

DE LA

# CAPACITÉ CIVILE DE LA FEMME MARIÉE

*Emprunts qui pourraient être faits à cet égard  
aux lois étrangères.*

PAR M. DRIOUX

---

(Extrait du *Bulletin du Comité des Travaux historiques et scientifiques*)  
(Section des Sciences économiques et sociales)

---



PARIS

ERNEST LEROUX, ÉDITEUR

28, RUE BONAPARTE, 28

—  
1890

17685  
F8 G107



La question de la capacité civile de la femme mariée est une des plus intéressantes que puisse présenter à notre étude le droit civil. Elle ne saurait se résoudre par des formules théoriques et présente au contraire une grande variété d'aspects selon l'époque et le pays où on la considère. La philosophie, la morale, l'histoire, le droit, sont intéressés à la solution qu'on lui donne, car on ne saurait toucher à la famille en un point quelconque de son organisme sans exercer par répercussion sur le corps social tout entier une influence profonde<sup>1</sup>.

Introduire des modifications dans la capacité civile des personnes est toujours chose grave; c'est une de ces réformes que le législateur n'aborde pas sans appréhension et sans information. Si on ne voyait que les difficultés de l'entreprise, on ne toucherait même jamais à la capacité de la femme mariée, de peur de fausser dans quelques-uns de ses rouages essentiels le fonctionnement du mécanisme délicat des institutions familiales. Ces craintes doivent céder cependant au désir sincère de chercher toujours le mieux et de perfectionner nos lois civiles. C'est évidemment le but que nous poursuivons tous dans l'étude de la question que je vais développer sommairement devant vous et je crois inutile d'insister plus longtemps sur l'attention sérieuse et prudente et en même temps l'indépendance absolue que l'on doit apporter à l'examen de cette matière.

La formule en présence de laquelle nous nous trouvons indique sous laquelle de ses faces multiples nous devons considérer la question de la capacité de la femme mariée.

Il s'agit d'abord de la capacité civile; laissons donc de côté, quelque intéressant que soit le sujet, la vocation de la femme à la vie politique. Dans les pays où la femme jouit d'une capacité civile très étendue, comme la plupart des États de l'Amérique du Nord, les efforts se portent surtout et non sans succès vers l'obtention pour la femme des droits politiques. Mais, avec nos traditions, notre attachement aux anciennes institutions, nous sommes loin d'avoir amené le débat à un point tel que nous ayons à examiner s'il ne serait pas opportun, sur notre vieux continent, pour compléter les améliorations introduites dans la condition des femmes,

(1) *La Réforme sociale*, par Le Play, t. II, p. 36 : « La situation faite à la femme dans la famille et la société est une des principales causes de la prospérité ou de la souffrance d'une nation. »

de leur mettre entre les mains un bulletin de vote et de leur permettre de participer directement à nos luttes politiques. Laissons cela à Chicago et au *Women's Journal*.

Ensuite c'est à un double point de vue qu'il y a lieu d'examiner s'il ne conviendrait pas d'étendre la capacité civile de la femme mariée : au point de vue rationnel et au point de vue des législations étrangères. A dessein, je laisserai donc de côté l'historique de la question qui, du reste, vous est bien connu par les remarquables travaux de Gide et de Laboulaye<sup>1</sup>. Entrant dans le sujet après de pareils maîtres, il est inutile autant que prétentieux de chercher à refaire une partie de leur œuvre. Mon ambition est plutôt de m'inspirer d'eux.

Le cadre de cette étude ainsi tracé, je crois qu'il est utile avant d'arriver au fond même du sujet de se demander quel parti on peut tirer des législations étrangères, quel est l'état actuel de la question et quelle idée générale on doit se faire de la direction à donner aux réformes.

En ce qui concerne les législations étrangères, vous n'attendez certainement pas de moi un extrait de tous les codes et de toutes les lois matrimoniales en vigueur dans toutes les parties du monde. Un pareil étalage d'érudition ne peut être que fastidieux. Ici plus qu'en toute autre matière, il convient de faire un choix<sup>2</sup>. Il est inutile d'étudier certaines législations :

1° Lorsqu'elles consistent dans des coutumes, comme la Bosnie, l'Herzégovine, le Montenegro en Europe. Ces coutumes en effet sont d'autant moins faciles à imiter qu'elles correspondent plus exactement à un état social différent du nôtre. Elles peuvent s'approprier parfaitement aux besoins des peuples qui leur témoignent tant d'attachement, mais l'imperfection de leur rédaction, leur défaut de

(1) Gide, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien*, 2<sup>e</sup> édition (1885), avec des notes, des additions et une biographie, par A. Esmein, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris. — J'invoquerai plus d'une fois l'autorité de Gide en cette matière et je me contenterai de renvoyer aux pages de cet ouvrage.

Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours*.

(2) Un ouvrage utile à consulter, au point de vue bibliographique, est celui de M. Amiaud, *Aperçu de l'état actuel des législations de l'Europe, de l'Amérique, etc., etc.* Paris, 1884, en le complétant par les *Annuaire*s postérieurs de la Société de législation comparée.

synthèse et de formules empêchent qu'on les introduise dans un code comme le nôtre ;

2° Lorsqu'elles sont encore en travail de codification comme le Brésil, la Grèce, le Japon, parce qu'alors les principes n'ont pas reçu définitivement l'assiette et l'étendue qui leur conviennent. Les travaux préparatoires n'ont d'autre valeur que celle de leurs auteurs et on ne peut en induire sûrement le caractère même des institutions ;

3° Lorsqu'elles appartiennent à des nations dont les mœurs sont manifestement trop différentes des nôtres, comme la Turquie, la Bulgarie, l'Asie, la Perse.

Enfin, même dans le surplus des législations en vigueur, il importe encore d'introduire une classification. Elle se fait d'ailleurs d'elle-même lorsqu'on en a parcouru un certain nombre pour y chercher les principes généraux qui régissent les effets du mariage quant à la personne et quant aux biens de la femme.

Un premier groupe comprend les législations qui ont subi plus ou moins directement l'influence de notre code, qui en reproduisent les dispositions soit textuellement, soit avec des variantes d'autant plus utiles à connaître que ce sont là des types de réformes immédiates pour notre code.

Les nations auxquelles je fais allusion sont les États d'Allemagne où notre code est resté en vigueur, les Pays-Bas, la Belgique, l'Italie, certains cantons de la Suisse romane, la principauté de Monaco, l'Espagne, le Mexique, plusieurs États de l'Amérique du Sud et le Bas-Canada.

Dans le second groupe, on pourrait ranger les pays où la législation relative à la femme avait gardé jusqu'à ces derniers temps l'empreinte féodale, aujourd'hui pays de grande liberté, l'Angleterre et les États-Unis de l'Amérique du Nord.

Enfin, le troisième groupe réunirait les nations d'origine germanique, pays classiques du mundium et de la tutelle, les États scandinaves et les États de l'empire d'Allemagne.

Dans toutes les nations, on peut constater aujourd'hui l'existence d'une poussée en faveur de l'extension de la capacité civile de la femme mariée. L'impulsion est partie d'Amérique, pays des libres initiatives ; le mouvement y a pris naissance dans la première moitié de ce siècle et s'est développé concurremment avec la propagande pour l'abolition de l'esclavage. La hardiesse de Jonathan en matière de réformes est bien connue, mais fait digne de remarque, elle a

gagné l'Angleterre elle-même qui, en quelques années, n'a pas hésité à sacrifier toute son ancienne législation et qui marche rapidement à une codification de la matière qui nous occupe. Des germes sont jetés partout. Tous ne lèveront pas sans doute. Ils ont cependant de grandes chances de succès; on ne peut le nier lorsqu'on voit jusqu'aux États scandinaves si lents à suivre le mouvement législatif de l'Europe se laisser pénétrer par les idées nouvelles.

Le zèle des apôtres des nouvelles doctrines en compromet malheureusement quelquefois le succès. Ils montent un peu trop le diapason. Je n'entends pas seulement parler ici des adeptes de l'école socialiste de Bebel<sup>1</sup>; ceux-ci rêvent avec le député du Reichstag une modification si profonde de l'état social que les réformes touchant la capacité de la femme mariée n'en seraient qu'un modeste épisode. Mais je trouve que les avocats de la femme font souvent un véritable abus de l'hyperbole. Aussi, tout en me déclarant dès maintenant partisan de grandes restrictions à l'autorité maritale, je tiens à me défendre près de vous d'être partisan de l'émancipation de la femme mariée.

