droit écrit, où la pratique du droit romain s'appuyait sur le Bréviaire d'Alaric.

Toutefois, en Dauphiné, cette institution avait déjà reparu ainsi que l'attestent les *petri exceptiones*, et cette particularité s'explique par le voisinage de l'Italie, où l'on possédait les compilations de Justinien.

Après la renaissance du droit romain il n'est pas douteux que la séparation de biens entra dans la pratique des pays de droit écrit avec tous les autres principes du *corpus juris*; car le droit romain qui s'était maintenu dans ces pays ne s'y était conservé qu'à l'état de coutume grossière et l'enthousiasme de la renaissance fit considérer le droit de Justinien comme la véritable formule de ce droit romain dont on n'avait jusque là que l'expression confuse.

Une fois rétabli, le principe de la séparation de biens n'eut plus qu'à se développer et qu'à s'affermir; la jurisprudence en organisa les détails, et, sauf quelques légères différences accessoires, tenant à ce que cette

jurisprudence variait de parlement à parlement, l'institution prit partout la même physionomie.

Dans les pays de droit coutumier, la séparation de biens ne reparut pas aussi vite ; ici en effet, le fond du droit n'était pas la législation romaine comme dans la région du Midi, et par conséquent le droit de Justinien ne pouvait passer pour l'expression des coutumes pratiquées jusqu'à la renaissance.

Pour que l'institution qui nous occupe pût s'introduire dans les pays du Nord, il fallait que les esprits fussent arrivés à une conception plus avancée de la fonction respective des personnes dans le mariage.

Chaque jour la barbarie germane s'adoucissant, on en vint ainsi à considérer l'homme et la femme comme devant se trouver dans une position presque égale, sauf la prépondérance qui doit naturellement et légitimement appartenir au mari.

C'est ce qui donna naissance vers le XI^e siècle, l'influence chrétienne aidant, à la communauté de biens entre époux.

Ce régime se ressentit, dans les premiers temps, de la rudesse des mœurs franques et féodales ; de là le pouvoir absolu de disposition reconnu au mari sur les biens de la communauté ; de là la solidarité des dettes entre les conjoints ; de là l'impossibilité pour la femme commune de se soustraire à l'exécution des engagements mis à la charge de la communauté par le mari.

Il n'y eut qu'un correctif apporté à la rigueur de la

situation de la femme : ce fut l'institution du douaire.

Tel est le droit primitif de la communauté ; mais on comprit bientôt qu'il fallait, dans l'intérêt de la femme, mettre un contre-poids à l'omnipotence du mari.

C'est ainsi que, dès la fin du XII^e siècle, on accorda à l'épouse noble le droit de renoncer à la communauté, et de se soustraire ainsi au payement des dettes.

Ce même droit fut, au XVI^e siècle, accordé aux roturières, en même temps que s'introduisait le système des récompensés.

Ces différentes réformes ne pénétrèrent que fort lentement dans notre droit coutumier, et c'est seulement au XVI^e siècle, lorsque l'étude et le crédit du droit romain furent arrivés à leur apogée que la séparation de biens fit son apparition dans les pays du Nord comme un nouveau correctif à la puissance absolue du mari.

Certains juristes soutiennent pourtant qu'elle est apparue plus tôt, et croient voir une séparation de biens au cas où la femme obtenait délivrance du douaire du vivant même de son mari, en raison de sa mauvaise administration.

Ils invoquent à l'appui de leur dire un passage des Assises de Jérusalem (1) : « Bien sachés que c'ils avient que uns homs qui ait feme coumence à guier et à bevre et au manger et à destruire can que il a, si qu'il cou-

(1) Assises de Jérusalem, 64, XXI.

mence par se à apouvir, la raison coumande que la femme peut bien demander son douaire. »

D'autres prétendent que, dès le XIV^e siècle, les époux pouvaient stipuler dans le contrat de mariage que la femme reprendrait ce qu'elle avait apporté sans pouvoir rien réclamer de plus (1).

Mais y a-t-il dans tous ces cas une séparation de biens contractuelle? C'est justement ce dont nous doutons fort. Pour nous, il y a là une stipulation d'une nature particulière, et les renseignements sont trop insuffisants pour pouvoir affirmer qu'il s'agit là d'une séparation de biens.

Si la question des origines de la séparation de biens est confuse, il y a un autre point sur lequel règne la plus grande incertitude : c'est quand il s'agit de déterminer les droits de la femme séparée.

Les juristes sont en désaccord sur cette matière et les textes se heurtent péniblement.

Cependant après un examen attentif, il semble que l'on peut dégager les points suivants :

Au début, la femme séparée de biens reprenait sa pleine capacité, tant au point de vue des actes d'administration que des actes de disposition ; pour nous en convaincre nous n'avons qu'à consulter les différentes coutumes.

Loysel dans ses *Institutes coutumières* (2) nous dit

(1) Décision 19 de Jean des Mares.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*. L. I, t. 2, § 24.

que « la femme séparée de biens peut contracter et disposer de ses biens comme si celle-ci n'était pas mariée (1) ».

Ce même avis est partagé par Dumolin sur les articles 170 et 232 de la Coutume du Bourbonnais, mais il faut avouer qu'il n'a pas été suivi partout et un arrêt de 1623 se prononça en sens contraire.

La doctrine de Loysel peut sembler surprenante à première vue ; car la séparation de biens, ne faisant que relâcher le lien conjugal, ne faisait pas disparaître la puissance maritale ; mais cette décision s'explique fort bien si l'on se reporte à la conception primitive du régime de communauté.

Primitivement la communauté et l'autorisation maritale sont intimement liées l'une à l'autre ; la communauté avec la direction du mari et l'autorisation forment en quelque sorte un tout, une seule institution, tant les rapports en sont intimes.

Il s'ensuit que, dès que la communauté est remplacée par un autre régime, l'autorisation maritale n'est plus nécessaire et disparaît du même coup.

Mais ce système si franc et si net ne devait pas rester tel et nous allons le voir se transformer sous l'influence de la renaissance du droit romain.

C'est dans la jurisprudence que la réaction se fit tout d'abord sentir.

(1) Dans le même sens on peut citer l'ancienne coutume de Paris, art. 206. Monfort l'Amaury, art. 123 et 131 ; Dourdan, art. 80.

Pothier rapporte un arrêt du Parlement de Paris, daté de 1586, qui décidait qu'une constitution de rente faite par une femme séparée de biens sans l'autorisation de son mari devait être considérée comme nulle et non avenue.

On peut citer dans le même sens un arrêt de 1605. Cette règle se généralisa, et, dans le dernier état du droit, la femme séparée de biens dut recourir à l'autorisation de son mari pour s'engager valablement.

γ. De l'autorisation de justice au cas de refus du mari.

Si la règle de l'autorisation maritale, telle que Beaumanoir l'avait conçue, était très nette et très logique, elle était par contre fort rigoureuse. Il était en effet impossible à la femme d'en appeler de la décision du mari, fût-elle injustifiée et elle devait se soumettre sans murmurer à toutes les volontés de son seigneur.

Une réaction devait se produire contre cette omnipotence : d'où le palliatif de l'autorisation de justice au cas de refus du mari.

Cette autorisation apparut dans notre droit au XIV^e siècle. Beaumanoir l'ignorait totalement, et la coutume de Bretagne, qui date pourtant de la fin du XIII^e siècle, non seulement n'en fait pas mention, mais paraît même déclarer impossible d'en appeler de la décision du mari.

« Ainsi que el est tenue à requerre son seigneur de li donner auctorite au cas que son seigneur nes'en voudrait

autrement ne rien en poursuivre et suffirait le requerre sans auctorite (1). »

C'est dans Bouteiller (2), à la fin du XIV^e siècle, que nous voyons intervenir le juge pour briser le refus injustifié du mari ; mais, à cette époque, l'autorisation de justice ne revêtait pas la forme qu'elle a maintenant, et ne présentait pas le caractère qu'elle possède aujourd'hui.

De nos jours l'autorisation de justice est un droit pour la femme, qui peut y recourir quand bon lui semble. Or, au XIV^e siècle, Bouteiller nous la montre comme un recours tout exceptionnel, et la femme qui se croyait lésée par le refus du mari ne s'adressait pas à un juge ordinaire, mais au prince.

C'était donc un recours gracieux dont le bien fondé se manifestait par la délivrance de « Lettres » qui permettaient à la femme d'agir malgré son mari.

Outre son caractère de mesure exceptionnelle l'autorisation de justice n'était pas admise dans tous les cas, et, si elle pouvait remplacer l'autorisation du mari à l'occasion d'un procès, elle ne pouvait y suppléer quand il s'agissait d'un contrat.

La raison d'être de cette distinction est facile à concevoir : quand il s'agit d'un contrat, la femme est livrée

(1) Coutume de Bretagne, n° 205 *in fine*, édition Planiol.

(2) Bouteiller, *Somme rurale*, livre I, titre IX, édition de 1621, p. 59. « Item n'est à recevoir femme étant en lien de mariage, si ainsi, n'était qu'elle fut autorisée de son mari ou de son prince nonobstant son mary, et de ce eut lettres et entérinement de juge compétent. »

à ses propres ressources et n'est surveillée par personne ; au contraire, quand il s'agit d'un procès, la femme est sous le contrôle direct du juge, qui peut exercer une surveillance et l'aider de ses conseils.

Nous trouvons de nombreuses preuves de cette limitation apportée à l'autorisation de justice, dans les différents ouvrages des juristes de cette époque.

A la vérité, Bouteiller, dans la *Somme rurale* (1), n'exprime pas cette règle en toutes lettres, mais il ne relate l'autorisation de justice que dans des cas de procès.

Quant à la coutume de Troyes de 1509, elle est plus explicite et déclare formellement que l'autorisation de justice ne s'applique qu'aux actes judiciaires.

A la fin du XVI^e siècle, une modification s'introduira dans la procédure et désormais les femmes n'auront plus à s'adresser au Prince pour obtenir des lettres royales ; il leur suffira de requérir l'autorisation du juge du lieu.

Avec ce changement, il était à craindre que les femmes n'abusassent de cette nouvelle facilité qui leur était donnée de recourir au juge, et, pour limiter cette faculté, on décida que l'autorisation ne serait accordée à la femme que sous deux conditions : d'une part, le juge ne devait statuer que *cognita causa*, de façon à ne permettre à la femme que des actes qui pussent lui être profitables, et, d'autre part, le juge, avant de donner son

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, livre X, titre IX.

autorisation, avait le droit et même le devoir d'interroger le mari sur les motifs qui le poussaient à refuser son concours.

Nous trouvons cette théorie nettement exprimée dans les anciens auteurs et particulièrement dans les ouvrages de Dumoulin, Bourjon et Lebrun.

Il est vrai que, sous l'influence de la jurisprudence du Châtelet, quelques changements furent apportés à ce système, et la règle ancienne ne fut maintenue que pour les actes extrajudiciaires ; quant aux actes judiciaires, l'autorisation était, au contraire, accordée de plein droit, sans qu'il y eût à examiner le bien fondé de la demande. On trouvait probablement que, pour un procès, les intérêts de la femme étaient mieux protégés en raison même du contrôle de la justice durant l'instance.

Une deuxième condition était encore exigée pour que la femme obtint l'autorisation de justice : il fallait que le mari fût entendu ou tout au moins dûment appelé. Cette décision était fort juste et très compréhensible ; il était en effet tout naturel, puisque la femme faisait opposition à la volonté de son mari, qu'il fût permis à ce dernier d'exposer au juge les motifs qui le poussaient à refuser son consentement.

Il y avait là une règle de simple convenance, qui paraît du reste fort ancienne, puisque Bouteiller en fait déjà mention dans la *Somme rurale*.

Mais ici encore la théorie ne subsista pas dans sa

simplicité primitive et l'on finit par distinguer suivant les actes que la femme voulait accomplir. S'agissait-il d'un acte extrajudiciaire, la femme devait citer son mari à comparaître ; s'agissait-il au contraire d'un procès, le concours du mari devenait inutile.

Quant à l'autorisation accordée par le juge, elle devait être spéciale. Cette règle était fort ancienne et était appliquée dans presque tous les pays de droit coutumier.

Certaines coutumes, comme celle de la Rochelle par exemple, admettaient bien que l'autorisation pût être générale ; mais ce n'était là qu'un cas isolé qui ne trouva pas d'écho.

Telles furent les différentes transformations que subit l'autorisation de justice au cas de refus du mari.

C'était en résumé une innovation fort utile et fort juste qui venait compléter heureusement l'ensemble des réformes que nous avons déjà signalées.

SECTION III.— Modifications apportées à la règle primitive de l'autorisation maritale sous l'influence de la renaissance du droit romain et du droit canon.

Les différentes réformes que nous venons d'étudier (séparation de corps rendue plus facile, séparation de biens, autorisation de justice au cas de refus du mari) étaient excellentes, car elles venaient corriger la conception trop rude et trop sévère de l'autorisation mari-

tale primitive en accordant aux femmes des garanties qui leur étaient nécessaires.

Il n'y avait là qu'une concession faite au progrès et qu'une mise au point du principe primitif.

Mais, sous l'influence de directions nouvelles, nous allons voir apparaître une nouvelle série de réformes, qui ne seront plus inspirées par des idées de progrès, mais par des appréhensions mesquines contre la femme et dénuées de tout fondement.

Voici surtout sur quels points le droit primitif s'altérera :

1° L'autorisation maritale va tourner à une autorisation formaliste et sacramentelle ;

2° A défaut de l'autorisation du mari empêché ou incapable, il faudra l'autorisation de justice ;

3° La femme, même séparée, aura toujours besoin d'être autorisée pour tout ce qui dépassera l'administration ;

4° La nullité pour défaut d'autorisation pourra être invoquée par la femme et deviendra même une nullité absolue.

D'où sont venus ces changements ?

C'est dans une direction nouvelle des mœurs et de la jurisprudence se servant maladroitement du droit romain que semblent avoir été puisées ces idées d'incapacité et de protection.

L'œuvre législative de Justinien eut fort peu d'influence en Occident jusqu'au XII^e siècle.

Les Francs en particulier avaient complètement délaissé le droit romain qui répugnait à leur caractère germanique et à leurs sentiments chrétiens en raison de ses conceptions trop peu naturelles de la *patria potestas*, de l'esclavage, du testament, du régime dotal comme aussi en raison du Velléien. Aussi les Francs ont-ils rejeté pendant des siècles le droit romain tandis qu'ils fusionnaient leurs coutumes nationales avec les institutions chrétiennes. Cette antipathie des Francs contre le droit romain s'est manifestée dans de nombreuses circonstances, et rien n'est plus saisissant à ce point de vue que le prologue de la loi salique, qui fut écrit un siècle après les victoires de Clovis et qui respire l'antipathie de tout le génie païen opposé à l'esprit national et chrétien.

Mais, au XII^e siècle, un brusque changement va se produire, et nous assisterons à la renaissance du droit romain qui va briller d'un nouvel éclat.

C'est de l'école de Bologne qu'est parti le mouvement. Dans cette cité existait une école florissante dont la réputation s'étendit rapidement au delà des Alpes. Une foule de disciples accourus de toutes les parties de l'Europe emportèrent dans leur patrie la science ainsi rajeunie, la firent passer dans la jurisprudence, la propagèrent par leurs écrits et bientôt l'enseignèrent dans des écoles fondées sur le modèle de celle de Bologne.

L'impulsion donnée, le droit romain prit un grand essor et se fit bientôt une place prépondérante au détriment du droit coutumier.

Tandis que le moyen âge était parti de l'idée que la femme est parfaitement capable, le droit romain au contraire avait connu une véritable incapacité des femmes.

Il y avait là une incapacité, tendant à protéger la femme, qui se combinait avec le régime dotal.

Nous allons assister alors à ce spectacle étrange : le droit romain, qui n'avait jamais connu, ni la communauté, ni l'autorisation maritale, servant de guide à nos juristes pour modifier cette même autorisation.

A partir du XIII^e siècle, le droit romain déborde sur la coutume. Les juristes n'étudient plus que lui et c'est le seul officiellement enseigné.

Dès lors, les praticiens s'occupent trop de concilier le droit romain avec les coutumes et d'incliner celles-ci devant lui.

Pour organiser l'autorité maritale, ils s'inspirent du Velléien en cherchant à le faire passer dans la jurisprudence ; et, s'ils ne réussissent pas à en imposer le texte, ils en font du moins pénétrer les idées dans notre droit.

Pour construire le système juridique de l'autorisation maritale, ils cherchent des analogies dans le *consensus curatorum* et dans l'*auctoritas tutorum* à raison même du mot.

Dès lors, à partir du XIV^e siècle, un amalgame embrouillé se produit qui se poursuit au XV^e siècle à travers les auteurs de cette époque.

C'est alors que sont rédigées les coutumes et on peut

suivre dans les commentaires la marche des déformations de l'autorisation maritale.

Mais il faut avouer que le droit romain n'a pas été l'unique cause de la déformation de l'autorisation maritale, et que l'influence canonique y a aussi beaucoup contribué.

L'Eglise à la vérité proclamait l'égalité de l'homme et de la femme, tant au point de vue spirituel qu'au point de vue temporel, ce qui n'était du reste que l'application des principes posés par saint Paul (1) et les Pères de l'Eglise. Lactance n'avait-il pas déclaré que « le mari et la femme sont également astreints au devoir de fidélité ? » et saint Jérôme, parlant de la condition respective de l'homme et de la femme, de dire : *apud nos quod non licet feminis æque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur.*

Cependant le droit canon, après avoir ainsi proclamé l'égalité des deux sexes, n'en considérait pas moins la femme comme un être inférieur à l'homme au point de vue moral.

D'où provenait donc cette appréhension ? Elle était sortie de ce souvenir biblique qu'Eve avait perdu l'homme et que Dieu l'avait condamnée : « Tu enfanteras dans la douleur et tu seras soumise à l'homme », pensée qui avait fait oublier l'autre précepte « *adjutorium simile sibi.* »

(1) St Paul, *Épître aux Corinthiens*, chap. VII.

Saint Augustin, pour parler de la femme, n'avait que des termes méprisants : « La femme n'est qu'une beste qui n'est pas ferme ni estable, qu'elle est hayneuse à la confusion de son mari et nourrissante de mauvaisetés. »

Saint Jean Chrysostome la dénonçait à son tour « comme la source du mal, l'auteur du péché, la pierre du tombeau, la porte de l'enfer, la fatalité de nos misères » et Tertullien de s'écrier : « Femme, tu devrais toujours être vêtue de deuil et de haillons, n'offrant aux regards qu'une pénitente noyée dans les larmes et rachetant ainsi la faute d'avoir perdu le genre humain. Femme, tu es la porte du démon ; c'est toi qui la première as violé la loi divine, toi qui as corrompu celui que Satan n'osait attaquer en face » (1).

En un mot, la femme, c'est, selon saint Jérôme, « une dangereuse espèce » qui doit toujours exciter notre méfiance.

Ces idées de défiance, qui étaient tombées dans l'oubli à l'époque franque, furent reprises avec force lors de la renaissance du droit romain et vinrent confirmer les appréhensions des juristes à l'égard de la femme, et la plupart des auteurs du moyen âge nous présentent la femme comme un être incapable, ayant besoin d'aide et de protection pour rester dans le droit chemin.

Au moyen âge, le songe du Verger relate les neuf mauvaises conditions de la femme.

(1) Tertullien, *De cultu feminarum*, p. 1.

Quant à d'Argentraye, voici comment il s'exprime sur le compte de la femme : « Il y a, dans cet animal, des mouvements effrénés, une colère aveugle, une impétuosité qui bouillonne, une grande pauvreté de bon sens, une extrême faiblesse de jugement, un orgueil indomptable » et Basnage ose nous dire sérieusement « que les femmes sont obligées de laisser pousser leurs cheveux, afin que leurs maris puissent plus facilement les leur tirer ».

En un mot, il était difficile de se montrer plus sévère pour ce que les modernes n'ont pas craint d'appeler « la plus belle partie du genre humain » et les juristes, qui montraient contre la femme une pareille animosité, ne pouvaient être que fort injustes envers elle.

Sous l'influence de pareilles idées nous allons voir de notables changements se produire dans notre droit coutumier, et le système de l'autorisation maritale, si franc et si net au XIII^e siècle, s'altérera profondément dans la suite.

Beaumanoir et ses contemporains ne fondaient nullement l'autorisation maritale sur une idée d'incapacité ou d'infériorité, mais seulement sur une idée de discipline domestique.

Si la mainbournie maritale avait pour conséquence d'interdire à la femme tout accomplissement d'acte juridique sans l'autorité de son « Baron » et l'empêchait de contracter ou de plaider, par contre, avec l'autorisa-

tion de son mari elle pouvait s'obliger (1), plaider (2), cautionner (3) et même donner (4).

N'est-il pas clair que rien ne donnait mieux l'idée d'une association disciplinée, où le mari était chef en premier et la femme chef en second ? La femme ne pouvait rien faire quand le mari était présent ; mais, était-il absent, elle reprenait tout pouvoir et pouvait même engager la communauté.

Enfin la femme ne pouvait pas méconnaître ses propres actes ; car il n'appartenait qu'au chef de casser les actes de son subalterne.

Le chef n'avait pas pour mission de protéger son inférieur, mais de lui commander dans l'intérêt commun. N'était-ce pas là l'exacte application des deux préceptes bibliques : « *vir caput mulieris* » « *adjutorium simile sibi* » ?

Dès le début du XIV^e siècle, nous allons avoir à noter des altérations à ce système si net et si simple et, pour nous en convaincre, nous n'avons qu'à ouvrir les ouvrages des différents jurisconsultes de cette époque ou des siècles suivants.

La très ancienne coutume de Bretagne, qui ne date pourtant que du début du XIV^e siècle (5) contient encore

(1) Beaumanoir, XLIII, 22.

(2) Beaumanoir, XLV, 17.

(3) Beaumanoir, XLIII, 22.

(4) Beaumanoir, LXX, 7.

(5) On n'est pas d'accord sur la date vers laquelle fut rédigée cette coutume ; car, comme presque tous nos anciens coutumiers français, la

tout le système que nous trouvons exposé dans Beaumanoir ; mais on trouve déjà, dans cette coutume, des idées qui n'existaient pas au XIII^e siècle et qui dénotent une infiltration de l'esprit nouveau. C'est ainsi que la femme ne pourra plus intercéder pour autrui : « femme ne se pout obligier pour autre si ce n'est pour son père, ou pour sa mère ou pour son seigneur espoux ou pour ses enffanz (1) ».

Notons encore que la femme ne peut être juge : « femme ne doit recorder ne estre juge (2) ».

Enfin cette même coutume pose le principe de l'incapacité de la femme mariée : « car aussi ne pout la femme alienner ne contracter nulles de ses chouses sans l'assentement de son mari (3) ».

Il n'y a là rien qui puisse nous étonner, car nous avons déjà relevé dans Beaumanoir le principe de l'incapacité de la femme mariée ; mais nous verrons, que dans la coutume de la Bretagne cette incapacité a une tout autre base. Cette idée apparaît à propos des obligations qui ont été contractées par mari et femme : « quant homme et femme sont obligiez en un meisme contrat

coutume de Bretagne ne porte pas sa date. D'Argentraye en plaçait la rédaction vers 1450 ; mais il était dans l'erreur, car nos bibliothèques conservent trois manuscrits remontant à des dates antérieures. L'un d'eux passe pour avoir été rédigé vers 1380 et les deux autres vers 1350.