C'est d'abord un titre trop vague, à mon sens. On pouvait parler d'émancipation dans les pays où, paraît-il, la *common law* permettait au mari de battre sa femme « avec un bâton dont la grosseur » devait se mesurer sur le pouce du lord-chief justice ». Mais, dans notre état social, on ne voit pas très bien à quelle espèce de tyrannie la femme est soumise et de quelle domination il s'agirait de l'affranchir, à moins de nier ce que, dans nos mœurs, nous considérons comme l'essence du mariage. Ainsi que l'a dit un auteur allemand, Lorenz von Stein, dans un de ses travaux sur la condition de la femme : « Toutes les carrières sont ouvertes à la femme et doivent « lui être ouvertes, à l'exception de celles qui l'empêcheraient de « remplir la véritable vocation de la femme, le mariage<sup>2</sup>. » De plus il est difficile de préciser quelles réformes, en dehors de la table rase, les partisans de l'émancipation de la femme mariée entendent préconiser. Ce qui m'a semblé se dégager de plus clair au travail de l'un d'eux, c'est, pour citer ses expressions : « L'idée progressive et

(1) Bebel, *Die Frau in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*. Les idées socialistes de cet auteur et les attaques dont il a été l'objet au sein du Reichstag ont fait la fortune de ce livre, qui a été imprimé en Suisse.

(2) Lorenz von Stein. *Die Frau auf dem Gebiete der National, oekonomie* p. 152 et suiv. — Du même auteur, *Die Frau auf dem Socialen Gebiete*.

« pleine d'avenir, que les deux époux sont collaborateurs dans la vie « et rendent à la société comme à la famille des services équivalents<sup>1</sup>. »

Ce thème de l'équivalence des services rendus par les deux époux n'est pas neuf. C'est un fonds commun que chacun cultive à son gré. La capacité civile de la femme mariée doit naturellement se modeler sur la nature de ses fonctions comme épouse et comme mère. Quelles doivent être ces fonctions? C'est une question préliminaire sur laquelle on doit se former une opinion. De la solution qu'on lui donne dépend le sens dans lequel on estime que doivent s'opérer les formes; restriction ou extension de la capacité.

Les idées anciennes ont encore parmi nous beaucoup de partisans. On s'en tient volontiers au bon sens du bonhomme Chrysale.

Former aux bonnes mœurs l'esprit de ses enfants.  
Faire aller son ménage, avoir l'œil sur ses gens.  
Et régler la dépense avec économie<sup>2</sup>.

Telle doit être la devise de la femme mariée, aux yeux de certaines personnes qui redouteraient toute réforme de nature à la faire sortir de son intérieur.

« Le mari au dehors, la femme au dedans... », écrivait au XVII<sup>e</sup> siècle un jurisconsulte berrichon, Catherinot<sup>3</sup>.

Par son attention à l'économie du ménage, par une sage administration de la partie des revenus consacrée à l'entretien de la maison, par le charme qu'elle sait répandre dans son intérieur, elle contribue à la prospérité et au bonheur commun. Ce champ d'activité, joint aux soins que réclame l'éducation des enfants est bien suffisant pour l'occuper. Son premier devoir est d'y consacrer son temps et ses peines, sans qu'elle ait à distraire son attention sur des sujets extérieurs, comme la gestion d'un commerce, d'une industrie, ou même simplement des capitaux de la famille.

Ces idées ont trouvé dans notre siècle deux interprètes éminents

1) Giraud, *Essai sur la condition des femmes en Europe et en Amérique*, 1883, 1<sup>re</sup> partie. Ch. v. La femme et la propriété. Cet auteur a pris part au concours académique pour le prix Botta; le lauréat de ce concours a été M. Rousselot, auquel le rapporteur, M. Camille Doucet, reprochait de ne pas conclure assez, tout en reprochant à M. Giraud de conclure trop.

(2) Molière, *Les Femmes savantes*, acte II, scène VIII.

(3) *Nouvelle Revue historique*, 7<sup>e</sup> année, *Les axiomes du droit français de Catherinot, conseiller au présidial de Bourges*.

et autorisés, de Bonald et Le Play, l'un s'appuyant sur la théorie philosophique, l'autre sur la pratique sociale.

« La mère, dit de Bonald, placée dans la nature entre le père et les enfants, entre le *pouvoir* et le *sujet* et par le *moyen* ou le *ministère* de laquelle s'accomplit l'action productive et conservatrice, la mère reçoit de l'un pour transmettre à l'autre, obéit à celui-là pour avoir autorité sur celui-ci ; dépendante du pouvoir, indépendante du sujet et pour pouvoir remplir la double fonction d'obéir et de commander, de recevoir et de transmettre, elle doit être *homogène* à l'un et à l'autre, c'est-à-dire de même nature que l'un et que l'autre. Aussi si elle participe de l'homme par la raison, elle participe de l'enfant, comme l'ont observé tous les physiologistes, par la délicatesse de ses organes, l'irritabilité de ses nerfs, la mobilité de son humeur et l'on pourrait l'appeler *l'homme-enfant*... Aussi, si l'on voulait traduire la constitution de la société domestique en langage mathématique, on pourrait dire : l'homme est à la femme ce que la femme est à l'enfant ; ou, le pouvoir est au ministre ce que le ministre est au sujet<sup>1</sup>. »

Cette condition intermédiaire et subordonnée de la femme, Le Play, dont on sait l'affinité de doctrines et de caractère avec Bonald, l'expose de la manière suivante dans son livre sur *La Réforme sociale*.

« En cette matière, dit-il, comme en tout ce qui concerne les bases de l'ordre social, l'esprit humain a expérimenté toutes les combinaisons utiles, il doit perfectionner la tradition et non s'épuiser dans une recherche stérile de procédés nouveaux... La Bible offre déjà les caractères principaux du type le plus parfait de l'épouse. Au moyen âge régnait le plus grand respect pour la femme et les nations les plus sages sont celles qui, loin de se laisser abuser par l'idée, simple en apparence, mais en réalité très complexe de l'égalité, sont restées fidèles aux pratiques séculaires... Comme type à imiter, Le Play cite en suite la condition faite à la femme en Angleterre et dans l'Amérique du Nord. Elle y est renfermée dans l'accomplissement des devoirs domestiques, l'éducation des enfants (ils sont nombreux) et la direction du ménage ; elle y est honorée et protégée mais ne possède rien... « C'est désorganiser le foyer domestique, ajoute-t-il, que d'enlever la femme à ce domaine pour la charger des intérêts du dehors. On la pousse fatalement

(1) De Bonald, *Démonstration philosophique du principe constitutif de la société*, chap. iv.

« dans cette voie en l'obligeant à partager les travaux de l'homme, ou en lui conférant un droit personnel sur les biens et sur les industries. Mais le plus grand mal de cette assimilation des deux sexes est d'abaisser la dignité sociale de la femme et de dénaturer le caractère auguste de la mère en en faisant un manufacturier, un marchand ou un propriétaire. Telles sont les conseils que la loi et les mœurs de l'Angleterre ont voulu éviter en dispensant la femme des soucis de la vie extérieure et en imposant autant que possible à l'homme les droits et les devoirs de propriété »<sup>1</sup>.

Ici je me sépare de cette doctrine, quelque exacte qu'elle soit lorsqu'elle fait appel aux souvenirs du Moyen-Âge. Le Play fait un tableau assurément séduisant du foyer anglo-saxon ; en Angleterre et dans l'Amérique du Nord on pratiquait depuis l'époque féodale la méthode la plus simple pour maintenir l'unité dans le ménage : donner tous les droits au mari, en le chargeant d'aimer et de respecter sa femme. Mais au moment où paraissait l'édition de *La Réforme sociale* à laquelle j'ai emprunté les lignes ci-dessus<sup>2</sup>, un grand changement se faisait dans la condition de la femme mariée chez les peuples appartenant à la race anglo-saxonne. Si les États-Unis et l'Angleterre ont fait table rase de leur ancienne législation c'est évidemment qu'elle n'a plus semblé appropriée à l'état social actuel, à ses besoins comme à ses aspirations.

Dans certaines classes de la société, l'idéal de Le Play peut se réaliser. Nul souci du lendemain, des revenus arrivant à jour fixe, une industrie ou un commerce prospères gérés par un mari intelligent, une large aisance permettant à la femme de se dévouer entièrement à son rôle d'épouse et de mère ; ce serait parfait. Mais c'est là une loi éternelle : il y a plus de pauvres que de riches parmi nous. La femme mariée ne peut pas être toujours semblable à ces lis de la vallée, dont parle l'Évangile, qui ne tissent ni ne filent et cependant se trouvent parés des plus belles couleurs.

Pour la renfermer strictement dans l'administration domestique et par suite restreindre sa capacité, il faut réunir un certain nombre de conditions sans lesquelles le problème est insoluble.

1° Il faut d'abord que le concours de la femme ne soit pas nécessaire au mari en dehors de l'économie domestique proprement dite. Or chacun sait combien de femmes ou bien exercent un métier

(1) *La Réforme sociale*, etc., p. 37 et suiv., p. 41.