D'après M. Planiol, il faut placer la rédaction de cette coutume entre 1312 et 1350.

(1) Planiol, *Très ancienne coutume de Bretagne*, p. 301, ligne 29.

(2) — — p. 123, ligne 20.

(3) — — p. 97, ligne 5.

et chescun pour le tout, la execucion doit estre faite sur les biens du mari tost premier tant comme ils pourront fournir avant que ceulx à la femme encourgent nonobstant lians ne obligations que la femme en ait fait ne donné sur le ne sur ses biens, pour ce que la femme *est desresonable et de faible nature* et que le et toutes ses chouses sont au gouvernement de son mari et que il la pout faire obliger par là ou il voulst (1) ».

La femme déraisonnable et de faible nature, voici des idées toutes nouvelles, qu'il nous serait impossible de relever au XIII^e siècle dans Beaumanoir et qui nous montrent bien l'évolution juridique qui se produisit à cette époque.

Au milieu de toutes ces transformations et de tous ces changements, il faut cependant remarquer qu'il y a un cas (2) où la situation de la femme est restée toujours

(1) Planiol *Très ancienne coutume de Bretagne*, p. 97, ligne 5.

(2) *Beaumanoir*, ch. 43, n^o 28. En aucun cas, nous dit cet auteur, la femme ne sera tenue de répondre de sa dette ou de sa plegerie, à moins qu'elle ne soit : « marqueande d'aucune marqueandise dont ses barons ne se setmeller lequele ses barons li laisse demener por lor commun porfit ».

Très ancienne coutume de Bretagne, p. 205, ligne 23. « Mes ou cas que son seigneur la souffrait marchande, le contrat qu'elle ferait serait estable des chouses dont elle userait de marchandise et en devrait son seigneur répondre. »

Etablissements de Saint Louis. « Nuléfame n'a response en cort laie por coi ele ait seignor si ce n'est don fait de son cor ou s'ele marchande. »

Coutume de Paris, art. 234. « La femme marchande publique se peut obliger sans le consentement de son mari. »

Pothier. « La marchande publique non seulement s'oblige elle-même par lesdits contrats, mais elle oblige aussi son mari lorsqu'elle est commune. »

identique : je veux parler de la femme mariée commerçante.

Sur ce point, il n'y a jamais eu de divergences entre les auteurs ; et la capacité de la femme mariée qui exerce un commerce séparé est la même dans Beaumanoir, dans la coutume de Paris, dans Pothier ou dans le Code civil.

D'après ces textes, nous voyons que la femme mariée commerçante n'est plus frappée d'incapacité et qu'elle peut s'engager, contracter, faire tous les actes relatifs à son commerce et engager la communauté, si elle est mariée sous ce régime.

Cette particularité était importante à noter ; car c'est un des rares points où les législations du moyen âge se touchent.

*
**

La très ancienne coutume de Bretagne nous a déjà montré l'idée d'incapacité s'infiltrant dans le droit du moyen âge ; mais il n'y avait là qu'une légère appréhension contre la femme, et, si nous nous lançons dans l'étude des auteurs des XV^e et XVI^e siècles, nous verrons alors l'ancien droit se déformer de plus en plus et certaines modifications plus ou moins heureuses seront apportées au système primitif.

C'est à l'étude de ces différents changements que nous allons maintenant nous attacher.

α. Autorisation supplétive de justice.

Au XIII^e siècle, nous ne trouvons dans Beaumanoir aucune trace de l'autorisation de justice.

C'était logique ; car ou le mari était présent et il était alors le chef omnipotent de la compagnie, et en ce cas comment permettre à la justice d'accorder ce qu'il refusait ? ou il était absent, fou, ou malade et alors la femme, qui n'était pas une incapable, prenait le rang que le mari ne pouvait plus tenir.

Mais, au XIV^e siècle, sous l'influence du progrès et de la renaissance du droit romain, nous allons voir apparaître l'autorisation de justice, tantôt pour briser un refus injuste, tantôt pour suppléer le mari.

C'est à l'étude de cette dernière forme que nous allons nous attacher.

L'autorisation supplétive apparut au cours du XIV^e siècle (1) ; mais elle ne prit pas de suite toute l'importance qu'elle devait acquérir plus tard, et elle n'intervint au début que dans les cas d'absence du mari.

Mais, une fois cette idée lancée, elle fit rapidement son chemin et les cas d'autorisation supplétive augmentèrent rapidement.

(1) *Grand Coutumier*, livre II, chap. XXXII (édition Dareste et Laboulaye). A noter que le *Grand Coutumier* ne parle que de l'autorisation supplétive et passe sous silence l'autorisation de justice au refus du mari.

« Item nota que femme mariée ne peut estre en jugement sans autorité de son mary ; mais se le mary est absent pour longtemps, le juge en la faveur de la femme la peut bien autoriser supplendo. »

C'était presque obligatoire ; car, dès que l'on admettait que la femme avait par nature besoin d'une protection, qu'elle trouvait dans son mari, ou à défaut dans le juge, logiquement on était conduit à admettre qu'au cas où le mari ne pourrait manifester sa volonté le juge devenait aussitôt compétent.

L'absence n'est pas en effet le seul cas où le mari puisse se trouver dans l'impossibilité de donner une autorisation à sa femme ; il peut en être encore ainsi au cas de minorité du mari, de démence, d'interdiction, de condamnation à certaines peines.

Pour l'absence, il y avait une difficulté à trancher : il s'agissait de s'entendre sur le sens même du mot. L'absence, au moyen âge, n'était pas en effet réglée juridiquement comme de nos jours, et il était fort difficile à cette époque de déterminer exactement quand commençait et quand finissait l'absence.

A défaut de réglementation, il était à craindre que la femme ne profitât d'un instant où le mari était éloigné pour s'adresser directement à la justice et éviter ainsi le contrôle de « son baron ».

Mais on remédia de bonne heure à ce danger en établissant des règles destinées à éviter toutes fraudes.

Au cas où la femme invoquait devant le juge l'absence de son mari, une enquête était ordonnée et l'autorisation demandée n'était accordée qu'une fois cette formalité remplie.

En outre, il ne suffisait pas d'une absence de courte

durée; il fallait qu'elle se prolongeât un certain temps; c'est ce qui ressort de la lecture du Grand Coutumier et des arrêts du XIV^e siècle.

Notons enfin qu'on assimilait à l'absence certaines situations qui entravaient le droit d'autorisation du mari. Il en était ainsi quand ce dernier avait été condamné par contumace à une peine entraînant la mort civile : dans ce cas, on le considérait comme absent pendant le délai imparti pour purger la contumace et si, durant un temps, la femme avait besoin de se faire autoriser, elle pouvait recourir à la justice (1).

Mais c'est surtout à propos des différents cas d'incapacité du mari que la question de l'autorisation supplétive de justice va devenir intéressante. Il en sera ainsi notamment au cas de minorité, d'interdiction ou de condamnation du mari à certaines peines.

La minorité surtout donna lieu à de nombreux débats et de graves controverses s'élevèrent à ce sujet entre nos anciens auteurs. Ici encore il faut distinguer deux périodes.

Durant la première période, c'est-à-dire avant la renaissance du droit romain, un mari mineur pouvait valablement autoriser sa femme majeure ou mineure; et c'était logique, puisque le droit d'autorisation est un des attributs de la puissance maritale, et que ce droit appartient à un mari mineur.

(1) Dunod, *Observations sur la coutume de Bretagne*.

Mais, avec la renaissance du droit romain, on en vint à se demander si cette prérogative ne devait pas disparaître et si la justice ne devait pas intervenir au lieu et place du mari. Il faut cependant reconnaître que cette opinion ne triompha que partiellement et que beaucoup des auteurs et non des moins considérables s'en tinrent au premier système, qui permettait à l'époux mineur d'autoriser sa femme.

C'était l'avis de Loysel, qui le dit formellement dans ses *Instituts coutumiers*. « Un mari mineur peut autoriser sa femme majeure sans qu'elle puisse s'en faire relever mais bien lui (1). »

Quant à Bourjon, il énonce la même règle dans des termes à peu près semblables : « Le mari mineur autorise valablement sa femme majeure (2). »

Sur ce point, la déformation et le changement des idées ne se sont donc pas fait trop sentir et la situation est restée à peu près la même.

Mais il n'en fut pas de même au cas de folie, d'interdiction ou de condamnation du mari, et ici nous avons à noter de nombreuses modifications.

Au XIII^e siècle, à l'époque de Beaumanoir, la femme recouvrait dans toutes ces circonstances son entière capacité ; mais il n'en sera plus de même aux XVI^e et XVII^e siècles, et cette transformation paraît avoir été admise sans difficulté ; c'est du moins ce qui ressort de

(1) Loysel, *Inst. Cout.*, liv. I, t. II, n^o XXIII.

(2) Bourjon, section III.

la lecture des ouvrages des jurisconsultes de cette époque et notamment de Dunod.

Maintenant que nous avons déterminé le caractère de l'autorisation supplétive de justice il nous reste à étudier ses effets et sa sanction.

Les jurisconsultes du moyen âge étaient loin d'être d'accord sur ses effets et là encore nous trouvons deux théories en présence, que nous nous contenterons d'énoncer brièvement. Pothier résume le premier système avec beaucoup de netteté dans son *Traité de la puissance du mari*. « La seule différence, dit-il, entre l'autorisation du mari et celle du juge est que, lorsqu'une femme, durant le mariage, a contracté quelque obligation n'étant autorisée que par le juge, le créancier ne peut se faire payer sur les biens de la communauté, tant qu'elle subsiste... au lieu que, lorsque la femme a été autorisée de son mari pour quelque obligation qu'elle a contractée durant le mariage, le mari ayant approuvé l'obligation ne peut s'opposer au paiement que le créancier a exigé durant la communauté (1). » Ce système n'était pas personnel à Pothier ; nous le retrouvons dans Guy Coquille, dans Loysel, dans Bourjon et dans beaucoup d'autres auteurs moins importants.

Mais en face de cette théorie quelques auteurs protestèrent et notamment Loyseau, qui opposa une doctrine différente.

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, section I, § 3.

D'après lui, l'acte accompli par la femme avec l'autorisation de justice engageait non seulement les biens communs mais encore ceux du mari.

Loyseau, pour justifier son système, invoquait beaucoup plus des raisons pratiques que des arguments théoriques et déclarait que refuser à un acte de la femme autorisée de justice tout effet sur les biens communs, c'était tendre un piège aux tiers et enlever du même coup tout crédit à la femme.

Ces considérations étaient justes sur bien des points ; aussi cette doctrine rencontra-t-elle de nombreux partisans, mais finalement elle ne triompha pas.

Nous arrivons à l'étude d'un nouvel ordre d'idées. Il nous faudra là encore constater l'existence de plusieurs systèmes. Nous voulons parler de la sanction du défaut d'autorisation.

Trois solutions étaient possibles :

- a) Donner au mari seul le droit de demander la nullité ;
- b) Le donner au mari et à la femme ;
- c) Rendre la nullité absolue.

Ces trois solutions furent soutenues du XVI^e au XVIII^e siècle. Guy Coquille défendit la première ; mais Dumoulin enseignait que la femme devait avoir la faculté de réclamer la nullité aussi bien que le mari après le décès de ce dernier.

Cette même idée était partagée par le Parlement de Paris et le président de Thou la fit passer dans la ré-

daction de la coutume de Paris (1) et des coutumes voisines : Etampes, Montfort l'Amaury, Melun.

Cependant ce système ne triompha pas et l'on poussa jusqu'à la nullité absolue. Lamoignon inclinait pour cette solution et Pothier nous la donne comme de droit commun.

La théorie primitive, soutenue par Guy Coquille, était la stricte application des principes si nettement posés par Beaumanoir au XIII^e siècle et se comprenait fort bien alors que l'autorisation maritale n'avait d'autre fondement que la puissance du mari et que l'on n'y cherchait pas un système de protection en faveur de la femme.

Coquille fonde son opinion sur la raison suivante : « Toutefois il me semble que la nullité n'est pas précise mais causative en tant qu'elle touche à l'intérêt du mari. Car la personne de la femme est libre, et si, elle n'était mariée, et fût en âge compétent pour contracter, nul ne douterait qu'elle peut valablement contracter et s'obliger. Si ce n'est en minorité ou en mariage, les femmes au fait des contrats sont en liberté comme les hommes. C'est donc la puissance du mari qui les empêche de contracter. Cette puissance n'est pas empêchement essentiel et en la même personne de la femme ; mais en dehors et par accident. La femme donc en soi est habile à contracter et l'accident qui l'empêche étant ôté,

(1) Art. 223 de la nouvelle coutume de Paris.

son obligation qui a pris source de sa volonté, en laquelle elle était libre, reprend sa vigueur qui était absorbée et couverte par la puissance de son mari (1). »

Guy Coquille ne fait qu'exposer et développer la théorie de Beaumanoir. Il en reproduit la substance sans y apporter aucune dérogation.

Avec Dumoulin, le cadre va s'agrandir et l'action en nullité sera donnée non seulement au mari mais encore à la femme et à ses héritiers.

Dumoulin ne donne pas les raisons qui le font pencher en faveur de cette opinion et se contente de déclarer qu'il doit en être ainsi.

Il est vrai que, dans une note sur l'article 225 de la coutume de Poitou, il fait un renvoi à Tiraqueau (2), montrant ainsi que cet auteur très considérable à cette époque s'était déjà préoccupé de cette question. Tiraqueau est plus explicite sur les raisons qui lui ont fait adopter ce système et va chercher sous ses arguments dans la Bible, les Pères de l'Église, le droit romain et le droit canon.

C'était donc l'idée d'incapacité et d'infériorité de la femme qui faisait son apparition avec toutes ses conséquences.

La doctrine de Dumoulin obtint un grand succès et passa dans de nombreuses coutumes ; mais elle ne devait pas avoir le dernier mot et elle sera obligée de céder

(1) Guy Coquille, *Questions et réponses*.

(2) Tiraqueau, glose VIII, n° 57.

la place à un troisième système : celui de la nullité absolue.

En somme l'idée qui domine ici est précisément celle qui dominait dans la théorie précédente ; mais cette fois elle est poussée jusque dans ses dernières conséquences.

Le Président Bouhier (1), qui fut un des principaux défenseurs de ce système, s'efforça de démontrer à l'encontre de Dumoulin que la nullité n'était ni en faveur de la femme ni en faveur du mari.

On était donc en présence d'une nullité qui n'était établie en faveur d'aucune personne déterminée et par cela même absolue.

Mais dans ces conditions sur quoi baser la nullité ? Sur une considération d'ordre public, répond le président Bouhier.

En résumé, ce dernier n'avait fait que purger la théorie de Tiraqueau et de Dumoulin d'une inconséquence : car ces deux auteurs, après avoir déclaré que la nullité résultant du défaut d'autorisation était absolue, déclaraient ensuite qu'elle ne pouvait jamais se retourner contre la femme et arrivaient par suite à en faire une nullité relative.

Cette théorie avait un grand défaut c'était de méconnaître le fondement de la puissance maritale et de ne présenter pratiquement aucun avantage.

Elle n'en remporta pas moins beaucoup de succès sur-

(1) Le président Bouhier, *Commentaire sur la coutume du Duché de Bourgogne*, ch. XIV.

tout au XVIII^e siècle et fut acceptée par tous les grands juristes et notamment Pothier et Renusson.

Telles sont les différentes phases que traversa la sanction de l'autorisation maritale.

C'est surtout sur ce point que se produisent les déformations et il serait fort difficile de retrouver dans les auteurs du XVIII^e siècle des traces du système si net et surtout si logique de Beaumanoir.

β. De l'autorisation formaliste et sacramentelle.

Quant à la forme même de l'autorisation, elle devait aussi se ressentir du changement des idées et prendre un caractère tout différent de celui qu'elle avait au XIII^e siècle.

A cette époque, l'autorisation du mari n'était soumise à aucune forme et pouvait être exprimée en termes quelconques.

Mais avec la réaction provoquée par le droit romain, on cherchera des analogies entre l'*auctoritas tutoris* et le principe de l'autorisation maritale et on arrivera ainsi à un système bizarre et compliqué.

Chez les Romains, en effet, l'autorisation du tuteur ne devait pas seulement être expresse ; il fallait encore qu'elle accompagnât la confection même de l'acte et qu'à cet effet celui de qui elle devait émaner fût présent en personne. *Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri.... per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit* (1).

(1) Digeste, loi 9, § 5.

Désormais les jurisconsultes exigeront une autorisation formaliste et sacramentelle. C'est ce qui résulte de l'étude des différents ouvrages des auteurs du moyen âge et des siècles suivants.

Tiraqueau dit à ce sujet « et ideo expresse auctoritas interponi debet : ut quando ea requiritur, non sufficit simpliciter consentire sed sicut sonat verbum debet auctoritas præstari (1) ».

Pothier à son tour déclare que, « pour que le mari soit censé avoir autorisé sa femme il ne suffit pas qu'il ait déclaré par le contrat qu'il y donnait son consentement et qu'il l'approuvait, car l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement : c'est un acte par lequel il habilitera sa femme à faire le contrat. Il est donc absolument nécessaire qu'il déclare qu'il autorise sa femme. Ce terme est comme sacramentel et je ne vois que celui d'habilitier qui puisse paraître équipollent (2) ».

Quant à Lebrun, il nous dit (3) « qu'il faut distinguer la volonté, le consentement et l'autorisation ; la présence suffit pour la volonté, régulièrement pour le consentement il faut un acte exprès ou que celui qui doit consentir soit partie ; mais pour l'autorisation il faut une approbation précise et formelle : « cum re probare dicit id quod agitur : hoc est enim auctorem fieri (4) ».

(1) Tiraqueau, *De legibus connub.*, part. 3, gl. 7, nomb. 3.

(2) Pothier, *Traité de la puissance maritale*, n° 68.

(3) Lebrun, *Traité de la communauté*, L. II, ch. 1, § 15.

(4) Lebrun, dans son *Traité de la communauté*, rapporte plusieurs arrêts décidant que la présence et le consentement du mari ne suf-

Rien ne justifiait ces règles aussi gênantes qu'inutiles et les rédacteurs du Code civil ont été bien inspirés en n'exigeant que le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

..

Telles sont les différentes modifications qu'a subies l'autorisation maritale au XIII^e siècle et dans les siècles suivants. Elles sont nombreuses et importantes, mais y a-t-il eu progrès au milieu de tous ces changements ? c'est la question qu'il nous reste à trancher.

Notre réponse est facile à deviner, car nous n'avons pas caché au cours de cette étude le peu de sympathie que nous inspiraient la plupart de ces réformes.

Certes il y en a eu qui étaient justes et qui même s'imposaient : ce sont toutes celles que nous avons rangées dans la première catégorie.

Il est certain que, si le XIII^e siècle avait nettement posé la règle de l'autorisation maritale, il l'avait conçue trop durement et il était nécessaire d'introduire des principes plus libéraux et notamment l'autorisation de justice pour briser le refus injuste du mari.

L'ancienne règle était en effet despotique et ne con-

fisent pas dans les coutumes qui demandent son autorité, entre autres un du 13 août 1636, dans Louis de Malecotes sur l'article 505 de la coutume du Maine, et un du 13 août 1592 dans Bacquet.

Enfin, ajoute-t-il, la chose a été ainsi jugée, pour la coutume d'Anjou, en la Grand'Chambre, au rapport de M. Portail de Chaton par arrêt du vendredi 28 août 1699.

cordait plus avec les idées nouvelles : elle devait donc disparaître de nos institutions.

Mais, sous la double influence du droit romain et du droit canon, nous avons vu surgir toute une série de réformes qui avaient pour base l'incapacité de la femme, la *fragilitas sexus* et qui ne cadraient plus avec le droit du XIII^e siècle ; c'est contre ces idées nouvelles que nous nous élèverons ; car elles sont fausses dans leur base et conduisent à des conséquences illogiques.

La femme, en effet, n'est pas une incapable, ni un être inférieur, c'est une associée, qui n'est soumise qu'à une règle de discipline domestique.

Beaumanoir l'avait fort bien compris et la plupart des changements qui ont été apportés à sa doctrine, loin de l'améliorer, n'ont fait que l'obscurcir et la déformer.

* *

Qu'allaient faire les rédacteurs du Code civil ? allaient-ils reprendre le point de départ si précis fourni par Beaumanoir et l'améliorer dans ses conséquences ? ou au contraire allaient-ils partager les appréhensions des juristes du XVI^e siècle et considérer la femme comme une incapable ? C'est ce que la suite de cette étude nous apprendra. Mais, avant d'aborder la critique du Code civil, nous tracerons un rapide tableau de l'état des esprits et des revendications féminines lors de la Révolution française. Il serait en effet permis de penser que

le souffle égalitaire qui animait les esprits en 1789 aurait dû amener de profonds changements dans la condition de la femme en général et de la femme mariée en particulier ; mais en réalité il n'en fut rien.

CHAPITRE II

L'AUTORITÉ MARITALE ET LA RÉVOLUTION FRANÇAISE.

Cette époque si troublée et si agitée par les multiples revendications de toutes les classes vit aussi naître un grand mouvement d'opinion en faveur de l'égalité des droits entre les sexes.

Condorcet, un des premiers, éleva la voix en faveur des femmes : « Parmi les progrès de l'esprit humain disait-il, le plus important pour le bonheur général est l'entière destruction des préjugés qui ont établi entre les deux sexes une inégalité de droit funeste à celui même qu'elle favorise (1). »

Pour justifier à ses yeux cette inégalité il aurait fallu que l'on prouvât que la femme ne possédait pas les mêmes droits que l'homme et qu'elle fût incapable de les exercer, ou pour Condorcet « la femme a les mêmes idées morales que l'homme, donc elle a les mêmes droits ».

En 1789, au moment des élections, l'agitation, qui n'était encore que théorique, parut favorable aux revendications féminines tant politiques que sociales.

(1) Condorcet, *Œuvres*, t. X, p. 121.

Une brochure demandait qu'on admit les femmes aux États généraux et protestait contre une assemblée d'où restait exclue la moitié de la nation ; dans deux cahiers des États généraux furent réclamés les droits politiques des femmes. On demandait surtout l'égalité sociale et les bienfaits de l'éducation. On adressa au roi une pétition des femmes du Tiers État, qui demandaient qu'on leur réservât le monopole de leurs métiers : couture, broderie, modes. Elles ajoutaient : « Nous demandons à être éclairées, à posséder des emplois, non pour usurper l'autorité des hommes, mais pour en être plus estimées, pour que nous ayons les moyens de vivre à l'abri de l'infortune. » Puis le mouvement se propagea l'enthousiasme général gagna les femmes. Elles présentèrent une requête à l'Assemblée Nationale, dont nous extrayons les passages suivants : « 1° Tous les privilèges du sexe masculin sont entièrement et irrévocablement abolis dans toute la France.

2° Le sexe féminin jouira de la même liberté, des mêmes avantages, des mêmes droits que le sexe masculin.

3° Le genre masculin ne sera plus regardé dans les grammaires comme le plus noble, attendu que tous les genres doivent être et sont également nobles. »

Mais il faut avouer que, si durant cette époque les femmes rencontrèrent des admirateurs convaincus et de nombreux défenseurs, elles eurent aussi des détracteurs qui s'élevèrent avec force contre leur émancipation.

Dans cette catégorie il faut placer au premier rang deux hommes qui jouèrent un rôle prépondérant durant la Révolution : Mirabeau et Robespierre.

Pour Mirabeau (1), « Transporter les femmes au milieu des hommes et des affaires, les exposer au péril d'une vie qu'elles ne pourraient apprendre à supporter qu'en dénaturant leur constitution physique, c'est les dégrader et pour elles-mêmes et pour nous ; c'est, sous prétexte de les associer à la souveraineté, leur faire perdre tout leur empire. Sans doute, la femme doit régner dans l'intérieur de sa maison, mais elle ne doit régner que là ; partout ailleurs, elle est comme déplacée. »

La Convention avait cependant pensé à supprimer la puissance maritale, et, lors du premier projet présenté en 1793 par Cambacérès, l'égalité était établie entre les époux.

Cambacérès se montrait pourtant partisan de la communauté et célébrait même ses avantages en termes très pompeux : « La loi disait-elle fixera des règles simples dérivant de la nature même du mariage ; elle consacra la communauté des biens comme le mode le plus conforme à cette union intime, à cette unité d'intérêts, fondement inaltérable du bonheur des familles (2). »

Mais il avait pressenti que la communauté coutumière était moins égalitaire qu'elle ne le paraissait, et il craignait de se voir opposer par les fanatiques de la Con-

(1) Mirabeau, *Sur l'Education publique*.

(2) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. I, p. 5.

vention l'état de subordination dans lequel cette communauté plaçait la femme au point de vue pécuniaire.

En tous cas, il est certain qu'il eut l'intention de modifier le système coutumier relativement aux règles de l'administration des biens communs.

Dans un premier projet (1) Cambacères proposait un système d'administration commun.

Il s'exprimait ainsi dans le rapport précédemment cité : « Le même motif nous a fait adopter l'usage de l'administration commune. Cette innovation éprouvera peut-être des critiques, elles auront leur réponse dans ce principe d'égalité qui doit régler tous les actes de notre organisation sociale. »

Quant au projet il était conforme au rapport.

ART. 11. — Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens.

ART. 12. — Tout acte emportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou l'autre n'est valable s'il n'est consenti par l'un et par l'autre des époux.

Présenté en ces termes à la Convention le premier projet Cambacères donna lieu à de nombreux débats.

Durant la séance, on aborda des questions très diverses, mais étrangères à celle-là même qu'il s'agissait de résoudre.

On y discuta la puissance maritale dans des termes

(1) Fenet, I, p. 20.

très généraux ; on la présenta comme une création des gouvernements despotiques. La discussion fut ajournée ; mais en réalité ce point de vue fut complètement rejetée.

Le 2^e projet de Cambacérès présenté à la Convention le 26 fructidor an II reproduisait bien les dispositions relatives à l'administration commune ; mais il ne fut jamais discuté.

Quant au 3^e projet, il nous permet d'assister à une évolution complète dans les idées de Cambacérès.

Abandonnant l'idée de l'administration commune, il revenait purement et simplement au système du droit coutumier « administration par le mari seul » (1).

Dans son rapport sur le 3^e projet au Conseil des Cinq Cents, il essayait de justifier son revirement et parlait de son désir « de maintenir l'ordre naturel et de prévenir ainsi les débats qui détruiraient le charme de la vie domestique ».

Le projet, en son article 293, était ainsi conçu : « Le mari administre seul la communauté. Il peut vendre, aliéner les biens dont elle est composée. »

Remarquons que la discussion des règles du contrat de mariage ne fit jamais renaître dans la suite l'idée de l'administration commune. C'est donc le système de l'administration par le mari seul qui passa définitivement dans le Code civil et l'article 1421 en est la consécration officielle.

(1) Fenet, 1, p. 227.

On peut ramener à plusieurs causes l'échec du projet primitif proposé par Cambacérès.

Cet insuccès doit être attribué en grande partie au triste rôle joué pendant la Révolution par les deux principaux clubs féminins de l'époque : la société fraternelle affiliée aux Jacobins et la société des républicaines révolutionnaires, fondée et présidée par Rose Lacombe.

« L'histoire nous a gardé le souvenir des scènes tumultueuses où les femmes tinrent la Convention en échec. Après le 12 germinal, ce fut le 1^{er} prairial. Elles étaient conduites par Aspasia Carlemigelli. Cette folle, sortie depuis peu de l'asile, cherchait à poignarder Boissy d'Anglas qu'on lui avait désigné comme l'affameur public. Féraud le couvrit de son corps et fut tué et sa tête exposée au bout d'une pique. La scène fut atroce, parce que le ridicule y disputait à l'horreur. La Convention terrorisée était en but aux railleries des femmes qui jouissaient inconsidérément de leur triomphe. Elle appela rien moins qu'un général et des fusiliers pour les chasser des tribunes et rendre la liberté à l'assemblée. Mais il s'y joignit des jeunes hommes armés de fouets, juste châtement mérité par une telle audace » (1).

Après tous ces excès et ces débordements, on comprend aisément que le projet de Cambacérès présenté en messidor an IV, ne remportât qu'un médiocre suc-

(1) Morizot-Thibault, *De l'autorisation maritime*, p. 75.

cès; car on était alors peu enclin à augmenter les prérogatives féminines et plutôt disposé à les diminuer.

La communauté et l'autorisation maritale traversèrent donc sans encombre la période révolutionnaire, et, lorsque le premier Consul, assisté d'éminents juriconsultes, conçut le projet de codifier les principes déjà existants, il trouva ces deux institutions telles à peu près que l'ancien régime les avaient établies.

Le premier Consul, loin de rejeter ces anciennes règles, devait s'y attacher avec force; car il était peu partisan de l'émancipation féminine et ne considérait le sexe faible que comme bon à donner des défenseurs à la patrie.

A Mme de Staël qui lui demandait quelle était la première femme de France il répondit sans hésitation « celle qui a le plus d'enfants ».

Thibaudeau, dans ses *Mémoires sur le consulat*, rapporte le fait suivant, qui se passa au cours de la séance du 5 vendémiaire. On discutait l'article suivant: « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à un mari. »

Cretet fit observer que les lois ne paraissaient pas imposer cette obéissance.

Le premier Consul répliqua immédiatement: « L'ange l'a dit à Adam et Eve; on le prononçait en latin lors de la célébration du mariage et la femme ne l'entendait pas. Ce mot là est bon pour Paris surtout où les femmes se croient le droit de faire ce qu'elles veulent. Je ne dis

pas que cela produise de l'effet sur toutes, mais cela en produira sur quelques-unes. Les femmes ne s'occupent que de plaisir et de toilette. Si l'on ne vieillissait pas je ne voudrais pas de femme. Ne devrait-on pas ajouter que la femme n'est pas maîtresse de voir quelqu'un qui ne plaît pas à son mari ? Les femmes ont toujours ces mots à la bouche :

« Vous voulez m'empêcher de voir qui me plaît (1). »

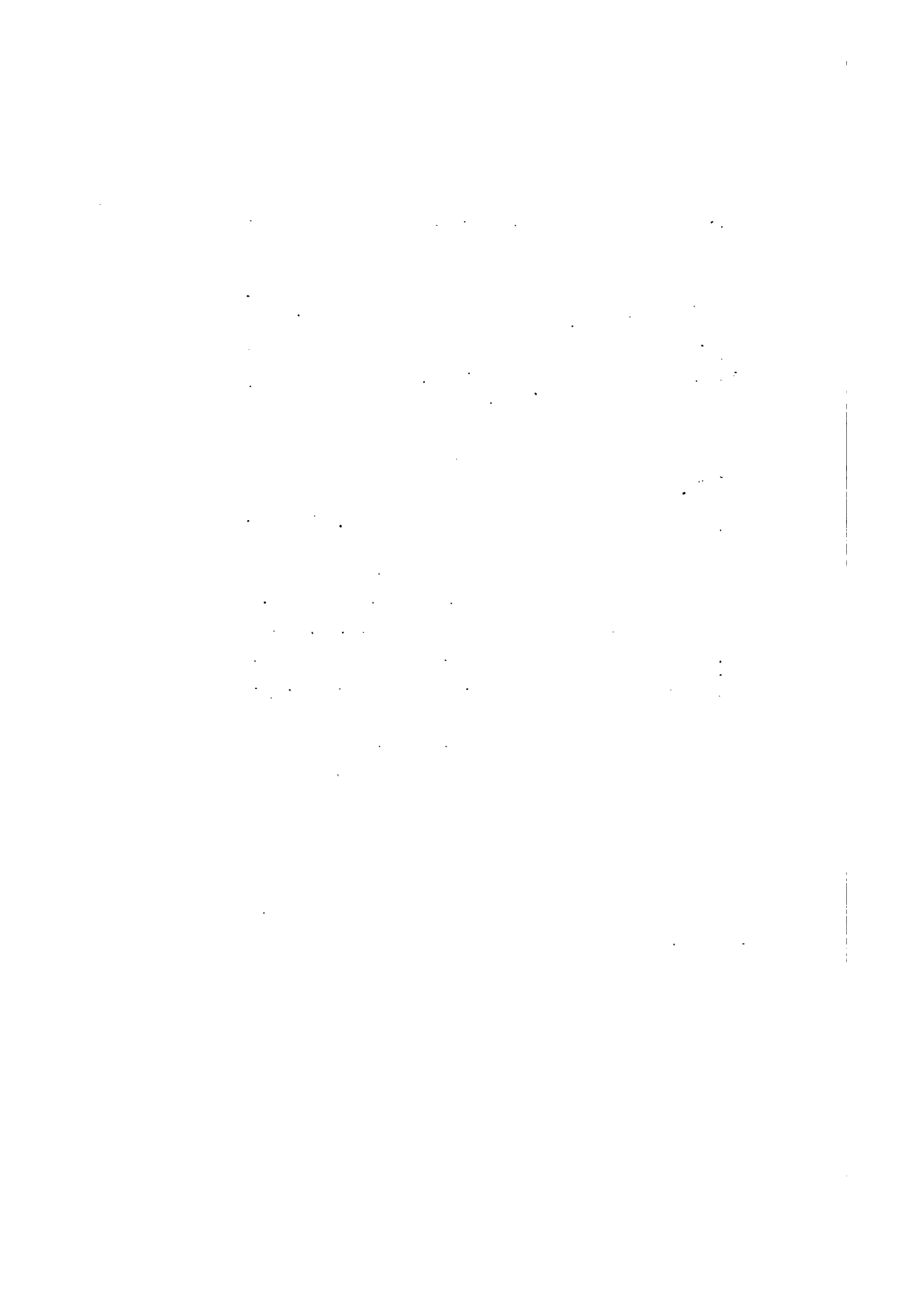
Dans une autre séance, Bonaparte demandait à ce que l'on fit promettre obéissance à la femme ; car, disait-il : « Il faut qu'elle sache qu'en sortant de la tutelle de sa famille elle passe sous celle de son mari. »

Quant aux collaborateurs qui entouraient le premier Consul, ils n'étaient guère mieux disposés à l'égard de la femme ; car c'étaient des juristes tout imprégnés de l'esprit aride de la loi romaine ou des idées de Montesquieu.

Sous ces diverses influences, le principe de l'autorité maritale passa dans notre loi, où il s'est maintenu jusqu'à nos jours.

Mais sur quelle base l'a-t-on fondé ? c'est ce qu'il nous reste à examiner.

(1) Thibaudeau, *Mémoire sur le Consulat*, séance du 5 vendémiaire, p. 434.



DEUXIÈME PARTIE

DE L'AUTORISATION MARITALE DANS LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER

FONDEMENT DE L'AUTORISATION MARITALE DANS LE CODE CIVIL.

Le Code civil a maintenu au titre du mariage le principe de l'autorisation maritale. Cette autorisation est l'approbation que la femme doit obtenir de son mari pour être apte à faire les actes judiciaires ou extrajudiciaires dont la validité est subordonnée à ce consentement.

Il n'y a donc aucun doute sur l'existence même de l'autorisation maritale ; mais les difficultés commencent à surgir quand il s'agit de déterminer le fondement de cette institution et sur ce point nous avons à enregistrer de nombreuses divergences.

Trois systèmes principaux ont été soutenus sur la

question : tous sont d'accord sur un point, tous admettent comme base de leur théorie la puissance maritale dont nous trouvons le principe dans l'article 213 du Code civil « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». La raison d'être de la puissance maritale est que le mariage constitue une société ; or, dans toute société, il faut un chef ; la loi donne ce titre au mari, d'où naît pour la femme l'obligation d'obéir, obligation corrélatrice au droit de commander qui appartient au mari.

Tenue à son égard au devoir d'obéissance elle ne peut rien faire sans sa permission. De là la nécessité, quand elle veut accomplir un acte juridique, de requérir une autorisation ; il n'y a là qu'un hommage rendu à la puissance du mari : « La puissance que le mari a sur la personne de sa femme, dit Pothier, ne permet pas à la femme de rien faire que dépendamment de lui (1). »

On est donc d'accord sur le fondement principal de l'incapacité de la femme mariée ; mais les avis sont partagés quand il s'agit de déterminer s'il n'en existe pas d'autres.

D'après un premier système, on ne peut baser le principe de l'autorisation maritale sur l'inexpérience et la faiblesse de la femme, puisque les filles et les femmes majeures sont jugées avoir assez d'expérience et de maturité pour gérer sagement leur personne et leur fortune et que la loi leur reconnaît une pleine et entière

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*.

capacité, or le mariage n'altère en aucune façon cette capacité naturelle.

Le seul fondement de cette autorisation repose donc sur la subordination de la femme au mari, règle nécessaire pour que le bon ordre puisse régner dans le ménage.

Il faut en conclure que, toutes les fois que la puissance maritale aura été respectée, les actes de la femme seront aussi valables que s'ils avaient été faits par une femme non mariée.

Cette théorie n'est pas nouvelle pour nous ; nous l'avons déjà rencontrée au XIII^e siècle dans Beaumanoir puis dans Guy Coquille, Loysel et Pothier. Elle a été reprise de nos jours, notamment par MM. Delvincourt, Toullier et Duranton et c'est assurément celle dont se sont inspirés, au cours de la discussion de la loi de 1893, les partisans de la restitution à la femme séparée de corps de sa pleine capacité civile.

Quant au deuxième système, il admet comme le premier que l'autorisation est exigée pour faire respecter la puissance maritale, mais il ajoute qu'en outre elle est exigée au profit des intérêts matrimoniaux.

La conservation des biens de la femme intéresse en effet toute la famille et c'est au mari, qui est le représentant de cet intérêt collectif, qu'appartient le droit de donner ou de refuser son autorisation comme moyen de surveillance et de garantie. Ce n'est pas seulement pour lui un droit, c'est même un devoir.

C'est ce qui explique comment le mari mineur, incapable du discernement nécessaire, ne peut donner son autorisation et comment la femme, que les intérêts matrimoniaux concernent aussi, peut invoquer la nullité qui résulte du défaut d'autorisation.

Enfin le troisième système estime que, dans l'autorisation donnée par le mari, il y a une sorte d'acte de tutelle destiné à protéger la femme contre sa propre inexpérience. Il invoque ce passage de Lebrun : « Il faut donc dire que cette coutume est également fondée sur ces deux raisons : d'une part la faiblesse du sexe, de l'autre la prérogative du sexe masculin (1). »

On s'explique ainsi pourquoi le mari mineur ne peut pas autoriser sa femme majeure et pourquoi la femme peut se prévaloir elle-même de son incapacité ; mais on se heurte alors à un principe de notre droit qui paraît absolu et incontestable : c'est le principe de la capacité de la femme non mariée.

Un choix entre ces trois systèmes est donc fort difficile, car tous justifient plus ou moins certaines règles du Code civil, mais par contre laissent sans explication d'autres points importants.

La vérité est que les rédacteurs du Code civil ne se sont arrêtés à aucun de ces systèmes et qu'ils n'ont pas eu de principe directeur en construisant la théorie de l'autorisation maritale.

(1) Lebrun, *De la communauté*, t. II, ch. 1, § 1, n° 1.

Les prescriptions de la loi se rattachent à des traditions d'origines diverses, qui, avec le temps, se sont combinées et ont amené en définitive un système sans principe, sans suite.

La première théorie qui voit dans la nécessité de l'autorisation une règle de subordination et de discipline ne peut pas se concilier sur différents points avec les règles du code.

En effet comment concevoir, avec une telle doctrine, que la femme puisse se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'autorisation ? ou comment expliquer que le mari mineur ne puisse valablement autoriser sa femme ?

D'ailleurs, si la femme n'était frappée d'incapacité qu'en vertu d'une règle de subordination pourquoi ne pourrait-elle pas se passer d'autorisation quand le mari est absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté ?

C'était, du reste, à cette solution qu'était arrivé le très ancien droit coutumier, qui fondait uniquement le principe de l'autorisation maritale sur une règle de discipline domestique.

Enfin, si tel avait été le système du Code le législateur n'aurait-il pas dû permettre au mari de donner à sa femme une autorisation générale lorsqu'il reconnaît sa capacité et son aptitude pour les affaires ?

L'incapacité de la femme n'est donc pas seulement un hommage rendu à la prépondérance du sexe fort et les rédacteurs du Code civil se sont inspirés d'autres

principes, et notamment des idées de faiblesse et de *fragilitas sexus*, déclarent les partisans du deuxième système.

Nous retombons ainsi dans la vieille conception romaine, si méprisante et si dure pour la femme.

Mais les Romains avaient au moins l'avantage d'être conséquents avec eux-mêmes, puisqu'ils traitaient la fille comme la femme et les soumettaient toutes deux à une tutelle perpétuelle tandis qu'à l'heure actuelle les filles et les veuves jouissent d'une complète indépendance et ont en général une capacité égale à celle de l'homme.

On a essayé, il est vrai, de justifier cette contradiction, en objectant que le législateur ne pouvait pas donner un tuteur à toutes les femmes, mais qu'il devait profiter du protecteur naturel que fournit l'union conjugale.

Mais, si la femme est une incapable, comment expliquer qu'on lui confie la tutelle de ses enfants d'un premier lit, alors qu'elle a à côté d'elle un guide et un soutien ?

La règle de l'autorisation, fondée sur une idée de faiblesse du sexe serait encore une dérision lorsque les époux contractent ensemble : on ne peut, en effet, protéger une personne contre soi-même. On aurait dû alors rétablir le sénatus-consulte Velléien, au moins dans les rapports de la femme avec son mari.

Il faut donc abandonner ces idées de faiblesse et d'infériorité de la femme et dire, avec Condorcet : « Les fem-

mes ne sont pas conduites, il est vrai, par la raison des hommes, mais elles le sont par la leur. Comment !!! on protégerait l'épouse à l'exclusion de la fille ou de la veuve, bien qu'elle soit plus libre dans ses démarches, bien qu'elle ait plus d'expérience et moins de timidité (1). »

Il est difficile toutefois de soutenir que le législateur n'a pas été touché par cette idée d'incapacité, puisque, le lendemain de son mariage la femme, même assistée de son mari, a des pouvoirs moins étendus que lorsqu'elle était fille ou veuve. A cette époque, elle aurait pu donner à un tiers un mandat général comprenant toutes ses affaires ; épouse, son mari ne peut l'habiliter à conférer un tel pouvoir à un étranger.

Le législateur n'était-il pas encore pénétré de ces mêmes idées, lorsqu'il décidait que la femme pourrait réclamer la nullité de l'acte qu'elle avait passé sans autorisation ou qu'il substituait la justice au mari mineur ou incapable de manifester sa volonté ?

Nous sommes ainsi conduit à étudier le troisième système, qui voit, dans la nécessité de l'autorisation maritale non seulement une règle de discipline domestique, mais encore une mesure de protection en faveur des intérêts matrimoniaux.

Il considère que l'incapacité constitue tout à la fois un hommage rendu à l'autorité du mari et la sauve-

(1) Condorcet, *Œuvres*, t. X.

garde des intérêts généraux de la famille, dans lesquels sont nécessairement compris ceux de la femme elle-même. La conservation des biens importe à toute la famille : à la femme, aux enfants, au mari lui-même. Ce dernier, constitué par la loi le représentant de la famille et de ses intérêts collectifs, est appelé à ce titre à autoriser les actes accomplis par les femmes, actes qui sont de nature à rejaillir sur toute la famille. C'est le système qui a été soutenu et développé par MM. Aubry et Rau. « Sanctionner pour tous les actes de la vie civile, le devoir d'obéissance imposé à la femme et garantir son patrimoine en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage, et à assurer l'avenir de la famille, tel est le double but que le législateur a eu en vue, en établissant la règle de l'autorisation maritale, laquelle est moins requise dans l'intérêt de la femme elle-même que dans celui du mari considéré comme chef de l'union conjugale, et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent (1). »

Cette opinion a été défendue par d'autres jurisconsultes très autorisés et notamment par MM. Demolombe, Huc et Laurent. Elle est assurément séduisante à première vue et permet d'expliquer des dispositions du Code qui sont inconciliables avec les autres théories.

Dans ce système, si le mari mineur ne peut pas accorder une autorisation à sa femme, c'est parce qu'il

(1) Aubry et Rau, V, p. 138, n° 5.

s'agit des intérêts matrimoniaux et qu'en raison de son âge il ne peut y pourvoir avec tout le discernement nécessaire.

D'un autre côté, si la femme peut invoquer la nullité pour son propre compte, ce n'est pas en vertu d'un droit personnel établi à son profit particulier, mais en tant que membre de la société familiale participant aux intérêts collectifs qu'il faut protéger (1).

Si bien étayée que soit cette théorie, elle n'est point exempte de critiques et les arguments qu'elle invoque pour justifier l'action en nullité accordée à la femme ne nous paraissent pas concluants ; car, si le droit pour la femme d'attaquer l'acte passé par elle sans autorisation n'était que la conséquence de sa participation aux intérêts collectifs du mariage, cette participation devrait être en raison directe de son droit ; or c'est ce qui n'est pas. La femme mariée sous le régime dotal a, comme toute autre, le droit d'attaquer l'acte fait par elle sans autorisation, alors même qu'il s'agit de l'aliénation de biens extradotaux qui n'entrent en aucune manière dans le patrimoine commun.

Dans ce cas pourtant, il ne peut être question de « protéger le patrimoine de la femme en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du mariage et à assurer l'avenir de la famille ». L'action en nullité n'a donc et ne peut avoir qu'une base : la violation du devoir d'o-

(1) Aubry et Rau.

béissance et par conséquent l'action en nullité devrait appartenir au mari seul.

Si donc la femme a une action personnelle, ce ne peut être qu'en vertu d'un droit à elle propre parce qu'elle devait être protégée et qu'elle ne l'a pas été.

En résumé, il est impossible de se faire une idée très nette du principe directeur qui a guidé les rédacteurs du Code civil.

Ils ont fait œuvre d'éclectisme et ont accepté sans en chercher le fondement et le lien les diverses solutions de l'ancien droit sur la matière, négligeant le principe pour ne s'occuper que des détails.

Il en est résulté une certaine confusion et tour à tour nous voyons triompher dans le Code les idées de discipline domestique et de protection, soit en faveur de la femme, soit en faveur de la famille. C'est du reste ce que l'étude du système de l'autorisation maritale dans le Code civil va nous démontrer.