(2) En 1878.

spécial, ou bien servent d'auxiliaire et d'ouvrier au mari dans l'exercice de son industrie ou de son commerce.

Au point de vue social on peut déplorer que la femme de l'ouvrier ne puisse se consacrer à son intérieur et qu'elle soit obligée d'ajouter son salaire quotidien à celui de son mari pour suffire aux besoins de la famille. Mais c'est là un de ces faits qui s'imposent impérieusement à une multitude de gens et dont on est obligé de tenir compte. Dans la classe ouvrière comme dans la classe agricole, la collaboration intime de la femme ou l'exercice d'un métier distinct est un fait constant, et ce ne sont pas toujours les travaux les moins rudes qui leur sont réservés. En Angleterre, lors de l'enquête ordonnée par la Chambre des communes en 1870, on a constaté que sur 3.000.000 de femmes mariées, 800.000 étaient obligées de travailler de leurs mains : soit 4 sur 15.

Les lois ne sont pas faites uniquement pour ceux qui possèdent, Celles qui règlent le sort des biens que les époux ont avant le mariage ou qui leurs adviennent par la suite sont assurément fort importantes ; combien de familles cependant auxquelles elles sont parfaitement indifférentes ? C'est la situation de ces humbles, à qui chaque jour apporte sa peine, qu'il est d'autant plus intéressant de régler que le code paraît y avoir peu songé.

A première vue il peut sembler même paradoxal ou oiseux de traiter dans ce cas de la capacité de la femme mariée. Il semble que là où la richesse se borne au salaire quotidien ce soit presque une mauvaise plaisanterie d'en parler. Le moyen d'acquiescer ce salaire, c'est le travail forcé ; les moyens de l'employer, il n'y en a que trop ; et quelquefois même il est dépensé par avance. Si l'on y réfléchit bien cependant, le rôle de la femme dans ces ménages d'ouvriers est peut-être le plus important. Non seulement en effet elle apporte aussi à la masse commune le fruit de son travail, mais si une épargne se fait, si modique qu'elle soit, on peut être sûr que c'est à elle que le ménage la doit. C'est à sa prévoyance, à son intelligence, à sa surveillance que le mérite en revient.

Par conséquent, si l'on veut être juste à son égard, non seulement il faudrait lui reconnaître un droit égal à celui du mari sur le fond commun, produit du travail de tous deux, puisqu'il est consacré en entier à l'administration domestique, mais aussi un droit égal sur les épargnes. Le mari ne devrait pas être seul le maître de disposer de cette épargne laborieuse, modeste, mille fois plus intéressante à sauvegarder que les intérêts de la femme dotale. Ici il n'y a pas

de dot ; les apports mobiliers sont insignifiants. Tant que l'homme et la femme peuvent travailler et qu'il n'y a pas trop d'enfants jeunes, on suffit encore à la peine ; mais il faut prévoir les fléaux de la classe ouvrière, le chômage, la maladie, la vieillesse, et, lorsque la femme a su mettre de côté quelques francs pour parer à ces tristes éventualités ou bien en vue d'une amélioration progressive de leur sort, il ne faut pas que, sans défense, elle voie un beau jour le mari dissiper ce pécule pour satisfaire quelques passions, qu'elle assiste, impuissante, à la ruine des chères espérances qu'elle faisait pour les siens. C'est là un point modeste, mesquin même de la législation, si on prend comme base de mensuration l'importance des intérêts matériels ; au point de vue social, par le nombre de familles qui y sont intéressées c'est peut être une des questions les plus importantes que nous ayons à examiner. J'y reviendrai d'ailleurs plus loin à propos de la loi du 9 avril 1881 sur les caisses d'épargne.