CHAPITRE II

EXPOSÉ DES RÈGLES DE L'AUTORISATION MARITALE DANS LE CODE CIVIL.

L'incapacité de la femme mariée a pour corollaire l'autorisation maritale. Il en résulte que la femme ne peut pas en principe accomplir les divers actes juridiques sans une autorisation qui normalement doit émaner du mari.

L'incapacité de la femme mariée est donc très différente de celle du mineur non émancipé ou de l'interdit, qui ne peuvent accomplir par eux-mêmes les actes de la vie civile.

Le mineur et l'interdit ont un représentant légal qui agit en leur lieu et place ; la femme mariée agit au contraire elle-même ; mais, pour agir valablement, elle doit être autorisée.

La femme mariée est donc frappée d'une incapacité générale, qui s'étend à tous les actes, non seulement aux actes judiciaires, c'est-à-dire aux instances, mais encore aux actes extrajudiciaires (1).

(1) Baudy-Lacantinerie, *Précis de Code civil*.

SECTION I. — Actes que la femme ne peut jamais
faire sans autorisation.

§ 1. — Des actes judiciaires.

L'article 215 est ainsi conçu : « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique ou non commune ou même séparée de biens. »

D'après cet article, la femme mariée ne peut donc ester en jugement, c'est-à-dire plaider, soit comme demanderesse, soit comme défenderesse, si elle n'a pas obtenu l'autorisation de son conjoint.

Cette règle s'explique par ce fait qu'un procès peut avoir des conséquences fort graves et qu'il serait imprudent à la femme de s'y engager sans l'approbation de son mari.

Nous trouverons cependant plus loin deux exceptions à ce principe.

L'autorisation est nécessaire, sous quelque régime que la femme soit mariée, lors même qu'elle serait marchande publique.

Sur ce point, il y a divergence avec l'ancien droit, qui admettait une théorie contraire (1) ; le législateur moderne a pensé avec raison qu'un procès n'est pas un acte de commerce.

Quelle que soit l'instance dont il s'agit, la femme est

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n^{os} 61 et 62.

obligée de requérir l'autorisation et même au cas de demande en séparation de corps ou de biens.

Notons que, dans ce cas, ce n'est plus le mari, mais le président du Tribunal qui accorde l'autorisation.

L'autorisation du mari est exigée quel que soit le tribunal saisi : peu importe que ce soit un tribunal civil, un tribunal de commerce, un tribunal répressif ou une justice de paix.

La femme aurait également besoin d'être autorisée en conciliation ; car un procès pourrait avoir lieu si la conciliation ne réussissait pas.

L'autorisation doit être donnée à tous les degrés de juridiction, pour la première instance, comme pour l'appel et le pourvoi en cassation.

Nous avons dit précédemment que le principe suivant lequel la femme ne peut ester en jugement soit comme demanderesse soit comme défenderesse souffrait deux exceptions :

1° La femme, qui en général ne peut agir comme demanderesse sans l'autorisation maritale, peut sans aucune autorisation présenter la requête préalable à une demande en séparation de corps ou de biens.

2° L'article 216 nous dit que « l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police ».

Quel est le motif de cette dernière exception ?

En matière civile, il se peut, dans certains cas, que le mari ou la justice refusent avec raison l'autorisation

que sollicite la femme de plaider comme défenderesse. Il se peut, en effet, que sa défense soit le résultat d'un entêtement ridicule et injuste.

Il est vrai que ce refus d'autorisation amènera contre elle une condamnation par défaut ; car la femme défenderesse sans autorisation est réputée défailante ; mais cela ne vaut-il pas mieux qu'une condamnation contradictoire après beaucoup de temps perdu et avec des frais énormes à supporter ?

Il n'en est plus de même lorsque la femme est défenderesse en matière criminelle : dans ce cas, elle a toujours intérêt à se défendre, ne fût-ce que pour faire diminuer la peine qu'elle doit encourir.

La défense étant toujours, en matière criminelle, utile et juste, on ne peut pas forcer la femme à se laisser condamner par défaut. Or, si l'autorisation de se défendre ne peut en aucun cas lui être refusée justement à quoi bon la demander ?

§ 2. — Des actes extrajudiciaires.

On oppose les actes extrajudiciaires aux actes judiciaires c'est-à-dire aux instances.

L'incapacité de la femme mariée s'applique aux premiers comme aux seconds.

L'article 217 est ainsi conçu : « La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, ou hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

Incapacité de donner. — Le mot donner a différentes significations et l'article 1136 nous en fournit notamment une (1).

Dans notre article, ce mot signifie que la femme ne peut procurer ou s'engager à procurer un avantage pécuniaire sans équivalent en retour.

Le donateur se dépouille ici sans équivalent, ce qui permet de comprendre aisément que l'on se trouve dans un des cas où le besoin d'autorisation se fasse sentir. Du reste, la loi n'ayant fait aucune distinction, la règle s'applique aussi bien aux donations de meubles que d'immeubles.

Incapacité d'aliéner. — La femme ne peut non plus aliéner ses immeubles ou ses meubles.

Toutefois en ce qui concerne les meubles le Code introduit des exceptions.

En effet, lorsque, par suite du régime matrimonial sous lequel elle est mariée, ou par suite de clauses mises dans le contrat, la femme a conservé l'administration de tout ou partie de ses biens, elle peut aliéner à titre onéreux son mobilier pourvu cependant que l'aliénation rentre dans les actes d'administration.

Il en sera ainsi, soit par l'effet de l'adoption du régime dotal avec paraphernaux, soit enfin dans tout autre régime, par l'insertion au contrat d'une clause portant

(1) Article 1136 du Code civil : « L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à sa livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier. »

que la femme se réserve l'administration de ses biens.

Incapacité d'hypothéquer. — L'article 217 défend à la femme d'hypothéquer ses immeubles sans autorisation, c'est-à-dire d'affecter un bien à l'acquittement d'une dette, en donnant au créancier une hypothèque qui lui permettra, de se faire payer sur le prix de l'immeuble par préférence aux autres créanciers, et, si le débiteur l'aliène, de le saisir entre les mains du tiers acquéreur.

Incapacité d'acquérir. — La femme est incapable de faire aucune acquisition de meubles ou d'immeubles à titre gratuit ou onéreux sans être autorisée.

On a voulu pour les acquisitions à titre gratuit que le mari pût apprécier le caractère des dons faits à son épouse. Il faut voir là une règle se référant aux bonnes mœurs et à la moralité.

En ce qui concerne ces acquisitions la défense est absolue. Il est vrai qu'aux termes de l'ordonnance de 1731 la femme mariée sous le régime dotal pouvait recevoir sans autorisation un bien qui lui était donné pour lui tenir lieu de paraphernal, mais le Code n'a pas maintenu cette exception.

Pour les acquisitions à titre onéreux : la femme doit encore recourir à l'autorisation de son mari, car toute acquisition à titre onéreux se fait moyennant un sacrifice et le point de savoir si l'importance de ce sacrifice ne dépasse pas le bénéfice que procurera l'acquisition demande un examen.

L'incapacité d'acquérir s'applique tant aux meubles

qu'aux immeubles. Nous verrons cependant que la femme séparée de biens peut, dans une certaine mesure, faire des acquisitions de meubles ou d'immeubles pourvu qu'elles rentrent dans les actes d'administration.

Incapacité de s'obliger. — L'article 217 qui déclare la femme incapable de donner, d'aliéner, d'hypothéquer et d'acquérir à titre gratuit ou onéreux ne dit pas qu'elle soit incapable de s'obliger. Ce qui rend le silence du Code fort significatif, c'est qu'on a jadis rejeté la proposition du Tribunal qui demandait qu'on insérât le mot « s'obliger » dans l'énumération des actes pour lesquels la femme est incapable.

De là la question de savoir si la femme peut sans autorisation, contracter valablement des obligations personnelles. Il y a d'abord un point certain : c'est que la femme qui administre elle-même ses biens peut s'obliger par des contrats relatifs à l'administration (1).

Mais que faut-il décider si le contrat par lequel elle s'oblige est étranger à cette administration ? L'obligation est nulle. Cette solution résulte implicitement :

1° De l'article 217, qui défend à la femme de faire sans autorisation aucune aliénation à titre gratuit ;

2° De l'article 220, qui permet à la femme marchande publique de s'obliger pour ce qui concerne son négoce sans autorisation.

3° Des articles 221, 222 et 224 qui exigent qu'elle

(1) Code civil, article 1449.

soit autorisée pour contracter ; or contracter, c'est s'obliger ou aliéner par convention.

Nous concluons donc en disant que la femme ne peut pas s'obliger sans autorisation. C'est du reste l'avis de MM. Demolombe et Aubry et Rau.

Si les rédacteurs n'ont point mentionné dans l'article 217 l'incapacité de s'obliger, c'est parce qu'ils ont craint que l'expression de « s'obliger » ne fit naître cette fausse idée que l'incapacité de la femme non autorisée s'étend même aux obligations nées de ses délits ou quasi-délits ; or il est certain que la femme non autorisée est néanmoins obligée par ses délits et ses quasi-délits, car l'article 1382 est général et s'applique à toute personne.

SECTION II. — Actes que la femme mariée peut faire sans autorisation.

L'incapacité de la femme mariée se résume donc en ce qu'elle ne peut aliéner, acquérir ou s'obliger sans autorisation.

Mais, par contre, elle est capable pour les autres actes, c'est-à-dire pour tous ceux qui ne constituent ni une aliénation, ni une acquisition, ni une obligation.

C'est ainsi que la femme peut sans autorisation donner ou refuser son consentement au mariage de ses enfants, ou encore accepter les donations offertes à ces mêmes enfants.

Sur ce dernier cas, l'article 935 est formel : « Néan-

moins les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient ni tuteurs, ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui. »

Cette solution peut sembler extraordinaire à première vue; car nous avons dit antérieurement que la femme ne pouvait accepter une donation sans l'autorisation de son mari. Mais cette possibilité n'en existe pas moins; car, comme le fait très justement remarquer M. Demolombe, qui attaque la théorie dissidente de Grenier: « La mère, dans ce cas, n'agit point pour elle-même ni dans son propre intérêt, elle ne fait que remplir dans l'intérêt du mineur le mandat que la loi lui a confié sans en subordonner l'exercice à aucune autorisation. »

La femme peut encore, sans avoir besoin de recourir à aucune autorisation, reconnaître un enfant naturel qu'elle a eu avant son mariage.

Là encore on pourrait objecter que, par le fait de cette reconnaissance, la femme s'oblige à nourrir, entretenir et élever son enfant; mais il faut remarquer que cette obligation est la conséquence non de la reconnaissance, mais du fait de la génération que la reconnaissance se borne à constater.

Les articles 226 et 915 permettent encore à la femme de tester sans autorisation.

Le testament ne porte en effet aucune atteinte à l'autorité maritale, puisqu'il ne peut produire ses effets qu'à l'époque où elle aura cessé d'exister.

Notre ancien droit était divisé sur cette question, mais la plupart des coutumes reconnaissaient cette faculté à la femme. Aussi Valin disait-il dans la coutume de la Rochelle (1) : « Si la femme vit dans une espèce d'esclavage, au moins est-il vrai qu'elle meurt libre, et comme le testament a trait à la mort qui l'affranchit de la puissance de son mari, il s'ensuit que la femme n'a nullement besoin de l'autorisation de son mari pour tester. »

Toutefois certaines coutumes et notamment celle de Normandie exigeaient l'autorisation maritale.

De même qu'elle peut tester, la femme peut également révoquer son testament.

La femme peut acquérir sans aucune formalité par accession, par occupation et par prescription. Conformément à l'article 1990 du Code, la femme mariée peut accepter un mandat sans autorisation ; mais, comme elle ne peut pas plus s'obliger par le contrat de mandat que par tout autre, si plus tard le mandant la poursuit, elle pourra opposer la nullité résultant du défaut d'autorisation (2).

Il est encore hors de doute que, si, dans l'exécution du mandat qu'elle a accepté sans autorisation, elle s'est rendue coupable de détournements ou simplement enrichie, elle sera tenue soit de l'action résultant de son délit soit de l'action *de in rem verso*.

(1) Valin, *Coutume de la Rochelle*, t. 1, p. 557.

(2) Aubry et Rau, *Code civil*, titre 3, § 411.

Notons encore que la femme peut faire tous les actes conservatoires concernant sa fortune à l'exception de ceux pour lesquels il serait nécessaire d'ester en justice.

Elle pourra donc faire inscrire son hypothèque légale ou une hypothèque conventionnelle, adresser des sommations à ses débiteurs, faire dresser un protêt, interrompre une prescription, faire opérer la transcription de son acte de mariage dans le cas prévu par l'article 171 du Code civil ou la transcription des donations valablement faites à son profit.

Enfin la femme séparée de biens soit contractuellement soit judiciairement possède ou recouvre la libre administration de sa fortune; elle peut donc sans recourir à aucune autorisation faire tous les actes relatifs à l'administration de ses biens.

Formes de l'autorisation.

L'autorisation doit être spéciale. Les articles 223 et 1538 nous le disent formellement sans distinguer comme dans l'ancien droit entre les autorisations accordées par contrat de mariage et celles accordées depuis le mariage.

Il en était déjà ainsi du temps de Pothier : « Les autorisations générales portées, dit-il, soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses immeubles, et à les aliéner à les hypothéquer, sont regardées comme nulles et de nul

effet, étant contraires aux lois, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris (1). »

Ainsi l'autorisation n'est efficace qu'à la condition d'être spéciale. Voilà le principe, qui est aujourd'hui à l'abri de toute controverse. Il n'en est pas de même de l'application et des conséquences du principe et les juristes sont loin de s'entendre sur le point de savoir à quoi on pourra reconnaître qu'une autorisation est spéciale.

Nous dirons que l'autorisation est spéciale à la condition d'être donnée séparément pour chaque procès, pour chaque acte juridique que la femme se propose de soutenir ou de passer, et nous exigerons de plus qu'elle soit donnée en connaissance de cause, c'est-à-dire après examen de l'époque où l'acte devra avoir lieu et des diverses circonstances dans lesquelles il devra s'accomplir.

Telle est la règle générale dont il nous reste à présenter certaines applications.

Tout d'abord il est certain que l'autorisation ne serait pas spéciale si elle n'était pas donnée séparément pour chaque instance judiciaire, pour chaque acte juridique que la femme se propose de passer ; elle ne le serait pas non plus si elle se rapportait à des actes juridiques déterminés seulement par leur nature, ou bien

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 67.

si les objets ou les sommes sur lesquels elle porte n'étaient pas spécifiés ou limités.

Ainsi ne serait pas spéciale l'autorisation donnée à une femme d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles ou de contracter des emprunts ; car, dans ce cas, il faut que l'autorisation indique l'immeuble ou les immeubles qui pourront être aliénés ou hypothéqués et la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'hypothèque pourra être consentie.

Mais que faut-il décider, si le mari autorise sa femme à aliéner non pas tous ses immeubles, car nous tomberions alors dans le cas visé par l'article 1538, alinéa 2, mais tels ou tels immeubles désignés en groupe, par exemple ses immeubles situés à Paris.

Certains auteurs regardent cette autorisation comme suffisamment spéciale ; ils invoquent à l'appui de leurs dires les articles 1987 et 1988 qui donnent une définition des mots « spécial » et « général », or cette définition ne permet pas de regarder comme générale l'autorisation qui ne s'applique qu'à certains biens ou à certaines affaires seulement.

D'après eux, la loi n'a pas eu d'autre but que d'empêcher les autorisations illimitées qui tendent d'après Pothier « à rendre la femme indépendante du mari et à la soustraire entièrement à sa puissance ».

Ils invoquent enfin l'intérêt des deux époux : le mari s'absente pour un temps indéterminé et prévoit que sa femme sera obligée d'aliéner tels ou tels immeubles,

pourquoi n'aurait-il pas le droit de l'autoriser (1).

Malgré ces arguments nous repousserons cette théorie.

Pour nous, il ne faut pas chercher l'explication des mots « autorisation générale » « autorisation spéciale » dans les articles 1987 et 1988. Autre chose est un mandat spécial et une autorisation spéciale : c'est ainsi que le mandat d'aliéner tous les immeubles du mandant serait spéciale dans le sens de l'article 1987, puisqu'il serait relatif à une certaine affaire seulement, tandis qu'une semblable autorisation est expressément prohibée par l'article 1538 ; donc le mot spécial n'a pas le même sens dans les deux cas et ce qui ne serait qu'un mandat spécial peut constituer une autorisation générale.

Il est donc préférable de conserver aux mots « autorisation spéciale » le sens qu'ils avaient dans l'ancien droit.

Lebrun nous dit à ce sujet : « J'estime que les autorisations doivent être spéciales en chaque affaire et en chaque contrat (2). » D'Aguesseau, dans un plaidoyer du 3 avril 1691, dit également : « Il faut une autorisation expresse et spéciale *et ad rem quæ geritur accommodata.* »

Tel était le sens donné autrefois à cette expression ; il paraît incontestable que le Code, employant les mêmes

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 472.

(2) Lebrun, *Traité de la communauté*, livre II, chapitre I, section IV, n° 8.

termes dans le même sujet les a employés aussi dans la même acception.

Le principe de la spécialité trouve son application même quand la femme, soit en raison du régime sous lequel elle est mariée, soit par suite d'une clause de son contrat de mariage, a conservé la jouissance ou l'administration de tout ou partie de ses biens. Elle doit être autorisée spécialement pour faire tous les actes autres que ceux qui sont une conséquence de son droit d'administration et elle ne pourrait, par une clause insérée dans son contrat de mariage, se soustraire pour tel ou tel de ces actes à la nécessité d'une autorisation spéciale.

Mais, si le mari est, par suite du régime sous lequel les époux sont placés, chargé de l'administration de tout ou partie des biens de la femme, et s'il donne à celle-ci le pouvoir de faire un ou plusieurs actes relatifs à cette administration, ce pouvoir, si illimité qu'il soit, est valable ; car le principe de la spécialité est ici complètement étranger et il en serait de même si le mari donnait à sa femme le pouvoir général d'aliéner ou d'hypothéquer les biens de la communauté ou des biens qui lui sont personnels à lui mari. Dans ce cas, en effet, il n'y a pas autorisation, mais bien procuration ordinaire ; la femme est simplement mandataire, comme pourrait l'être toute autre personne et de là il découle que les articles 223 et 1538 ne trouvent pas ici leur application.

Le principe de la spécialité souffre deux exceptions :

1° Il résulte de l'article 223 qu'une autorisation est suffisante pour permettre à la femme les actes d'administration, lorsque cette autorisation est contenue dans le contrat de mariage.

Cette exception se comprend facilement. L'administration d'un patrimoine se compose d'actes qui se répètent chaque jour : elle serait par conséquent impossible s'il fallait pour chacun d'eux que la femme obtint le concours de son mari ou son consentement par écrit.

2° Lorsque la femme mariée est marchande publique, elle peut, aux termes de l'article 5 du Code de commerce, « sans l'autorisation de son mari s'obliger pour tout ce qui concerne son négoce ».

Une disposition identique se retrouve dans l'article 220 du Code civil.

Quant à l'expression « sans autorisation du mari » qu'emploie l'article 220, il ne faut pas se méprendre sur sa véritable signification. La femme étant marchande publique du consentement du mari, il s'ensuit que tous les actes qu'elle passe en ladite qualité de marchande publique sont implicitement autorisés par le mari.

La loi s'est contentée ici d'une autorisation générale au lieu d'une autorisation spéciale, qui, de droit commun, est exigée dans tous les cas où la femme s'oblige.

De ceci il résulte que la capacité de la femme marchande publique est plus étendue que celle du mineur commerçant. En effet, le mineur ne peut aliéner les im-

meubles qu'en suivant les formalités prescrites par l'article 457 du Code civil, alors que la femme commerçante dispose seule et valablement de ses immeubles, pourvu qu'ils ne soient pas dotaux.

Cette décision a été critiquée par M. Valette qui prétend que « la solution inverse seule eût été naturelle en présence de l'article 1588 du Code civil ».

Des formes de l'autorisation et de l'époque à laquelle elle doit être donnée.

Nos anciens auteurs distinguaient entre l'autorisation pour ester en justice et l'autorisation pour contracter.

La première pouvait résulter du consentement du mari de quelque manière qu'il fût exprimé ; mais, en matière extrajudiciaire, il fallait une autorisation expresse et sacramentelle.

Le Code civil n'a pas maintenu cette distinction et le consentement du mari, de quelque façon qu'il soit exprimé, suffit aujourd'hui tant pour les actes judiciaires que pour les actes extrajudiciaires.

Il faut cependant remarquer que l'article 216 ne dit pas que l'autorisation du mari résulte suffisamment de son concours dans l'instance, mais, s'il est muet sur ce point, c'est qu'il en était déjà ainsi dans l'ancien droit.

Du reste, le mot assistance se trouvait d'abord dans l'article à la place du mot autorisation et, s'il a été effacé, c'est parce qu'il figurait dans l'article 212 avec une autre signification.

L'autorisation du mari peut être expresse ou tacite.

L'article 217 fait connaître ces deux espèces d'autorisation. L'autorisation expresse peut-elle être verbale ? Le doute vient de ce que l'article 217 ne s'occupe que du consentement par écrit. Certains auteurs n'admettent pas la validité de l'autorisation verbale en s'appuyant sur ce que la loi a employé des termes restrictifs en vue d'éviter des procès.

Ils invoquent également l'article 217, qui exige formellement le consentement par écrit et l'article 4 du Code de commerce qui déclare que « la femme mariée ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ».

L'opinion contraire triomphe plus généralement dans la doctrine. L'autorisation n'est en effet que la manifestation du consentement ; or cette manifestation n'est soumise à aucune forme particulière ; nous en concluons que l'article 217 est plutôt explicatif que restrictif.

Il convient de rappeler, en effet, que la plupart des coutumes ne se contentaient pas d'une autorisation tacite, mais exigeaient une autorisation expresse, et que c'est justement en vue de déroger aux dispositions de ces coutumes que les rédacteurs ont inséré dans l'article 217 les mots « sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit ».

Ce qui résulte seulement de l'article 217, c'est que la preuve testimoniale de l'autorisation ne devrait pas être

admise, quand même il s'agirait d'une valeur inférieure à 150 francs et quoiqu'il y eût un commencement de preuve par écrit. L'autorisation verbale ne pourra donc être prouvée que par l'aveu des parties ou par le serment.

La loi n'ayant pas indiqué la nature de l'écrit qui doit constater l'autorisation du mari, il en résulte qu'un écrit quelconque suffirait, même une simple lettre. L'autorisation du mari peut être donnée par acte sous seing privé, même au cas où l'acte que la femme se proposerait d'accomplir devrait être fait dans la forme authentique.

Notons cependant un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1846, qui a jugé que l'autorisation, nécessaire à la femme pour faire une donation entre vifs, doit être donnée par un acte authentique, sur ce fondement que cette autorisation constitue un des éléments de la donation.

Cet argument ne nous semble pas avoir une grande force ; car on ne peut envisager l'autorisation maritale comme nécessaire pour compléter la capacité de la femme en tant qu'élément de la donation (1).

Quant à l'autorisation tacite, elle résulte du concours du mari dans l'acte.

Quand peut-on dire qu'il y a concours du mari dans l'acte et par conséquent autorisation ?

(1) Laurent, t. III, n° 119 et t. IV, § 476.

Il y a là une question de fait qui est laissée à la libre appréciation du juge ; cependant il est certain que le mari qui intente une action contre sa femme l'autorise à se défendre. De même le mari qui fait une donation à sa femme l'autorise à accepter.

Il y a encore concours du mari dans l'acte lorsque les deux époux s'obligent solidairement ou conjointement par le même contrat, ou quand, sans s'obliger, le mari approuve l'engagement de la femme.

Il nous reste maintenant à examiner si l'autorisation peut provenir d'autres circonstances que du concours du mari dans l'acte.

Par deux arrêts, l'un du 26 juillet 1871 et l'autre du 2 juin 1881, la Cour de cassation s'est prononcée pour la négative. Il faut espérer que ces décisions de la Cour suprême fixeront la jurisprudence des Cours d'appel qui était un peu hésitante et penchait plutôt pour l'affirmative.

A quel moment doit intervenir l'autorisation du mari.

Il faut distinguer entre l'autorisation expresse et l'autorisation tacite.

Si l'autorisation tacite ne peut résulter que du concours du mari dans l'acte, ainsi que nous l'avons décidé, elle est nécessairement concomitante à l'acte.

Quant à l'autorisation expresse, elle peut être donnée soit avant l'acte, soit dans l'acte même pour lequel la femme en a besoin.

Mais peut-elle être valablement donnée après l'acte ? le mari peut-il rendre cet acte inattaquable d'une manière absolue, c'est-à-dire non seulement renoncer à son action en nullité, mais encore enlever à la femme celle qui lui appartient ?

La doctrine est divisée sur cette question ; mais beaucoup de juristes sont disposés à admettre que le consentement postérieur du mari ne peut avoir d'effet que contre lui ou ses représentants. L'autorisation maritale, d'après eux, n'a pas été introduite dans l'intérêt du mari seul, mais aussi dans celui de la famille et de la femme.

Dès lors qu'elle a contracté sans autorisation, deux actions prennent naissance, indépendantes l'une de l'autre, de telle sorte que la femme ne peut par le seul fait du mari être privée d'un droit qui forme un bien dans son patrimoine.

La ratification donnée par le mari à l'acte ne couvrira que son action en nullité ; elle demeurera sans influence sur l'action en nullité de la femme.

On a encore fait remarquer en faveur de cette solution que la rédaction primitive de l'article 217 contenait un alinéa ainsi conçu : « le consentement du mari quoique postérieur à l'acte suffit pour le valider. » Or cet alinéa a disparu de la rédaction définitive.

DE L'AUTORISATION DE JUSTICE.

L'autorisation de justice, avons-nous déjà dit, est de formation relativement récente ; nous n'en trouvons au-

cune trace dans Beaumanoir et elle n'apparaît qu'au XIV^e siècle avec Bouteiller.

Et elle s'y présente immédiatement avec le double caractère qu'elle devait conserver jusqu'à nos jours : tantôt elle remplit le rôle de voie de recours contre les décisions du mari dont la toute puissance paraît excessive à une société plus policée ; tantôt elle remplace l'autorisation du mari, quand celui-ci par suite des circonstances se trouve dans l'impossibilité de donner lui-même son consentement.

Mais n'oublions pas que la femme n'a le droit de s'adresser au tribunal qu'à défaut seulement de l'autorisation de son mari.

Dans le cas où le mari refuse son autorisation, la femme ne devant pas être victime d'un refus parfois injuste a le droit de s'adresser à la justice qui l'autorisera suivant les cas. « Il n'y a aucun pouvoir, dit Portalis, qui ne soit soumis à la puissance publique et le magistrat peut intervenir pour réprimer les refus injustifiés du mari et pour rétablir toutes choses en leur état légitime (1). »

L'autorisation de la justice intervient encore :

1^o Lorsque le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante. L'article 221 du Code civil s'exprime ainsi : « Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle

(1) Portalis, *Exposé des motifs du titre du mariage.*

n'ait été prononcée que par contumace, la femme même majeure ne peut pendant la durée de la peine ester en jugement, ni contracter qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut en ce cas donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. »

C'est donc une impossibilité légale pour le mari d'autoriser la femme, et la loi dans ces cas le destitue des prérogatives que le mariage lui accorde.

Le mari est pendant toute la durée de la peine soumis à l'incapacité d'autoriser sa femme : on aurait pu élever des doutes sur le point de savoir si la condamnation par contumace produirait cet effet contre le mari comme la condamnation prononcée contradictoirement, mais la loi a écarté cette difficulté dans l'article 211 en déclarant le mari incapable dans les deux cas. L'article 221 par ces mots « pendant la durée de la peine » donne lieu à une difficulté d'une autre nature.

On s'est demandé si la dégradation civique priverait le mari du droit d'autoriser sa femme.

Si l'on décide affirmativement, en disant qu'elle est une peine infamante, on est conduit à dire que le mari sera perpétuellement privé de ce droit ; car la dégradation civique est une peine perpétuelle, et l'on est en désaccord avec les mots « pendant la durée de la peine » qui semblent ne donner à l'incapacité du mari qu'un caractère temporaire.

Nous déciderons avec la plupart des auteurs que l'article 221 ne s'applique pas à la dégradation civique.

Interdiction ou absence du mari. — L'article 222 la prévoit en ces termes : « Si le mari est interdit ou absent, le juge peut en connaissance de cause autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. »

Quand le mari est interdit, la femme doit donc recourir à la justice. Nous dirons de même aussi pour le mari placé dans une maison d'aliénés, aux termes de la loi du 30 juin 1838.

Si le mari au lieu d'être interdit, était pourvu d'un conseil judiciaire, il aurait le droit d'autoriser sa femme pour les actes pour lesquels il conserve sa capacité selon les règles posées dans les articles 499 et 513.

Quant à l'absence, une difficulté s'élève sur le sens même du mot.

Qu'entend-on par cette expression ? est-ce l'absence dans son sens vulgaire, c'est-à-dire la non-présence, ou au contraire s'agit-il de l'absence telle qu'elle est réglée par le Code.

Beaucoup d'auteurs penchent pour la première opinion et en conséquence permettent à la femme de s'adresser à la justice au cas où le mari est éloigné momentanément et par conséquent incapable de donner valablement son autorisation.

Cette solution qui était généralement admise autrefois rencontre aujourd'hui beaucoup moins de partisans ; car elle n'est pas d'accord avec l'article 863 du Code de procédure civile qui parle d'absence présumée

ou déclarée du mari ; or le Code de procédure ayant été rédigé postérieurement au Code civil, il semble que le législateur ait voulu par ces mots réparer un oubli.

Il est vrai que cette solution a l'inconvénient d'être peu pratique ; car elle arrivera dans certains cas à paralyser temporairement le droit pour la femme d'agir en justice ; mais la loi paraissant formelle nous n'avons qu'à nous incliner.

Minorité. — Ce cas est prévu par l'article 224 du Code qui déclare que « si le mari est mineur l'autorisation du juge est nécessaire à la femme soit pour ester en jugement soit pour contracter ». Nous savons que l'ancien droit reconnaissait comme valable l'autorisation donnée à la femme par le mari mineur et cela était raisonnable sous une législation qui fondait la nécessité de l'autorisation sur la seule puissance maritale ; la qualité de mineur n'effaçant pas la qualité de mari.

Mais le Code ayant penché vers une idée de protection en faveur de la femme, il était logique de retirer au mari mineur le droit d'autoriser sa femme ; car comment admettre qu'un incapable pût protéger un autre incapable ?

Toutefois, émancipé par le fait même de son mariage, le mari mineur n'est pas absolument incapable ; certains actes, tels que les actes d'administration et l'exercice des actions mobilières lui sont permis (1) ; habile

(1) Code civil, articles 481 et 482.

à les faire seul et sans aucune assistance, il peut évidemment habiliter sa femme à les faire pour son propre compte.

Telles sont les différentes circonstances dans lesquelles la loi exige que la femme se fasse autoriser par justice.

Il nous reste maintenant à signaler un certain nombre de cas où l'autorisation de justice ne peut pas suppléer l'autorisation du mari.

Il en est ainsi :

1° Quand la femme veut aliéner ses immeubles dotaux pour l'établissement des enfants communs.

2° Lorsqu'elle veut faire le commerce et que le mari s'y est opposé.

3° Lorsque, étant mariée sous un régime autre que celui de la séparation de biens, elle veut accepter une exécution testamentaire.

Par contre l'autorisation du mari ou de justice ne s'applique point :

1° Aux actes d'administration, lorsque la femme s'est par son contrat de mariage réservé le droit d'administrer sa fortune en tout ou en partie.

2° Au droit de faire son testament.

3° Aux droits que la loi lui confère directement et par une disposition formelle ; il en est ainsi notamment du droit de consentir au mariage de ses enfants et du droit d'accepter pour eux les donations qui leur sont offertes.

4° Aux actes conservatoires de sa fortune acquise.

5° Aux obligations dont elle est tenue indépendamment de sa volonté c'est-à-dire qui lui sont imposées par la loi, en autres termes aux obligations qui se forment sans convention.

Effets de l'autorisation. — Les effets de l'autorisation doivent être envisagés par rapport à la femme et par rapport au mari.

A l'égard de la femme, l'autorisation soit du mari, soit de justice, a pour objet de la relever de l'incapacité dont elle est frappée en sa qualité de femme mariée.

La femme se trouve donc, une fois autorisée et relativement à l'acte auquel l'autorisation s'applique, dans la même situation que si elle était fille ou veuve.

En ce qui concerne le mari, il est considéré comme placé à côté d'une incapable pour la protéger et il ne s'oblige point lorsqu'il l'autorise à faire un acte : *qui auctor est non se obligat*. Ainsi ceux qui ont contracté avec un mineur émancipé n'ont point d'action contre le curateur qui l'a assisté. Cette règle s'applique au mari : l'autorisation qu'il donne à sa femme n'a point d'effet contre lui ; elle ne l'oblige point.

Tel est le principe, mais il comporte des exceptions à l'égard du mari.

1° Lorsque le régime sous lequel il est marié lui attribue la jouissance des biens dont sa femme conserve la propriété ; l'autorisation qu'il donne pour les aliéner a un effet contre lui, en ce sens qu'elle le prive de la jouis-

sance qu'il avait sur le bien aliéné ; il peut, il est vrai, restreindre l'effet de l'autorisation au droit de propriété de sa femme, mais, s'il la donne sans réserve expresse de son propre droit, il habilite par là même sa femme à faire une aliénation complète : c'est-à-dire de la pleine propriété (1).

2° Lorsque les époux sont mariés sous le régime de communauté, le consentement que le mari donne aux actes que fait la femme l'oblige directement lui-même et sur ses propres biens.

Effets du défaut d'autorisation. — Dans l'ancien droit, l'acte émané d'une femme mariée non autorisée de son mari ou de justice était radicalement nul.

Il en résultait qu'il n'était susceptible d'aucune ratification et que toute personne avait qualité pour en demander la nullité.

Cette règle n'existe plus aujourd'hui et l'article 225 du Code civil déclare « que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne pourra être opposée que par la femme, le mari ou leurs héritiers ».

Par la femme, parce qu'elle n'a pas été protégée. Elle peut la demander, alors même qu'elle aurait pris dans l'acte la qualité de veuve ou de fille majeure. C'était aux tiers qui ont contracté avec elle à se renseigner et à ne pas la croire sur parole.

Par le mari, parce que son autorité n'a pas été res-

(1) Mourlon, *Explication du Code Napoléon*.

pectée et que d'ailleurs l'acte accompli par la femme peut lui causer un préjudice pécuniaire ; mais il ne peut exercer son droit que pendant le mariage, c'est-à-dire tant que dure sa puissance ; car, après le mariage, il n'y a plus d'autorité maritale à faire respecter et les actes faits par la femme à cette époque ne peuvent plus porter atteinte à ses intérêts pécuniaires.

Quant aux héritiers si l'action en nullité leur est accordée c'est parce qu'ils succèdent à tous les droits de leur auteur et peuvent par suite exercer l'action en nullité qu'ils trouvent dans la succession.

Telles sont les personnes qui peuvent invoquer le défaut d'autorisation.

Enfin notons que cette nullité, comme toutes les nullités relatives, est susceptible de se couvrir, soit par une ratification expresse, soit par une ratification tacite.

Nous avons ainsi terminé l'exposé du système de l'autorisation maritale dans le Code civil.

Il reste maintenant à nous demander si les règles posées par les rédacteurs du Code civil sont bien en harmonie avec la conception actuelle du rôle de la femme dans le mariage et si les jurisconsultes modernes ne sont pas en désaccord avec le droit du XIII^e siècle.

CHAPITRE III

CRITIQUE DU CODE CIVIL.

Sans chercher à entrer dans les détails, nous nous sommes contenté jusqu'ici d'étudier le système du Code, réservant pour plus tard nos critiques. De cette étude, il ressort que la femme a été traitée assez sévèrement par nos législateurs modernes et qu'elle est demeurée dans le mariage sous la tutelle de son mari.

Sans doute, on ne dit plus que « la femme est haineuse et nourissante de mauvaieseté » ; mais nos lois la considèrent toujours comme un être « qui n'est ni ferme ni estable ».

Les rédacteurs du Code civil sont tombés dans la même erreur que les législateurs anciens, en faisant ou tout au moins en paraissant faire de la femme un être inférieur.

Certes, je ne vais pas jusqu'à dire que la théorie du Code soit aussi dure que celle du XVI^e siècle. Elle a reçu beaucoup d'améliorations ; mais est-elle en harmonie avec les tendances actuelles ? est-elle le dernier mot de l'évolution ? Il est, je crois, difficile de l'affirmer dans l'état actuel de nos lois. On comprend d'autant moins les appréhensions du Code contre la

femme mariée qu'il laisse toute liberté à la fille ou à la veuve.

Sous l'empire de notre législation, la femme qui n'est point engagée dans les liens du mariage est, au point de vue du droit civil, à peu près assimilée à l'homme.

Ce sont les lois françaises modernes qui ont réalisé pour la femme cette précieuse conquête.

Les lois des 8 et 15 avril 1791 ont assuré aux filles des droits égaux à ceux de leurs frères dans la famille.

La loi du 17 nivôse an II vint à la fois compléter et consolider cette situation nouvelle faite à la femme, l'égalité dans les droits héréditaires des deux sexes fut établie.

Avec sa part conquise et assurée dans la fortune de sa famille, la femme a vu le droit d'en jouir et d'en disposer librement également reconnue et assurée par nos Codes.

Désormais la voilà munie de la même capacité civile que l'homme ; elle peut faire le commerce, tenir une maison de banque, comparaitre devant la justice, soit comme partie soit comme témoin ; elle peut même plaider sa cause elle-même.

Enfin elle peut agir devant les tribunaux comme mandataire et s'engager pour autrui.

La voilà désormais affranchie de l'édit *de postulando*, des derniers vestiges du sénatus-consulte Velléien, des *virilia officia* dans le domaine des relations civiles ; en un mot de toutes les entraves imaginées par le droit romain.

Mais cette femme vient-elle à se marier, elle se verra immédiatement dépouillée par la loi de la plupart des droits qui lui appartenait encore un instant avant son union et désormais elle devra solliciter une autorisation dont elle n'avait nul besoin auparavant.

« Ce contraste, dit M. Paul Gide, entre l'incapacité de la femme mariée et la capacité de la femme libre est assurément l'un des traits les plus caractéristiques de notre droit moderne.

« Dans les deux anciennes législations d'où émanent les divers Codes qui régissent aujourd'hui l'Europe, ce contraste n'existait point encore : on ne le retrouve ni dans la jurisprudence romaine, ni dans les coutumes barbares. L'épouse, à Rome, n'était soumise, dans l'administration de sa fortune personnelle, à aucune autorité maritale, et les lois qui la frappaient d'incapacité, tel que le sénatus-consulte Velléien, atteignaient aussi la fille et la veuve. Chez les Germains, le pouvoir marital n'était qu'une variété de cette puissance aux formes diverses, qui, sous le nom de *mundium*, pesait sur la femme depuis sa naissance jusqu'à sa mort. Dans la loi moderne, ce n'est plus la femme qui est incapable c'est l'épouse. L'incapacité du sexe ne commence qu'avec le mariage et elle finit avec lui (1). »

Justifier les motifs qui ont poussé les rédacteurs de notre Code à établir une telle différence entre la femme

(1) Paul Gide, *De la condition privée de la femme*, p. 423.

non mariée et l'épouse n'est donc pas une tâche facile.

Certains jurisconsultes ont pourtant essayé de concilier ces divers principes ; mais leurs explications ne présentent que peu de valeur.

Pour eux, si la fille majeure peut disposer de son patrimoine, c'est parce qu'elle proclame sa capacité en gardant son indépendance, tandis que l'épouse avoue au contraire son infirmité en cherchant un protecteur par le mariage.

Outre que cette théorie me paraît peu conforme à la réalité des choses, elle aboutirait à des conséquences injustes et conduirait à déclarer « que la vieille fille est plus capable que l'épouse et que la mère, parce qu'elle abdique la part la plus grande, la plus belle et la plus difficile de la mission féminine (1) ».

En réalité, il semblerait au contraire que l'épouse eut besoin de moins de protection que la fille ou la veuve, puisqu'en se mariant elle prenait un compagnon qui pouvait la soutenir dans les luttes de la vie journalière et l'aider de ses conseils.

Cette explication une fois rejetée, comment justifier les principes qui ont fait pousser si loin l'incapacité de la femme mariée. La pensée des auteurs du Code civil à cet égard n'est pas facile à démêler. « Il faut bien le dire, cela n'est pas très net ni très clair », déclare M. Demolombe après de nombreuses recherches (2).

(1) Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*.

(2) Demolombe, IV, p. 136.

Quelque envie qu'on ait de justifier les rédacteurs du Code, il serait difficile d'affirmer qu'ils ont donné les preuves d'une grande logique et établi une théorie bien définie.

Ils semblent au contraire avoir eu recours à un procédé éclectique qui n'est pas toujours exempt de contradictions et d'incohérence. Cédant à l'influence du milieu, ils ont commencé par considérer la femme comme un être ordinaire jouissant de la plupart des droits concédés au sexe masculin ; puis, amenés à discuter les règles de l'autorité maritale, ils se sont trouvés en contact avec des principes contradictoires et se sont laissé entraîner dans des voies différentes.

Au lieu d'adopter exclusivement, tout en les élargissant, les principes si nets et si précis posés par Beaumanoir, ils se sont laissé influencer par les idées préconçues de la réaction romaine et sont tombés dans les mêmes erreurs que les juristes du XVI^e siècle.

Ils n'ont pas assez vu que l'autorisation maritale était fondée sur une base unique : l'unité de direction dans le ménage ; les époux, en se mariant, forment une société où chacun des associés possède des attributions différentes : au mari d'acquérir des biens, à la femme de les conserver.

« Chargée d'édicter une présomption générale, la loi consulte la nature ; et, comme elle rencontre dans l'homme plus de raison et plus de force, elle décide qu'il sera le chef de l'union, parce qu'il sera plus apte à

la conduire à travers les difficultés. Sans doute la femme pourra quelquefois être supérieure à son mari dans l'administration des affaires ; mais ce sera un fait anormal et la loi doit prévoir dans ses présomptions non les cas particuliers et exceptionnels, mais les événements généraux et ordinaires de l'humanité (1). » L'autorisation maritale repose sur une fiction de la loi qui n'a point sa source dans l'incapacité de la femme et qui, comme toutes les fictions doit être réduite à sa stricte limite. Or nous trouvons dans le Code civil de nombreuses règles qui ne cadrent point avec cette idée et qui ne peuvent s'expliquer que par une pensée de méfiance et de protection.

Comment expliquer autrement l'autorisation supplétive de justice, ou justifier la défense faite au mari de donner une autorisation générale à sa femme, et encore d'autres règles surannées qui méritent d'être rayées de nos lois ?

Dans le Code civil, l'autorisation de justice joue un rôle analogue à celui qu'elle remplissait dans l'ancien droit.

Elle peut être envisagée sous deux aspects : soit qu'elle intervienne pour briser le refus injuste du mari ; soit qu'elle ait pour but de suppléer à l'absence ou à quelque incapacité du mari.

Sur le premier point, le Code civil a bien fait de con-

(1) Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*.

server l'autorisation de justice, car elle est fort légitime et aussi nécessaire au XIX^e siècle qu'au XIII^e siècle.

Il n'y a là qu'une règle d'équité qui permet à la femme de se soustraire à la tyrannie du mari.

Mais nous ne nous montrerons pas aussi enthousiastes pour l'autorisation de justice dans sa deuxième forme, car elle n'aurait pas dû reparaitre dans notre Code.

Les principes du droit moderne auraient dû avoir pour conséquence de faire rayer de nos institutions toutes les règles basées sur une prétendue idée d'infériorité de la femme.

Il n'en a malheureusement rien été et le Code, non content de reproduire les anciennes règles, les a plutôt aggravées en décidant qu'il n'appartient plus au mari mineur d'autoriser sa femme.

Le Code civil a donc maintenu les anciennes applications de l'autorisation supplétive de justice au cas d'absence et d'interdiction du mari et de condamnation à une peine afflictive ou infamante.

En faisant de la femme de l'absent une incapable, le Code est venu se donner un démenti à lui-même ; car l'article 141 déclare, en termes très nets, qu'au cas d'absence du père, la mère aura la surveillance de ses enfants mineurs et exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

Ce texte semble dire très clairement qu'au cas où,

dans la société conjugale, l'un des associés fait défaut, l'autre le remplace et jouit de toutes les prérogatives attachées à la situation.

La solution de l'article 222 est d'autant plus surprenante que l'on peut considérer l'exercice de la puissance paternelle comme une fonction très délicate, et l'on comprend difficilement, qu'après avoir reconnu à la femme mariée cette faculté on lui dénie le droit d'accomplir sans l'autorisation de justice les actes les plus urgents, au cas d'absence du chef de l'association conjugale.

Mais c'est surtout à propos de l'interdiction du mari que la règle de l'autorisation de justice aboutit aux conséquences les plus étranges et les plus contradictoires.

L'article 507 du Code civil déclare que la femme pourra être nommée tutrice de son mari interdit et elle se trouve alors dans la situation suivante : en tant que femme mariée, elle demeure incapable et par conséquent elle est soumise à la nécessité de l'autorisation ; mais en tant que tutrice elle remplace le mari et a le droit d'administrer les biens personnels de celui-ci ou les biens de la communauté ou même ses propres biens sans avoir besoin d'aucune autorisation.

Il résulte de là que la situation de la femme peut être envisagée sous un double aspect, suivant qu'on la considère en tant que femme mariée ou en tant que tutrice, sans que cependant rien ait été changé dans sa personnalité.

Certains juristes ont bien essayé d'expliquer la contradiction qui résulte des articles 222 et 507, en déclarant que « la femme tutrice de son mari n'est pas pour cela relevée de l'incapacité qui s'attache à sa qualité de femme mariée. Mais ils ajoutent que cette incapacité ne s'applique pas aux obligations dont elle est tenue comme tutrice envers l'interdit.

Ces obligations, en effet, ne sont pas par elle contractées, elles naissent de l'autorité seule de la loi ; elles se forment donc indépendamment de toute autorisation de justice (1). »

Malgré cette explication fort subtile, nous n'en considérerons pas moins l'article 222 comme illogique, car il est peu raisonnable de considérer la femme comme une incapable et cependant de lui confier une tutelle.

Les rédacteurs du Code civil ne se sont pas contentés de maintenir le principe de l'autorisation supplétive de justice dans ses anciennes limites, ils ont au contraire étendu cette autorisation en décidant que le mari mineur ne pourrait pas autoriser sa femme.

Nous savons, en effet, que l'ancien droit reconnaissait comme valable l'autorisation donnée à la femme par le mari mineur et c'était très juste sous une législation qui fondait la nécessité de l'autorisation sur la seule puissance maritale. Seulement il résultait, de la combinaison de ce principe avec cette autre règle que les

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. II, n° 279 bis.

actes passés par les mineurs ne peuvent leur préjudicier, une grande fragilité des actes faits par la femme autorisée de son mari mineur.

Supposons le mari consentant à la vente d'un immeuble de sa femme : si la valeur donnée en échange n'était pas parfaitement égale, et si la communauté, par suite, en éprouvait quelque préjudice, comme les mineurs étaient restituables contre tous les actes qui leur préjudiciaient, l'autorisation qu'il avait donnée était rescindée, la femme se trouvait par là avoir contracté sans autorisation et par conséquent la vente était nulle.

Cette règle s'est maintenue jusqu'au XVIII^e siècle, ainsi que l'atteste un passage de Pothier qui nous dit « que la femme majeure étant capable par elle-même d'aliéner ses immeubles, et n'ayant besoin pour le faire valablement que de l'autorisation de son mari ; l'aliénation qu'elle en a fait, autorisée de son mari quoique mineur, est valable et elle ne peut pas se faire restituer contre ».

Les rédacteurs du Code, en rejetant cette solution et en déclarant que le mari mineur ne pourrait plus autoriser sa femme, ont accentué l'idée de protection et ont porté une nouvelle atteinte à la conception primitive de l'autorisation maritale si juste et si nette.

La *levitas animi* des Romains a donc influencé nos législateurs et elle se trouve au fond même du principe de l'autorisation maritale, malgré les affirmations contraires de certains auteurs, qui ne discutent la question

qu'au point de vue abstrait et qui continuent à soutenir que l'autorisation maritale dans le Code civil a pour unique fondement la subordination de la femme au mari.

Les rédacteurs du Code ont fait de la femme mariée une véritable incapable ; à cette incapable ils ont attribué comme protecteur le mari d'abord, et pour le suppléer la justice (1).

L'étude des travaux préparatoires en fournit du reste la preuve et c'est Portalis lui-même qui a posé le principe, dans son exposé des motifs, en déclarant que « la femme a besoin de protection, parce qu'elle est plus faible (2) ».

(1) Nous trouvons encore une preuve de cette idée dans la règle de la spécialité de l'autorisation. Cela résulte de la combinaison de l'article 217 avec l'article 219. Le Code exige le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, ce qui implique la nécessité d'une autorisation spéciale. La jurisprudence est conforme. Un jugement du Tribunal de Bordeaux autorisa une femme mariée à « traiter et à transiger avec le sieur B... ou toute autre personne, aux clauses et conditions qui lui paraîtraient les plus avantageuses à ses intérêts ». La Cour de Bordeaux prononça la nullité de cette autorisation parce qu'elle donnait trop de latitude à la femme pour répondre au but de la spécialité.

Nous avons vu au contraire que dans le droit du XIII^e siècle l'autorisation maritale n'était pas soumise à la règle de la spécialité et qu'elle pouvait être donnée en termes quelconques.

C'est lors de la réaction romaine qu'est apparue une règle nouvelle. Toutefois on discutait la question de savoir si l'autorisation générale accordée par contrat de mariage était valable (Duplessis, *Traité de la communauté*, livre I^{er}, ch. V ; Bourjon, t. I, p. 588). Le Code civil a mis fin à la controverse par les articles 223 et 1538.

(2) Exposé des motifs par Portalis au Corps législatif, séance du 16 ventôse an XI.

La même idée ressort aussi clairement du rapport du tribun Gillet, qui nous dit : « qu'il a paru à la majorité de la section comme aux auteurs du projet que cette indépendance absolue des biens paraphernaux choquait les idées établies sur la protection que le mari doit à son épouse.

Comment cette protection serait-elle entière et efficace s'il ne pouvait empêcher sa femme de perdre sa fortune par des dispositions imprudentes (1). »

Mais, si les rédacteurs du Code civil ont fondé l'autorisation maritale sur l'infériorité et la faiblesse du sexe féminin, il est certain que tel n'est pas, et ne peut pas être aujourd'hui, dans notre législation, le fondement de l'incapacité de la femme mariée, et la loi du 6 février 1893, qui a restitué à la femme mariée séparée de corps sa pleine capacité en est la meilleure preuve.

M. Paris, lors de la discussion de cette loi devant le Sénat, a fort bien montré quel était le fondement de l'autorité maritale. « D'où vient donc, dit-il, que la femme en se mariant cesse de conserver sa capacité pleine et entière ? Du moment où le mariage est contracté, il se forme une société, et dans toute société, il faut un chef qui la gouverne. Quel que soit le régime adopté par les époux, communauté de biens, simples sociétés d'acquêts, la société conjugale a un fonds commun qui doit être administré, les affaires de la maison doivent sui-

(1) Rapport fait au Tribunat au nom de la section de législation par Gillet en la séance du 23 ventôse an X.

vre une direction unique. Des enfants naissent, il faut assurer leur avenir : le mari à qui la femme a promis respect et obéissance sera le chef de la société naissante. Volontairement, par le fait du mariage, la femme se subordonne au mari et se soumet à son autorité. Tel est le véritable fondement de l'autorité maritale. »

Il est donc bien démontré que l'autorisation supplétive de justice ne cadre plus avec les idées actuelles, qu'elle est en désaccord avec les tendances nouvelles de notre Code, et que, par conséquent, elle devrait disparaître de notre droit. Il en résulterait que la femme mariée, dans les cas prévus par les articles 221, 222 et 224, retrouverait sa pleine capacité et pourrait engager la communauté sans le secours de la justice (1) ou

(1) Cette nouvelle règle serait plus équitable, puisqu'elle permettrait à la femme mariée d'engager la communauté au cas d'absence, d'interdiction ou de minorité du mari. Avec le système actuel l'autorisation de justice ne remplace qu'en apparence celle du mari (la femme autorisée de justice ne peut en effet engager que la nue propriété de ses biens personnels) sauf dans les deux cas prévus par l'article 1427.

1° Pour tirer le mari de prison ;

2° Pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari.

Il est vrai que certains auteurs ont prétendu que l'article 1427 contenait une énumération susceptible de s'étendre dans certaines hypothèses.

Le jurisconsulte Troplong, qui s'est montré partisan de cette opinion, déclare « que ces deux cas ne sont pas limitativement spécifiés : quoiqu'il ne s'agisse pas de pourvoir à l'établissement des enfants, cependant il peut se présenter certaines hypothèses rares à la vérité mais urgentes, où la femme peut, en cas d'absence de son mari, obtenir de la justice l'autorisation de vendre un immeuble de la communauté.

Ainsi, si le juge accorde l'autorisation de vendre afin d'éviter les frais d'une expropriation dont un immeuble de la communauté est frappé, la vente est valable. »

Mais M. Laurent réplique avec juste raison à notre avis « que, si l'on

tout au moins la pleine propriété de ses biens personnels, si l'on craignait de trop augmenter les pouvoirs de la femme.

Cette réforme aurait l'avantage de ramener l'unité dans notre législation et de faire de l'incapacité de la femme mariée une simple règle de subordination comme dans le droit du XIII^e siècle.

Quant à l'autorisation de justice au cas de refus injuste du mari, qui constitue une mesure sage et équitable loin de demander sa suppression, nous proposerons au contraire d'augmenter son étendue, en permettant à la femme d'engager dans ce cas la pleine propriété de ses biens personnels.

Il faut, en effet, remarquer que, dans les différentes hypothèses où la justice autorise la femme, cette autorisation implique que l'acte que la femme veut faire est utile, tant dans son intérêt que dans celui de la famille dont ses intérêts sont une grande partie, et la loi, au lieu de faire produire à cet acte tous les effets qu'il produirait étant fait par un autre, s'abrite derrière la

admet que l'article 1427 est une exception à l'article 1426, la solution n'est pas douteuse. Toute exception est de rigoureuse interprétation, donc aussi l'exception de l'article 1426 ».

Et il est difficile de ne pas voir une exception dans l'article 1427 quand on le met en rapport avec l'article qui précède.

Duvergier, le rapporteur du Tribunal, le dit formellement. La femme ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari, telle est la règle. Voici l'exception : « à l'égard des biens de la communauté il n'y a que deux cas où l'autorisation du juge puisse remplacer l'autorisation maritale : pour tirer son mari de prison, et, si le mari est absent, pour établir les enfants communs. » Duvergier, rapport, n^o 18, Loqué, t. 6, p. 419.

puissance maritale, et ne lui accorde aucun effet contre les droits du mari sur les biens de sa femme.

La justice remplace bien le mari dans l'exercice de la puissance maritale, mais il suffit d'un simple refus opposé injustement par celui-ci pour que l'autorisation accordée par la justice n'ait plus pratiquement presque aucune valeur, surtout dans le régime de droit commun.

Pour que l'autorisation de justice soit accordée d'une manière efficace et pour que l'intérêt de la femme soit réellement sauvegardé, nous voudrions que l'effet de cette autorisation fût de la même étendue que celui de l'autorisation du mari, et que les actes passés par la femme autorisée de justice engageassent la pleine propriété de ses biens personnels.

En ce qui concerne l'action en nullité prévue par l'article 225 du Code civil, certains auteurs ont voulu voir là une conséquence de l'incapacité de la femme mariée.

Sur ce point, nous réserverons nos critiques, car le système actuel, qui donne l'action en nullité à la femme, au mari et à leurs héritiers n'est peut-être pas en parfait accord avec le principe de subordination posé par l'ancien droit ; mais il présente de grands avantages qui nous font hésiter à l'écarter.

Logiquement le principe que nous avons posé conduirait à accorder l'action en nullité au mari seul et c'est à cette conclusion qu'étaient arrivés Beaumanoir(1)

(1) Ch. XLIII, n° 28.

et Guy Coquille (1) ; mais cette théorie avait l'inconvénient de ne donner à l'autorisation maritale qu'une sanction insuffisante, puisqu'elle permettait à la femme d'échapper, dans une certaine mesure, aux conséquences de l'autorisation maritale, en lui permettant de rejeter l'exécution de ses engagements à une époque postérieure à la dissolution du mariage.

Au contraire, avec le système du Code, les tiers qui traitent avec la femme non autorisée du mari ou de justice ne sont jamais assurés d'obtenir l'exécution des engagements qu'ils ont contractés même après la dissolution du mariage.

Ils n'ont donc qu'une ressource pour se mettre à l'abri de l'action en nullité, c'est de faire autoriser la femme par le mari ou la justice.

« Ainsi conçu, dit M. Lemierre, l'article 225 nous apparaît comme une disposition prévoyante, conforme aux intérêts du mariage beaucoup plutôt qu'à ceux de la femme seule. Il importerait seulement de l'appliquer en ce sens et non de l'interpréter comme une simple mesure de faveur pour la femme. Pour obtenir ce résultat, il suffirait de permettre au mari de couvrir la nullité de l'acte accompli sans autorisation, non seulement quant à lui-même, mais encore quant à la femme. En ratifiant l'acte accompli il en assurerait ainsi l'entière validité.

Cette solution, généralement rejetée par les auteurs et

(1) Guy Coquille, *Questions et réponses*.

la jurisprudence, présenterait un double avantage : tout d'abord elle serait en conformité parfaite avec le principe de l'autorisation, telle que nous la comprenons, c'est-à-dire fondée sur la seule puissance du mari.

En second lieu, les tiers également pourraient avoir intérêt, après avoir traité de bonne foi avec la femme, à obtenir du mari une confirmation qui le mettrait à l'abri d'une action en nullité.

En résumé, le système de l'article 225 nous paraît bon en lui-même : il n'implique pas nécessairement l'incapacité naturelle de la femme ni le besoin de la protéger. Il importerait seulement de l'entendre toujours dans ce sens (1) ».

Les différentes critiques que nous venons de formuler contre le système de l'autorisation maritale ne sont pas du reste purement spéculatives, car elles ont reçu un commencement d'exécution dans le nouveau Code civil italien qui a rejeté les idées de faiblesse du sexe pour ne fonder l'autorisation maritale que sur une règle de discipline domestique.

Ainsi constitué, le système italien est assurément supérieur au nôtre, car il a su se débarrasser des influences diverses qui étaient venues obscurcir le principe primitif de l'autorisation maritale, et il serait à souhaiter que notre Code, lors d'une prochaine refonte, suivît cet exemple (2). Il échapperait ainsi à la plupart des

(1) Lemierre, *De l'autorisation de la femme mariée par justice*.

(2) Dans le même ordre d'idées il faut citer les législations espagnole

critiques qui ne lui ont pas été épargnées et qui l'ont fait traiter « de législation sans système ».

et portugaise.

Code portugais 1166 : « La femme ne peut contracter de dettes sans l'autorisation de son mari, à moins qu'il ne soit absent ou empêché et qu'en raison du motif pour lequel la dette est contractée, il soit impossible d'attendre son retour ou la cessation de l'empêchement. »

CHAPITRE IV

DE L'AUTORISATION MARITALE DANS LES DIFFÉRENTES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Les adversaires du principe de l'autorité maritale affirment qu'il y a là une institution surannée destinée à disparaître d'un instant à l'autre et dont l'influence perd de jour en jour du terrain.

Mais il faut reconnaître que ces critiques sont exagérées et que l'autorisation maritale a conservé une assez grande vitalité chez les nations du groupe latin.

Il est vrai qu'elle a disparu des législations anglaise et américaine, mais il faut observer que celles-ci émanent d'un groupe différent de celui auquel nous appartenons, groupe dont les idées peuvent sur ce point ne pas être en concordance avec les nôtres.

En *Italie* nous trouvons encore à l'heure actuelle le principe de l'autorisation maritale, mais dans des limites plus étroites qu'en France.

Il s'en est même fallu de peu qu'il ne disparût complètement, car le projet Miglietti proposait la suppression pure et simple de l'autorisation maritale pour la femme. Elle se fût trouvée ainsi tout à fait émancipée et aurait pu contracter à sa guise des engagements quel-

conques et aliéner ses biens sans que le mari eût le droit d'intervenir. Un projet de réforme aussi radical ne fut pas sans soulever de nombreuses protestations.

M. Stefani Nucolosi s'éleva contre ce projet et déclara qu'il y avait là une attaque directe dirigée contre la famille, et que le maintien de cette autorisation était une nécessité d'ordre public.

M. Buniva protesta aussi dans son examen du projet, et déclara qu'il était impossible d'apercevoir les inconvénients de l'autorisation maritale, admise sans difficulté dans la plus grande partie de l'Italie, et plus impossible encore de comprendre les motifs qui avaient poussé la commission à en proposer la suppression.

Bref l'autorisation maritale a été maintenue en Italie, mais dans des limites beaucoup plus étroites qu'en France. C'est ainsi que l'article 134, § 2 accorde au mari le droit de donner à la femme par acte public une autorisation générale qu'il pourra sans aucun doute révoquer, mais qui vaudra non seulement pour les faits d'administration, mais encore pour ceux d'aliénation.

Nous savons au contraire que l'article 223 du Code civil français ne permet de stipuler une autorisation générale même par contrat de mariage que quant à l'administration des biens de la femme.

De plus l'article 135 du Code italien déclare que l'autorisation du mari n'est pas nécessaire :

1° Quand il est mineur, interdit, absent, ou condamné à plus d'une année de prison, mais alors seulement pendant la durée de la peine.

2° Quand il y a eu séparation de corps motivée par la faute du mari.

3° Quand la femme fait le commerce.

Sur ces points, fait observer M. Paul Gide, le Code italien déroge au Code français. En premier lieu il n'exige plus une autorisation spéciale, il n'impose plus au mari l'obligation d'intervenir comme un tuteur dans tous les contrats que sa femme aura souscrits. Désormais le mari qui s'absente ou dont quelque affaire personnelle réclame tous les soins pourra, en confiant à sa femme une autorisation générale, la laisser libre de veiller à ses intérêts elle-même et de disposer de ses biens à son gré.

Cette autorisation générale n'est point, comme il pourrait le sembler au premier abord, une abdication détournée du pouvoir marital, car, fût-elle donnée dans le contrat de mariage, le mari est toujours maître de la révoquer pour l'avenir.

Il faut encore remarquer que la loi italienne confère à la femme le droit d'agir seule et sans contrôle toutes les fois que le mari est lui-même incapable ou indigne de l'autoriser.

« Il est un cas cependant, continue M. Paul Gide, où le Code exige l'assistance des tribunaux : c'est celui où la femme a ses droits à défendre contre son mari et où suivant les termes de l'article 136 « il y a opposition d'intérêts entre les deux époux ».

C'est ici que le législateur italien cesse de se fier à la

prudence de la femme et croit le moment venu de la protéger. Assez prudente, assez sérieuse pour agir au besoin sans son mari et se passer de son secours, la femme ne le sera peut-être plus assez pour agir contre lui et résister à son influence.

Tel est le système de la loi italienne ; c'est précisément l'inverse de celui qu'ont admis nos législateurs. Chez nous, la femme se trouve-t-elle privée de l'assistance maritale, le législateur la considère comme incapable et la place sous la tutelle des tribunaux ; se trouve-t-elle en conflit d'intérêts avec son mari, s'agit-il pour elle de contracter avec lui, de s'obliger pour lui, le législateur l'abandonne à elle-même la jugeant sans doute suffisamment capable pour débattre ses droits contre son époux et son maître.

Enfin notons que, d'après l'article 225 du Code civil français, la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari, ou leurs héritiers ; or comme il est presque impossible de trouver une hypothèse où les héritiers du mari aient intérêt à exercer cette action, les auteurs admettent en général que c'est par une erreur de rédaction que l'article 225 donne cette action aux héritiers du mari ; aussi le Code italien n'a pas voulu reproduire cette erreur et déclare que cette nullité ne peut être proposée que par le mari, la femme et ses héritiers.

La *Belgique* est encore régie, sauf sur quelques points spéciaux par le Code civil français primitif. Les règles

établies pour la France relativement au mariage y sont en vigueur presque sans aucune modification ; mais l'autorité maritale a été vivement attaquée ces derniers temps par M. Laurent, le distingué jurisconsulte belge, quand il fut chargé de présenter un projet de réforme du Code civil. Il adopta comme point de départ l'idée primitivement proposée par Cambacérès dans son projet de Code civil. Il s'élève contre le principe de l'autorité maritale et se montre partisan d'un régime établissant l'égalité entre époux ; il propose comme régime légal : la communauté universelle de tous les biens meubles et immeubles présents et à venir avec égalité absolue entre les deux époux. Telle est la base du système de M. Laurent. Les articles 211 à 216 consacrés aux droits et devoirs respectifs des époux ne contiennent plus les règles d'autorisation maritale que nous trouvons dans notre Code.

Pour lui, la puissance du mari n'est pas fondée sur une idée d'incapacité de la femme, ni sur la nature du mariage, mais seulement sur une idée de force. Or cette idée va s'atténuant suivant le niveau de culture intellectuelle ou morale.

Le jurisconsulte belge va-t-il aboutir à cette conclusion que chacun des époux doit être absolument livré à lui-même ? Non ; car les parties sont libres de faire un contrat de mariage et de régler dans quelle mesure les biens tomberont en communauté, ce qui restreindra ou augmentera les pouvoirs de l'un des conjoints. Sous le

régime de la communauté universelle proposé comme régime légal, « la communauté est administrée par les deux époux conjointement » ; mais M. Laurent se rend bien compte aussitôt que cette administration deviendrait impossible, si les deux époux devaient concourir à chaque acte ; aussi est-il obligé de modifier légèrement sa première conception, et de distinguer « les actes d'administration journalière et les actes d'administration définitive. Les premiers sont une dépendance du ménage, il est donc logique de les attribuer à la femme ».

La femme, dans cette administration journalière, ne joue pas le rôle de mandataire comme dans notre Code, mais a des pouvoirs propres comme associée.

Quant aux actes d'administration définitive, il faut, pour les faire, le concours des deux époux.

Enfin, notons que M. Laurent permet à l'un ou l'autre des conjoints d'administrer seul, au cas d'absence ou d'interdiction de l'autre époux.

Il est facile de se rendre compte par l'exposé de ce système que le mari est complètement déchu de son pouvoir sur les biens communs ; c'est même la femme qui est avantagée, puisqu'on lui confie, sans le moindre contrôle, toute l'administration courante. On ne fait peut-être pas assez entrer en ligne de compte, pour les affaires plus importantes, l'expérience que peut avoir le mari, et, non seulement il doit prendre l'avis de sa femme ; mais, en cas de dissentiment, il n'a pas voie prépondérante.

En cas de désaccord entre le mari et la femme, ce sera à la justice de statuer : « quand un des époux refuse de consentir à un acte juridique qui doit se faire par leur concours, le mari ou la femme qui veut passer outre citera son conjoint en conciliation. Si le juge de paix ne parvient pas à concilier les parties, la demande sera portée devant le tribunal d'arrondissement du domicile commun. Les époux seront entendus en la chambre du conseil et le tribunal décidera, sur les conclusions du ministère public, si l'acte peut être fait, en prenant en considération l'intérêt de l'époux demandeur et celui de la famille. »

Ce projet de Code civil n'a pas encore été adopté en Belgique où il ne parait pas recueillir tous les suffrages et il est à présumer que, malgré les idées originales qu'il renferme, il ne renversera pas le principe de l'autorité maritale qui est profondément ancré dans la législation belge.

En *Espagne* le mari est l'administrateur des biens de la communauté, sauf stipulation contraire. S'il a moins de dix-huit ans accomplis il ne peut faire aucun acte d'administration ni ester en justice sans l'autorisation de son père ou de sa mère ou de son tuteur.

Le mari est de plus le représentant de sa femme ; celle-ci ne peut, sans son autorisation, ester en justice, ni personnellement ni par procureur.

Néanmoins elle n'a pas besoin de cette autorisation pour se défendre en justice au criminel ou pour plaider

comme demanderesse ou comme défenderesse contre son mari, ou quand elle a obtenu « l'habilitation spéciale prévue par le Code de procédure civile ».

De même la femme ne peut, sans l'autorisation du mari, acquérir à titre gratuit ou onéreux, aliéner ses biens ou s'obliger en dehors des cas et des limites prévus par la loi.

En *Russie*, malgré le mariage, les intérêts des époux restent complètement séparés ; le mari et la femme peuvent aliéner leurs biens comme bon leur semble directement et en leur nom personnel, sans avoir besoin de leur consentement mutuel.

Il en découle que la femme n'a besoin d'aucune autorisation même pour passer des contrats avec son mari et pour lui consentir une hypothèque.

Le régime légal en Russie est le régime de séparation de biens : mais en fait les futurs époux ont presque toujours recours à la communauté ; mais même dans ce dernier cas il n'en demeure pas moins que la femme, sauf les conséquences qui peuvent découler de son devoir d'obéissance, jouit en Russie d'une indépendance plus grande que dans les nombreux pays où sont encore en vigueur l'autorisation maritale et la tutelle maritale.

En *Suisse*, les législations des différents cantons sont d'accord sur un point : c'est pour obliger les époux à vivre en commun et à se garder mutuellement fidélité.

Mais, sur les autres questions, l'accord est loin d'être

aussi parfait. En général cependant la femme ne possède qu'une capacité limitée.

Toutefois, quelques lois cantonales accordent à la femme des droits plus larges que ceux qu'elle possède en France ; il en est ainsi notamment dans les cantons de Glaris et de Lucerne.

Le Code civil du canton de Glaris, voté en 1870 par la Landsgemeinde déclare que le mari est de plein droit le tuteur de sa femme.

En cette qualité il administre les biens qu'elle a apportés en mariage ou qui lui sont échus pendant sa durée : mais il faut noter que les propres de la femme sont soustraits à la tutelle et à l'usufruit de son mari, et l'on fait rentrer dans cette catégorie les bijoux, les vêtements, les économies qu'elle possédait au moment de son mariage, et même les cadeaux qui lui ont été faits par des tiers.

La femme possède sur ces biens une véritable maîtrise et peut en disposer librement.

Dans le canton de Lucerne, c'est la loi du 16 novembre 1880 qui a réglementé la puissance maritale. Cette loi donne à la femme des droits analogues à ceux accordés par le code du canton de Glaris et lui confère même en plus la libre disposition du gain provenant d'un commerce qu'elle fait pour son propre compte et une partie de sa fortune qui ne peut dépasser le tiers, et dont elle a la garde.

En *Autriche*, nous ne trouvons trace dans les lois

ni d'autorisation, ni de tutelle maritale. En l'absence de contrat de mariage, chaque époux conserve ses droits de propriété préexistants, et l'un d'eux n'a aucun droit à opposer sur ce que l'autre acquiert ou ce qui lui échoit de n'importe quelle manière. La capacité de la femme ne reçoit d'atteinte que dans un cas : c'est quand elle est mineure ; mais c'est parce qu'elle est mineure et non parce qu'elle mariée : c'est ce qui ressort de la lecture des paragraphes 173 et 260 du Code autrichien.

§ 175. « Quand une mineure se marie, elle passe, quant à sa personne, sous la puissance de son mari ; mais quant à sa fortune le père conserve jusqu'à la majorité les droits et les devoirs d'un curateur ; si le mari meurt tandis qu'elle est encore mineure, elle retombe sous la puissance paternelle. »

§ 260. « Quand une mineure se marie, il appartient au juge de décider si le père doit céder la curatelle au mari. »

En ce qui touche l'administration des biens, la femme est présumée l'avoir conférée au mari comme à son représentant légal. En cette qualité le mari est assimilé à un administrateur ordinaire dûment autorisé de la fortune d'autrui ; mais il n'est tenu que du fond même ou du capital.

Dans les cas urgents ou dans de graves dangers, le mari peut être privé de l'administration de la fortune encore qu'elle lui ait été accordée formellement et pour toujours.

En *Allemagne* la femme, après avoir été longtemps considérée comme une inférieure et soumise jusqu'à l'heure actuelle à une sévère discipline, va voir augmenter sa capacité dans une très large mesure avec la promulgation du nouveau Code civil allemand qui entrera en vigueur en 1900.

Le principe de l'autorité maritale est maintenu dans ce Code et le régime légal, au cas où les époux n'en auraient choisi aucun, est celui de l'union des biens. Chacun des époux conserve la propriété de ses propres; mais c'est le mari qui administre et qui a la jouissance des deux patrimoines.

La femme a le droit et le devoir de diriger le ménage commun (art. 1356) et n'est frappée d'aucune incapacité spéciale dérivant du mariage.

Si le mari a le droit de décision dans toutes les affaires concernant la vie commune, s'il peut limiter la capacité de la femme quant à la direction du ménage, s'il peut dénoncer les obligations contractées par la femme et aboutissant à une prestation qu'elle doit faire en personne, la femme trouvera une protection dans le tribunal de tutelle qui peut intervenir pour trancher les différends entre époux.

Si, abandonnant l'Allemagne, nous passons à l'étude des législations anglaises et américaines, nous aurons à enregistrer de nombreuses modifications dans la condition de la femme mariée et nous assisterons à la décadence de l'autorisation maritale.

En *Angleterre*, depuis les temps les plus anciens jusqu'à ces dernières années, l'effet du mariage quant à la personne des époux put se résumer en un seul mot : absorption de la personnalité de la femme par celle du mari avec toutes ses conséquences.

Le mari et la femme ne formaient aux yeux de la loi qu'une seule et même personne ; la femme ne vivait plus en quelque sorte que sous le couvert de son mari ; aussi dans le droit anglais du moyen âge désignait-on cet état sous le nom de « couverture ».

D'après l'ancien droit, le mari ne pouvait rien donner directement à sa femme, ni passer avec elle un contrat, car lui donner ce serait lui reconnaître implicitement une existence, et traiter avec elle ce serait traiter avec lui-même.

Ce mépris de la personnalité était poussé si loin que les violences ou les injures subies par la femme ne pouvaient être ressenties et vengées juridiquement que si le mari éprouvait lui-même le sentiment de l'outrage et jugeait à propos d'en poursuivre la réparation.

Pendant des siècles, la suprématie du mari sur sa femme s'est accusée par la faculté qu'il avait de la soumettre à un châtement domestique modéré.

Depuis lors, ce droit a été formellement contesté au mari et la femme peut obtenir que la paix lui soit assurée par une caution de la part de son mari.

Au point de vue des biens, la femme était complètement absorbée par son mari et comme telle ne pouvait ni contracter, ni tester, ni ester en justice.

Il est vrai, qu'on était arrivé à l'aide de certains expédients à améliorer en réalité la condition juridique de la femme.

Un acte du 9 août 1870 remédia partiellement à la situation, en établissant à certains égards entre les époux un régime analogue à celui de la séparation de biens contractuelle de notre droit français. Seulement, au lieu d'avoir à contribuer aux charges du ménage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus, la femme anglaise ne fut tenue que d'indemniser la paroisse des dépenses faites par celle-ci pour l'entretien du mari et des enfants.

Après une expérience de douze ans, on trouva que le système de 1870 était bien supérieur à l'ancien et une nouvelle loi promulguée le 18 août 1882, a amené de profonds changements dans la législation anglaise et a donné à la femme mariée une indépendance dont elle est encore loin de jouir dans les autres États de l'Europe.

La réaction contre le joug marital a été d'autant plus énergique qu'il avait été plus lourd.

Cette loi du 18 août 1882 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1883 et a établi la séparation de biens avec pleine capacité civile pour la femme.

La femme conserve la propriété et l'usufruit de tous les biens qu'elle possédait lors de son mariage ou qu'elle vient à acquérir plus tard, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux et notamment les salaires provenant de l'exercice de sa profession.

Quant aux dommages-intérêts et frais qu'elle peut encourir, ils demeurent à sa charge personnelle, et elle bénéficie seule de ceux qui lui sont alloués.

Le fait même du mariage n'a donc plus de répercussion sur la propriété des biens de l'un ou l'autre des époux, qui peuvent en jouir et en disposer à leur gré avant comme après le mariage. La législation anglaise a donc subi de grandes modifications au cours de ces dernières années et est passée d'une grande sévérité à une extrême liberté. Il faut reconnaître du reste que cette législation n'a pas été la seule à accorder à la femme une très grande liberté et que sur ce point les lois américaines sont aussi très libérales.

Dans l'*État de New-York* la femme mariée peut ester en justice comme une femme non mariée à raison des dommages causés à ses biens ou à sa personne.

D'après une loi de 1892, la femme mariée peut contracter avec son époux ou avec un tiers dans la même mesure, avec les mêmes effets, et dans la même forme qu'une femme non mariée et elle oblige elle-même et ses biens propres au paiement de la dette contractée.

En *Pensylvanie* la capacité des femmes est réglée par une loi du 3 juin 1887 ; le mariage ne modifie en aucune façon la capacité de la femme : elle peut acquérir, posséder, administrer, disposer de ses biens présents et futurs pour les besoins d'un commerce ou d'une industrie sans qu'elle ait besoin de l'assistance d'aucun « trustee » et avec toutes les conséquences légales de ces ac-

tes. Elle est libre de faire tous contrats et de souscrire tous effets de commerce sans l'autorisation de son mari, et elle a le droit de faire un testament comme une femme non mariée.

Enfin dans la *Colombie* une loi du 1^{er} juin 1896 est venue décider que tous les biens meubles et immeubles qu'une femme peut posséder dans le district, ses revenus, gains, profits de toute nature, tout ce qui lui échoit par achat, donation ou succession, sont et restent nonobstant son mariage, sa propriété exclusive, le mari ne peut en disposer et ses créanciers ne peuvent prétendre de droit que sur ceux des biens de la femme qu'elle tient de son mari.

Enfin la femme mariée a pour passer tous les contrats et pour ester en justice la même capacité que son mari ou que la femme non engagée dans les liens du mariage.

De l'étude des législations étrangères, il semble résulter que le principe de l'autorité maritale est actuellement fort battu en brèche. Respecté en Belgique et en Allemagne jusqu'à nos jours il paraît devoir être fort atteint par la promulgation des nouveaux codes, et nous ne trouvons plus guère que trois nations qui l'acceptent encore plus ou moins nettement : la France, l'Italie et l'Espagne.

Y a-t-il là un indice pour nos législateurs futurs ? devons-nous toujours nous en tenir au vieux principe de la suprématie maritale ou au contraire devons-nous

rejeter ces règles pour nous lancer dans des réformes qui aboutiraient à la pleine indépendance de la femme mariée ? C'est ce qu'il nous reste à décider.

Mais, avant d'aborder cette question, il serait intéressant de démontrer que le Code n'est pas resté aussi réfractaire aux idées de progrès que ses détracteurs veulent bien le dire, et que, sur certains points, des lois nouvelles sont intervenues pour adoucir le principe de l'autorité maritale et pour le mettre en accord avec des données plus justes et plus rationnelles.

CHAPITRE V

DES MODIFICATIONS APPORTÉES AU PRINCIPE DE L'AUTORISATION MARITALE PAR DES LOIS POSTÉRIEURES AU CODE CIVIL.

Tout évolue, disait Héraclite, et le droit comme les autres sciences n'a pas échappé à cet axiome : les lois ne sont que l'expression d'un moment, qu'un point dans l'infini.

Cette vérité générale trouve son application à propos de l'autorité maritale.

Le législateur de 1800 a posé un principe, et ce principe, depuis cette époque, a subi des transformations concordant avec le changement des idées.

L'autorisation maritale, telle qu'elle avait été conçue dans le Code civil, était fort sévère et pouvait être l'expression d'une nécessité qui s'impose moins aujourd'hui.

Le Code avait été rédigé au lendemain de la Révolution, c'est-à-dire à un moment peu favorable aux femmes.

On avait encore le souvenir très vif des scènes de désordres et de pillage dont quelques-unes se rendirent les tristes héroïnes et on était porté à faire retomber sur la

généralité du sexe les excès des Théroigne de Méricourt, des Aspasia Carlemigelli ou des Olympe de Gouges.

D'où une série de règles plus ou moins sévères à l'égard des femmes et notamment une conception fort dure de l'autorité maritale.

Mais aujourd'hui la situation n'est plus la même et les jurisconsultes et philosophes modernes, loin de chercher à rabaisser la femme, rompent au contraire des lances en sa faveur.

« L'heure de la femme a sonné », déclare Stuart Mill (1) et de tous côtés surgissent des défenseurs qui tour à tour prennent la plume pour soutenir la cause du sexe féminin.

Les femmes, à leur tour, se sont précipitées dans la mêlée et s'élèvent en des termes violents contre la situation qui leur est faite actuellement par la loi. « Je vois que, sous votre droit commun de la France, déclare Mme Jenny d'Héricourt, la femme est une nullité, une exploitée, une paria ; — que son mari peut faire don du mobilier commun à sa maîtresse et mettre l'épouse sur la paille ; que son mari peut lui ôter ses vêtements de rechange, ses bijoux, pour en parer sa maîtresse ; — et, comme on lui ordonne l'obéissance et qu'on la met sous le pouvoir de l'homme qui peut être brutal, il est clair qu'elle ne s'avisera pas de refuser l'engagement, l'aliénation la vente de ses biens personnels, et

(1) Stuart Mill, *De l'assujettissement des femmes*.

exposera de la sorte, elle et ses enfants à manquer de tout. Et comme la femme n'est pas la nullité que suppose la loi ; qu'au contraire elle travaille et augmente l'avoir commun, que c'est surtout à elle qu'il est dû ; le mari peut disposer du fruit de ce travail pour payer ses dettes, ses amendes, entretenir des femmes et se livrer à tous les désordres (1). »

Bref il y a actuellement un mouvement très prononcé en faveur de l'émancipation féminine et de l'amélioration de la condition de la femme mariée qui se manifeste dans les conférences, les revues de jurisprudence, dans la presse, dans la littérature, au théâtre et jusqu'au sein du Parlement. Ce mouvement d'opinion favorable à la femme devait avoir sa répercussion dans nos lois et amener un certain relâchement dans la condition juridique de la femme. C'est ce qui est arrivé en effet.

Depuis une vingtaine d'années, diverses réformes ont été accomplies et plusieurs projets fort intéressants attendent un moment favorable pour passer à l'état de lois.

Ces réformes sont de deux sortes. Les unes ont trait à l'extension des droits politiques et sociaux de la femme ; les autres à sa condition juridique en tant que femme mariée.

Dans la première catégorie nous ferons rentrer :

1° La loi du 21 décembre 1880, qui établit pour les femmes l'instruction secondaire.

(1) Jenny d'Héricourt, *La femme affranchie*.

Les femmes réclamèrent longtemps cet avantage sans pouvoir l'obtenir ; ce n'est qu'en 1880, grâce à l'insistance des hommes les plus en vue de l'Université, que le bon sens et la justice renversèrent les obstacles élevés jusque-là, et qu'un véritable enseignement secondaire fut ouvert aux jeunes filles. C'était une conquête fort importante, car elle permettait aux femmes d'élever leur instruction au niveau de l'instruction des hommes.

2° Peu de temps auparavant la loi du 27 février 1880 qui avait créé le conseil supérieur de l'instruction publique, y avait donné aux femmes l'électorat et l'éligibilité.

3° La loi du 9 mars 1891 sur la succession du conjoint prédécédé vint réparer une injustice, en empêchant que la veuve, qui jusque-là n'avait connu que l'aisance, ne fût brusquement plongée dans la misère par la mort de son mari.

4° Dans un ordre d'idées différentes, il faut encore noter la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce et est venue mettre fin à une iniquité en déclarant quant à l'adultère l'égalité civile de l'homme et de la femme.

5° Citons enfin la loi du 29 novembre 1897, due à l'initiative de M. Leconte, député de l'Indre, qui accorda à la femme majeure et jouissant de ses droits civiques la faculté d'être témoin dans les actes de l'état civil et dans les actes instrumentaires en général.

Grâce à ces réformes, la femme a donc obtenu de-

puis quelques années de sérieux avantages, tant au point de vue économique qu'au point de vue social. Il nous reste maintenant à aborder l'étude de lois nouvelles, qui ont dans une certaine mesure dérogé aux principes de l'autorité maritale et augmenté les prérogatives de la femme, en lui donnant dans certains cas des droits semblables à ceux qui appartiennent à la femme séparée de biens.

Je citerai, en première ligne, la loi du 9 avril 1881, qui a autorisé la femme mariée à verser à la Caisse d'épargne postale des sommes qu'elle peut retirer seule sans le concours de son mari, à moins que ce dernier ne fasse opposition.

Cette loi est ainsi conçue (art. 6 § 5) : « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage seront admises à se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leurs maris ; elles pourront retirer sans cette assistance les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts sauf opposition de la part de leurs maris. »

Ce texte établit une double dérogation aux principes ordinaires du droit commun, en enlevant dans une certaine mesure l'administration des biens communs au mari, et en permettant à la femme de se passer de toute autorisation maritale.

Lors de la discussion du projet de loi, quelques juristes se rendirent compte de ces anomalies et en firent la remarque.

« Vous établissez, déclarait M. Le Royer, la confusion

dans le mariage, vous enlevez l'administration au mari, et, dans une association conjugale comme dans toute association, n'est-il pas indispensable qu'il y ait une direction, une administration et non pas la discorde et l'anarchie ? »

Plus tard, M. Testoud, dans la *Revue critique de législation*, émettait une opinion semblable : « ce qui est beaucoup plus difficile à expliquer, disait-il, c'est la conciliation des règles nouvelles avec le droit commun des régimes nuptiaux. On peut accepter à la rigueur que la femme dotale, séparée de biens ou soumise au régime sans communauté, ait la libre administration et la jouissance de certains capitaux peu importants. Il ne faut pas oublier pourtant que la loi des caisses d'épargne est faite pour les classes ouvrières qui ne connaissent guère que le régime de communauté. Or les économies de la femme placées ou non à la caisse d'épargne font, comme celles du mari, partie de la communauté dont il est le chef suprême, et il n'est pas permis de stipuler que la femme administrera la communauté même en partie. Quel renversement des idées juridiques reçues jusqu'ici ! Ce n'est pas seulement une séparation de biens partielle. C'est bien plus ; une communauté dont le mari n'est pas le chef nécessaire et dont l'administration, la jouissance et même la disposition peuvent régulièrement appartenir à la femme. »

Cette situation apparaissait si bien aux yeux de beaucoup que M. Bozérian, comprenant la portée de l'argu-

ment, proposait d'instituer un tribunal qui déciderait entre le mari et la femme, et, suivant que l'un ou l'autre aurait raison, donnerait gain de cause à l'un ou à l'autre. Mais, comme le fit remarquer justement M. Le Royer, ce tribunal n'aurait qu'un but : préparer la séparation de corps entre les époux.

M. Robert de Massy essaya pourtant de justifier la nouvelle loi et tenta de démontrer qu'elle était en parfait accord avec les principes du Code civil. Pour lui, il n'y avait là qu'une application pure et simple de la théorie du mandat. Il y avait là un mandat tacite semblable à celui qui est accordé à la femme pour les dépenses du mariage, ou pour les engagements qu'elle prend dans l'intérêt de la famille.

Malgré ces explications, nous sommes toujours d'avis qu'il y a là une atteinte portée aux principes du Code civil et qu'en réalité on a donné un droit de gestion à la femme sur les petites sommes de la communauté; car les règles du mandat paraissent fort difficiles à appliquer ici.

Quel est en effet le caractère essentiel du mandat? C'est d'être révocable; or ici l'est-il? Théoriquement oui, pratiquement non.

La loi, il est vrai, donne bien une arme au mari en lui permettant de faire opposition.

Dans la pratique, on exige une opposition en règle, comme pour un créancier ordinaire; celle-ci formée, la femme aura un mois pour en demander la mainlevée

et au bout de ce délai, si l'opposition est reconnue valable, le mari pourra retirer l'argent.

Sur ce point, l'autorité du mari est donc sauvegardée ; mais, s'il peut s'opposer au retrait des fonds, il ne pourra jamais en empêcher le dépôt, puisqu'il lui est à peu près impossible de se renseigner sur les agissements de sa femme.

Quant à l'opposition, n'est-elle pas elle-même une arme plus apparente que réelle ? puisqu'elle ne produira sûrement effet qu'à la condition d'être formée simultanément dans toutes les caisses d'épargne de la France.

En réalité, la loi du 9 avril 1881 a dérogé dans une certaine mesure aux principes posés par le Code ; mais faut-il s'en émouvoir ? Assurément non, car la pratique a démontré le bien fondé de cette modification, puisque l'on a remarqué que, dans la plupart des cas où les maris faisaient opposition, on trouvait presque toujours une femme économe et un mari débauché.

De plus, il faut bien observer que ce droit nouveau accordé à la femme ne porte que sur de faibles sommes puisque le maximum ne peut pas dépasser 1500 francs.

En réalité, la législation de 1881 n'a fait que régulariser une situation déjà existante ; car dans la pratique on avait admis l'inscription d'une femme qui se présentait pour se faire ouvrir un livret sous la qualité qu'elle s'attribuait.

On donnait pour motifs de cette tolérance qu'il n'y avait là que des avantages et que l'Administration avait tout intérêt à favoriser ces placements.

Dans le même ordre d'idées, il faut citer deux autres lois qui sont venues déroger au principe primitif de l'autorisation maritale et augmenter les pouvoirs de la femme mariée.

1° L'article 12 du décret du 31 août 1878, qui règle la condition des transportés concessionnaires de terrains dans les colonies pénitentiaires, décide que « la femme transportée qui est mariée, et à laquelle une concession provisoire ou définitive est accordée, est dispensée de l'autorisation maritale et de celle de la justice pour tous les actes relatifs à l'administration, à l'exploitation et à la jouissance de la concession, si le mari ne réside pas dans la colonie ».

2° Ajoutons la loi du 20 juillet 1886, relative à la Caisse nationale de retraite pour la vieillesse, qui contient des dispositions analogues à celle du 9 avril 1881 (1).

Enfin il reste à nous occuper d'une loi fort importante : la loi du 6 février 1893 qui est venue affranchir la femme séparée de corps de toute autorisation dans la gestion de son patrimoine.

Il y a là le symptôme d'une conception toute nouvelle de la puissance maritale et qui pourrait amener de profonds changements en cette matière.

On n'est arrivé en France à cette solution qu'à l'épo-

(1) Art. 13 : « Les femmes mariées quel que soit le régime de leur contrat de mariage sont admises à faire des versements sans l'assistance du mari. »

que contemporaine et non pas même directement, mais par une voie détournée. Le divorce venait d'être rétabli. La femme divorcée était libre ; l'épouse séparée ne l'était pas encore. Après le divorce, la femme reprenait la même capacité que si elle n'avait pas été mariée ; après la séparation de corps, elle obtenait l'administration de sa fortune ; mais elle restait soumise à l'autorité du mari. Il y avait là une situation inégale que les adversaires du divorce redoutèrent. De sorte que ce fut la crainte de divorces trop nombreux qui conduisit le législateur à cette loi de justice (1).

Après la séparation de corps, les inconvénients de l'autorité maritale se faisaient en effet fort sentir, car le lien conjugal n'était pas brisé mais il était seulement relâché.

Il en résultait que la femme pour le gouvernement et la direction de sa personne restait entièrement soumise à l'autorité maritale. Elle devait obtenir l'autorisation du mari et à défaut celle de justice pour tous les actes judiciaires ou extra-judiciaires qu'elle voulait faire. Elle devait donc y avoir recours pour aliéner ses immeubles à titre gratuit ou onéreux, pour s'obliger en vue d'une cause étrangère à l'administration de ses biens ou pour ester en justice. Cette situation faite à la femme séparée de corps était très désavantageuse et en même temps fort injuste ; car il arrivait fréquemment que le mari se faisait un malin plaisir de refuser à la

(1) Morizot-Thibault, *De l'autorisation maritale*.

femme l'autorisation qu'elle sollicitait ; on en vit même pour lesquels l'autorisation devenait un instrument de spéculation et qui se faisaient payer leur intervention. M. Flourens, dans son rapport au Conseil d'Etat, exposa fort nettement cette situation. « Ce régime donne-t-il en pratique de bons résultats ? Sur ce point, déclare M. Flourens, aucune controverse. Tous s'accordent à reconnaître qu'il n'a produit et qu'il ne peut produire que les plus fâcheux effets. En cette matière, aucun témoignage ne pouvait être plus autorisé que celui des auteurs de la proposition ; aucun ne pouvait être plus explicite. Au cours de leur longue et brillante pratique du palais, ils déclarent avoir maintes fois constaté que le maintien de l'autorisation maritale après la séparation de corps est la source des plus criants abus. Tantôt la femme est victime d'un refus offensant ; tantôt le mari, désormais plus curieux d'extirper de l'argent à la femme que de la protéger, fait du droit que la loi lui réserve l'objet d'un trafic honteux et vend son autorisation. Ainsi une fois la séparation de corps prononcée, l'autorisation maritale cessa d'être une garantie pour la femme, une sauvegarde de la paix et de l'honneur du ménage, un élément d'unité dans la direction des affaires communes. Elle perd toutes ses raisons d'être pour devenir la source des blessures à la dignité de la femme, des pressions exercées pour lui arracher de l'argent. »

La loi de 1893 est donc venue mettre fin à une situation fort désavantageuse pour la femme en lui rendant

sa pleine capacité dans des cas où l'autorisation du mari, loin d'être un secours pour elle, n'était qu'une gêne et constituait même un danger.

Cette loi est donc excellente, et l'on doit se féliciter de la trouver au nombre de nos institutions : mais elle est fort difficile à mettre en accord avec les principes de l'autorité maritale telle que nous les trouvons exposés dans notre Code.

Les auteurs de la loi nouvelle semblent avoir abandonné les idées d'infériorité et de faiblesse du sexe pour en revenir aux principes du vieux droit coutumier que nous trouvons exposés dans l'article 224 de la Coutume de Paris.

C'est ce qui ressort de l'exposé des motifs de la loi et des paroles de MM. Paris et Falcimaigne : « aujourd'hui dit M. Falcimaigne, le principe de l'autorité maritale repose certainement et uniquement sur cette seule idée que le mariage constitue une petite société, et que dans cette petite société comme dans les grandes, il faut sous peine d'anarchie un gouvernement et un chef. Le mari est le chef de l'association conjugale parce qu'il a la surveillance de la personne de la femme, et aussi parce qu'il a la sauvegarde des intérêts communs. C'est là la base unique de l'incapacité de la femme (1). »

Cette loi du 6 février 1893 a donc une importance particulière ; car elle est le symptôme d'une conception toute nouvelle de la puissance maritale, et elle tend à

(1) *Journal officiel*, Sénat, séance du 16 janvier 1893.

revenir aux premières règles du droit coutumier telles que nous les trouvons dans Beaumanoir, alors que la renaissance du droit romain et la suprématie du droit canon n'avaient pas encore déformé les principes primitifs. Il serait à souhaiter que l'on ne s'arrêtât pas dans cette voie et qu'il n'y eût là le point de départ que de toute une série de réformes.

Il importerait notamment d'introduire un amendement dans l'article 1388 du Code civil, afin de permettre aux époux qui se marient sous le régime de la séparation de biens de stipuler que la femme sera affranchie de la nécessité de l'autorisation maritale.

Enfin, pour compléter le sujet il nous reste à parler d'un projet de loi dû à l'initiative de MM. Jourdan et Goirand, ayant le double objet d'assurer à la femme mariée la disposition de ses gains et de la protéger contre certains abus de la puissance maritale.

L'utilité de cette réforme apparaitrait dans le cas suivant : il faut supposer une femme mariée utilisant indépendamment du mari dont elle n'est ni l'associée, ni l'employée, son activité à des travaux manuels ou intellectuels, à des opérations commerciales ou industrielles productifs de salaires, bénéfices, émoluments de toutes sortes ou même de simples droits susceptibles d'appréciation pécuniaire.

Quelle est en effet, avec nos lois actuelles, l'étendue des droits de la femme mariée sur ces biens qui sont le produit de son industrie personnelle ?

Et d'abord cette situation a-t-elle été réglée et prévue par nos lois ?

On peut en douter à l'examen des textes du Code civil relatifs aux droits des époux quant aux biens.

En effet, lorsqu'il s'agit de la femme, le Code ne semble pas avoir prévu l'hypothèse où elle aurait acquis des biens dans l'exercice d'une industrie séparée ; il ne semble s'occuper que du cas où des biens seraient acquis par succession, legs ou donation, ou par industrie commune ; mais ces prévisions ne vont pas au delà.

Il serait pourtant inexact de poser en principe que notre Code a systématiquement privé la femme des droits qui lui appartiennent sur les produits de son industrie personnelle.

En effet, sous un régime au moins, le régime de séparation de biens, la femme a sur les produits de son travail des droits d'administration et même de libre disposition qui lui en assurent tout le bénéfice personnellement.

Il en est de même nous l'avons vu sous d'autres régimes conventionnels et notamment sous le régime dotal, lorsque la dot ne comprend pas les biens futurs de la femme.

Dans le même ordre d'idées, nous avons vu que l'exercice par la femme d'un commerce séparé lui fait acquérir sur les produits de ce commerce des droits nouveaux, même au cas où elle est mariée sous un régime de communauté.

C'est donc seulement pour la femme commune en biens qu'il peut être question de critiquer le système du Code civil en ce qui touche la situation qu'il fait à la femme sur les produits de son travail. La même observation s'appliquerait au régime sans communauté qui est d'une application peu fréquente en pratique.

En fait, c'est surtout le régime légal qui s'est trouvé en but aux critiques. C'est qu'en effet ce régime se présente dans des conditions toutes particulières, par ce fait même, qu'il s'agit du régime légal qui, par conséquent, s'impose dans une certaine mesure aux conjoints. Sous ce régime, le législateur a voulu que pendant tout le cours du mariage ce fût le mari seul qui disposât à son gré du patrimoine commun ; or il a rangé parmi les biens communs le produit de l'industrie personnelle de chaque époux, ce qui fait qu'en principe c'est le mari qui dispose au cours du mariage des produits de l'industrie personnelle de la femme. Y a-t-il là une injustice consacrée par le Code au préjudice de la femme ?

Le législateur ne l'a pas cru, et en cela il s'est appuyé sur la tradition.

Mais ce qui était juste jadis ne l'est plus aujourd'hui en raison de la marche des idées, et c'est pourquoi nous avons vu surgir toute une série de projets de lois tendant à accorder à la femme mariée un droit sur les produits de son industrie personnelle.

Le projet Goirand avait été précédé d'une première proposition, déposée sur le bureau de la Chambre des

députés le 22 juillet 1890 par MM. Jourdan, Dupuy-Dutemps, et Montaud.

L'article 1^{er} était ainsi conçu : « Lorsque le mari met par son inconduite les intérêts du ménage en péril, la femme peut sans demander la séparation de biens obtenir de la justice le droit de toucher elle-même les produits de son travail et d'en disposer librement. » Cette réforme, comme il est aisé de s'en rendre compte, se réduisait en réalité à peu de chose.

Elle fut suivie de la proposition Goirand, déposée sur le bureau de la Chambre à la séance du 9 juillet 1894 et prise en considération le 12 janvier 1895.

A partir de cette date, son sort est lié à celui de la proposition Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaud.

Ce projet contient un article unique ainsi conçu : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir sans le concours de son mari, les sommes provenant de son travail personnel et d'en disposer librement. »

Les pouvoirs ainsi conférés à la femme ne feront point échec aux droits des tiers contre les biens de la communauté.

Au fond, les sympathies de M. Goirand étaient pour le régime de séparation de biens ; mais il s'est rendu compte que ce n'était pas le régime matrimonial qui convenait à nos mœurs et à nos idées, et c'est pourquoi il s'est contenté de cette innovation.

Ce projet de loi n'a pas encore été voté ; mais il serait

à souhaiter qu'il le fût car il correspond au mouvement des idées actuelles.

L'étude de ces différentes lois ou projets nous montre donc que la législation française n'est pas restée aussi réfractaire aux idées de progrès que beaucoup de détracteurs de nos institutions actuelles veulent bien le dire.

Nous ajouterons même que c'est grâce à ces légères modifications que le principe de l'autorité maritale a pu se maintenir dans notre Code et résister aux attaques dont il a été l'objet ; et il serait à souhaiter dans son intérêt même de voir augmenter le champ des réformes.

C'est ainsi que la législation anglaise, pour avoir trop longtemps asservi le sexe féminin et n'avoir pas voulu se mettre en accord avec les idées modernes, s'est vue un jour dans l'obligation d'accorder à la femme une liberté presque sans bornes.

CONCLUSION

L'étude de l'autorisation maritale à travers les différentes périodes de notre droit nous a révélé que cette institution, loin de rester uniforme et toujours semblable à elle-même, avait subi de nombreuses transformations et de profondes altérations.

Au XIII^e siècle, l'autorisation maritale est intimement liée au régime de communauté, seul régime existant alors en pays coutumier. A cette époque, la femme n'est pas considérée comme une créature incapable ; elle est seulement soumise à la volonté de son mari, et nous ne trouvons alors aucune trace de règles destinées à la protéger contre sa propre inexpérience.

Mais, à partir de la fin du XIII^e siècle, la situation de la femme va profondément se modifier sous la double influence du droit romain et du droit canon, et les juristes de cette époque, s'inspirant des vieilles idées de la fragilité du sexe, de la légèreté et de l'inexpérience de la femme, viendront la protéger contre elle-même et envisageront l'autorisation maritale, non pas seulement comme une règle de subordination, mais encore comme un remède à une véritable incapacité. De ces préventions injustifiées contre le sexe féminin sortiront de nombreuses protections, et notamment l'autorisation

supplétive de justice qui interviendra au cas d'absence, d'interdiction ou de minorité du mari.

Désormais la femme aura le droit de se prévaloir d'une nullité qu'autrefois le mari pouvait seul invoquer, et, même séparée de biens, elle devra se munir d'une autorisation qui jadis était inutile.

L'autorisation maritale s'était donc sensiblement transformée au cours des siècles, et elle n'est plus à la fin du droit coutumier ce qu'elle était au temps de Beaumanoir.

Elle n'avait alors qu'une base : la subordination de la femme vis-à-vis du mari, elle est maintenant la résultante de cette conception première avec l'idée d'incapacité.

Cette combinaison devait engendrer une grande confusion dans la doctrine, et conduire à des conséquences ne cadrant plus avec les théories modernes.

C'était donc aux rédacteurs du Code civil qu'était dévolu le soin de ramener à l'unité cette institution composée d'éléments si disparates, et de construire un système bien en rapport avec le caractère de la femme.

Malheureusement nos jurisconsultes se montrèrent trop opportunistes et se contentèrent le plus souvent de consacrer les solutions admises par Pothier et la plupart des juristes du XVIII^e siècle. Il en est résulté un système bâtarde qui n'est pas toujours exempt d'incohérences, et qui tout en paraissant déclarer que la femme n'est pas une incapable, a consacré des règles qui ne

peuvent se justifier qu'en se fondant sur cette idée.

*
*

Les novateurs, les féministes, en un mot tous ceux qui rêvent pour la femme un avenir meilleur se sont bien rendu compte des défauts et des contradictions que présentait le système de l'autorisation maritale, et ils en ont profité pour l'attaquer violemment.

Il serait peu aisé de faire une synthèse de toutes ces critiques. Les unes sont philosophiques, les autres juridiques, dirigées les unes contre le principe même d'une autorité maritale et d'une incapacité de la femme, les autres contre le système admis dans notre législation civile.

Toutes aboutissent, par des raisons d'ordre différent, à la même conclusion : la suppression de ces deux institutions.

La plupart de ces réformateurs, après avoir détruit le vieil édifice de l'autorisation maritale, s'efforcent de le reconstruire avec des matériaux plus solides et plus résistants.

Les uns, avec Secrétan, Bridel et Frank, accordent à chacun des époux une liberté absolue ; les autres, avec Stuart Mill, fusionnent au contraire tous ces intérêts et exigent pour la gestion le concours des deux époux.

Stuart Mill, dans son brillant ouvrage sur l'assujettissement des femmes, attaque violemment l'inégalité des deux sexes et désapprouve les pouvoirs excessifs du mari. « Il n'est pas vrai, dit-il, que dans toutes les asso-

ciations volontaires de deux personnes, l'une d'elles doit être maîtresse absolue ; encore moins appartient-il à la loi de déterminer laquelle le sera. Après le mariage, la forme d'association volontaire qui se voit le plus souvent, c'est la société commerciale. On ne juge pas nécessaire de régler par la loi que, dans toute société, un des associés assure la direction des affaires, et que les autres seront tenus d'obéir à ses ordres (1). »

Pour remédier à cette situation, Stuart Mill ne conseille pas aux époux d'adopter le régime de séparation de biens ; il veut un partage d'attributions selon le caractère, l'âge, la fortune, les aptitudes intellectuelles dues à l'ensemble des facultés ou aux connaissances spéciales de chacun d'eux.

D'autres novateurs préconisent au contraire le système délaissé par le philosophe anglais et proposent comme remède à l'incapacité de la femme mariée de substituer au régime légal de communauté la séparation de biens.

C'est en effet dans le régime de communauté que l'autorisation maritale se fait le plus lourdement sentir, et que la femme jouit des prérogatives les moins grandes.

La femme, il est vrai, est associée ; mais c'est comme si elle ne l'était pas, puisqu'elle ne peut rien faire. Son individualité juridique est comme anéantie, son incapacité est complétée, elle ne peut obliger la communauté

(1) Stuart Mill, *L'assujettissement des femmes*.

ni s'obliger personnellement sans l'autorisation du mari. « Au contraire la séparation de biens, déclarent les partisans de ce système, est le régime le meilleur puisqu'il laisse à la femme son autonomie et ne la subalternise pas comme les autres.

« C'est le seul qui réalise pleinement la formule *erunt duo in carne una*, puisqu'il respecte les deux individualités juridiques sans apporter la moindre altération à l'union morale résultant du mariage et c'est aussi le seul qui permette à la femme, en l'absence de tout contrat, de recueillir les produits de son travail personnel et d'en disposer (1). »

C'est ce régime, ajoutent-ils, qui en l'absence de décision spéciale aurait dû être le régime légal des époux. C'est du reste ce qui a été fait depuis déjà quelques années en Angleterre, aux États-Unis, en Russie.

Malgré tous ces arguments, j'avoue ne pas partager l'enthousiasme des partisans du régime de séparation de biens et garder mes sympathies pour notre régime légal et les principes qui en découlent.

C'est une grave méprise que d'invoquer inconsidérément à tous propos l'exemple des pays étrangers sans rechercher au préalable s'il existe entre ces différentes législations et la nôtre un accord de vues et de sentiments sur les différentes questions juridiques.

De nombreuses causes peuvent influencer sur la situation

(1) Th. Huc, *Commentaire du Code civil*.

de la femme vis-à-vis de son mari et notamment la religion et les mœurs.

En France, où la religion dominante est le catholicisme, c'est le principe de l'autorité qui doit triompher ; car l'Eglise, reprenant les paroles de l'apôtre Saint Paul, a toujours déclaré que la femme devait être soumise à son mari comme au Seigneur et que le mari était le chef de l'association conjugale.

Quant aux mœurs, elles doivent avoir aussi une grande influence sur la condition de la femme mariée. Chez certains peuples et notamment en France, les jeunes filles sont élevées dans une ignorance complète des principes les plus élémentaires de la vie et sont toujours sous la dépendance de parents, qui ne s'efforcent à développer chez elles que le goût des frivolités et des banalités.

D'autres, au contraire, donnent à la femme une éducation plus virile et lui font faire une connaissance hâtive avec les dangers de la vie.

Les unes sont mûres pour la dépendance et la subordination ; les autres sont armées pour les combats de la vie et sont en droit de réclamer une part plus grande de liberté.

« Conservons donc l'autorité maritale qui figure au premier rang de nos institutions. C'est une création nationale née, sur le vieux sol français, des circonstances qui établirent l'union des époux et la paix du foyer. Liée comme d'elle-même à une autre institution non moins nécessaire, qui est la communauté, elle inspire

avec elle le sentiment du devoir comme celui de l'humanité. Elle soutient l'affection mutuelle et garde la famille française des conceptions de l'individualisme et des aspirations égoïstes. Quand l'idée et le respect de l'autorité s'effacent, quand chacun se renferme en lui-même, n'ayant aucun autre horizon que son intérêt propre et la satisfaction de sa seule passion, quand le désir des jouissances est partout dans la société et l'esprit de sacrifice nulle part, n'importe-t-il pas de laisser au centre de la famille les deux institutions qui y maintiennent l'esprit de devoir et d'abnégation comme dans un refuge où elles puissent se défendre de la corruption du dehors et tempérer l'ardeur des passions dissolvantes.

Le système français est donc excellent chez nous lorsque, le considérant dans ses lignes générales, on le regarde dans le principe de sa conception. Mais troublé par les jurisconsultes dans son organisation, parce qu'il a été faussé dans sa base, il importe de l'améliorer pour l'accorder avec les règles des pouvoirs nouveaux (1). »

Nous pensons donc que le pouvoir marital doit être conservé dans ce qu'il a d'essentiel, car la société conjugale a besoin d'un chef. Or il est tout indiqué que ce soit le mari.

Mais il ne faut pas oublier que l'incapacité de la femme mariée n'est fondée que sur une fiction et que par conséquent elle doit être maintenue dans de justes limites.

(1) Morizot-Thibault, *De l'autorité maritale*.

Nous rejetterons donc toutes les règles basées sur les idées d'infériorité et de faiblesse du sexe et nous admettrons que le principe de l'autorisation n'a pas d'autre fondement que l'autorité maritale.

Cette conception nous ramènera au système si clair et si net de Beaumanoir dont nous reprendrons les principales tout en les élargissant.

Nous serons ainsi conduits à proposer deux voies de réformes dont les unes auront pour but de redresser le principe de l'autorisation maritale et les autres de l'élargir

En premier lieu, nous estimons que la femme majeure doit pouvoir ester en justice et procéder sans autorisation à tous les actes pour lesquels aujourd'hui elle doit requérir une autorisation et notamment au cas d'absence, d'interdiction, ou d'indignité du mari.

Cette règle, qui n'existait pas au temps de Beaumanoir, n'est apparue que lors de la réaction romaine et ne peut s'expliquer que par une idée de faiblesse de la femme ; elle doit donc disparaître de nos lois.

En ce qui concerne l'autorisation de justice, on devra y soustraire la femme au cas d'absence, d'interdiction ou de minorité du mari et donner alors à la femme le droit d'engager la communauté, ou tout au moins la pleine propriété de ses biens personnels.

Quant au cas où la femme se fait autoriser par justice pour briser le refus injustifié du mari, nous déciderons que l'obligation de la femme pourra s'exercer sur la pleine propriété de ses biens.

A première vue cette décision peut paraître porter atteinte à l'autorisation maritale, mais l'autorisation de justice n'en est-elle pas une elle-même ?

Et même, si c'est injustement que le mari a refusé son autorisation, ne serait-il pas plus équitable que le juge pût remplacer le mari en accordant à la femme le droit d'engager la communauté ?

Le principe sur lequel nous fondons la puissance maritale nous amènera ensuite à critiquer l'article 223 du Code civil, qui déclare « que toute autorisation générale même stipulée par contrat de mariage n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme ».

Désormais l'autorisation pourra être générale puisqu'elle n'est instituée que dans l'intérêt du mari, qui par conséquent doit être libre d'y renoncer.

Nous admettrons toutefois un correctif, en donnant au mari le droit de révoquer cette autorisation au cas où la femme viendrait à en abuser.

C'est, du reste, le moyen que préconise M. Pascaud dans son ouvrage sur la capacité civile de la femme mariée. « En admettant pour un instant qu'une autorisation puisse être assimilée à une abdication indirecte du pouvoir marital, il est un correctif dont l'introduction dans la loi fera disparaître les inconvénients qu'elle peut présenter, c'est le principe que cette autorisation sera toujours révocable, soit qu'elle ait été inscrite dans le contrat de mariage soit qu'elle ait été donnée au cours de l'union conjugale. »

Quant à la nullité pour défaut d'autorisation, qui peut être actuellement invoquée par la femme, le mari ou leurs héritiers, nous nous en tiendrons à la règle actuelle qui nous paraît juste et prévoyante.

Ces différentes réformes tendraient à faire disparaître ce défaut d'harmonie que nous avons si souvent reproché à l'autorité maritale. Cette institution, loin d'avoir son fondement dans des causes diverses, aurait désormais une base unique : le respect de la femme vis-à-vis de son mari, et les idées d'infériorité et de faiblesse du sexe seraient à tout jamais bannies de notre Code. Et il faut noter que ces améliorations ne seraient pas de celles qui doivent être considérées comme hardies et dangereuses ; car loin d'y avoir là une création nouvelle, il n'y aurait là qu'un retour au passé et aux saines idées de Beaumanoir,

Quant aux lois nouvelles qui tendent à améliorer la condition de la femme et à augmenter sa capacité nous les proclamerons excellentes, car nous ne devons pas oublier, comme l'a fait remarquer très justement M. Paul Gide, « que là où les institutions ont assuré à la femme sa liberté, sa capacité civile, sa dignité morale, on a vu fleurir comme sur un sol propice les vertus domestiques et les vertus civiques, les libertés de l'homme privé et les libertés du citoyen (1) ».

(1) Paul Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, Introduction.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE	
ANCIEN DROIT.	
CHAPITRE PREMIER. — De l'autorisation maritale dans l'ancien droit	15
SECTION I. — <i>De l'autorisation maritale au XIII^e siècle.</i>	15
SECTION II. — <i>Atteintes portées à la règle de l'autorisation maritale sous l'influence du changement des idées</i>	29
α Extension des causes de séparation de corps	29
β Séparation de biens contre les abus d'administration du mari.	33
γ De l'autorisation de justice au cas de refus du mari.	39
SECTION III. — <i>Modifications apportées à la règle primitive de l'autorisation sous l'influence de la renaissance du droit romain et du droit canon</i>	43
α Autorisation supplétive de justice.	54
β Autorisation formaliste et sacramentelle	63
CHAPITRE II. — L'autorité maritale et la Révolution française	68
DEUXIÈME PARTIE	
DE L'AUTORISATION MARITALE	
DANS LE CODE CIVIL.	
CHAPITRE PREMIER. — Fondement de l'autorisation maritale dans le Code civil.	77
CHAPITRE II. — Exposé des règles de l'autorisation maritale dans le Code civil	87

SECTION I. — <i>Actes que la femme ne peut jamais faire sans autorisation</i>	88
§ 1. — Des actes judiciaires	88
§ 2. — Des actes extrajudiciaires	90
SECTION II. — <i>Actes que la femme mariée peut faire sans autorisation</i>	94
CHAPITRE III. — Critique du Code civil.	116
CHAPITRE IV. — De l'autorité maritale dans les différentes législations	134
CHAPITRE V. — Des modifications apportées au principe primitif de l'autorisation maritale par des lois postérieures au Code civil	150
CONCLUSION	167

Vu :

Le Président de la thèse,
CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