En nous élevant un peu plus haut, nous trouvons la classe du petit marchand, du petit industriel, dans laquelle l'épargne, pour être moins exclusivement l'œuvre de la femme est due cependant encore en bonne partie à son intelligente administration. On peut poser en règle générale, et cela paraît évident, que moins les revenus sont élevés, plus la dépense intérieure en consomme une part plus considérable et plus il est nécessaire de prendre sur cette consommation intérieure pour épargner. « La femme fait ou défait la maison », c'est encore un aphorisme de Catherinot. Mais ici le concours de la femme se présente en outre sous une forme plus directe et plus immédiate. Dans le commerce ou l'industrie du mari une place peut lui être réservée ; elle n'a plus besoin de chercher au dehors une occupation étrangère. Elle reste attachée au magasin ou à l'atelier. Elle n'est pas une ouvrière ou un commis, mais une collaboratrice, une associée. Pourquoi l'intimité même de cette association, la communauté parfaite des intérêts des deux associés, l'identité du but poursuivi par eux seraient-elles un obstacle à ce que la femme ait un droit propre de disposition et de contrôle sur les fruits du travail, le produit du commerce et de l'industrie. Elevée on peut le dire, toujours à la dure école du travail, elle a dans la majorité des cas, autant que le mari, l'intelligence nécessaire à l'administration du patrimoine. En tout cas, si le mari est absorbé par une partie de ses occupations professionnelles pourquoi ne pourrait-il pas déléguer, non seulement en fait mais en droit tous ses pouvoirs à la femme pour s'occuper de l'autre. Si l'on objecte que la femme n'a pas une intelli-

gence suffisante pour conduire sérieusement un commerce, j'y répondrai d'abord par cette réflexion que cela vient sans doute de ce qu'on ne lui permet pas assez de le faire, ensuite par l'exemple d'une famille célèbre par ses richesses, par son génie des affaires. Lorsque Mayer-Amschel Rothschild, le fondateur de la dynastie financière des Rothschild, mourut, le 13 septembre 1812, ses dernières paroles à son lit de mort furent à la fois un conseil que ses fils réunis à son chevet de rester fidèles à la loi de Moïse, toujours unis, et de ne rien entreprendre sans consulter leur mère. « Observez ces trois préceptes « que je vous laisse et vous deviendrez riches parmi les riches, et le « monde vous appartiendra !. »

Les réformes législatives que nous avons à étudier n'ont pas pour but de faire de tout le monde des Rothschild, mais lorsqu'on voit la part prise par une femme à des destinées si merveilleuses, faut-il montrer tant de défiance pour celles à qui leurs aptitudes et leur condition permettent à des degrés moins élevés de travailler directement à l'accroissement de la prospérité matérielle de la famille. Peut-on croire que la femme perd en respect et la mère en affection ou en honneur lorsqu'elle donne l'exemple du travail, de l'intelligence et de l'activité, lorsqu'on la voit aider et même suppléer son mari? Est-ce en restreignant sa capacité et en faisant sentir perpétuellement à elle et aux autres la nécessité de l'autorisation maritale que l'on grandira son rôle? Pour moi je pense que le travail de la mère, même hors de son ménage, n'est qu'une forme de son dévouement aux siens et que le travail et le dévouement sont deux titres de noblesse.

Ne craignons donc pas de faciliter à la femme mariée, par l'extension de sa capacité, l'exercice de tout métier, de toute industrie, de tout commerce utiles à sa famille et assurons de notre mieux sa participation à l'administration générale des biens de la famille qu'elle a contribué à amasser et qu'elle fait fructifier par l'épargne.

2° Il faut supposer en outre, si l'on veut abandonner tous pouvoirs au mari qu'il remplit également tous les devoirs de sa situation prépondérante et qu'il fait preuve de toute la capacité désirable. Je sais bien que l'on établit des garanties, des systèmes très savants

(1) *Revue des Deux-Mondes*, 15 juin 1888, p. 891. — M. de Varigny, *Les grandes fortunes en Angleterre*.

et très compliqués de reprises pour protéger la femme. Il semble cependant que l'idéal de la protection n'est pas l'inaliénabilité et qu'il serait plus simple, puisque l'on veut bien prévoir les abus du pouvoir marital, de permettre aux parties, à la femme comme à l'homme, de garder la libre et entière disposition des biens qu'elles craignent de voir compromettre. Si l'on écarte l'idée d'une incapacité originelle de la femme, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait stipuler, quant à ces biens, un régime d'égalité complète de droits et de charges avec son mari.

Le législateur doit tenir compte aussi des faits qui sont venus relâcher le lien conjugal. Il est difficile de comprendre que la femme séparée de biens, soit parce que son mari a mis sa dot ou ses reprises en péril, soit parce qu'elle est séparée de corps, doive continuer à lui demander son autorisation comme ci-devant; le mari infidèle, incapable ou malhonnête, garde son autorité pour tous les actes importants que veut faire sa femme. On ne saurait admettre que dans ce cas la femme mariée perdrait en dignité si elle ne dépendait que d'elle-même pour toutes ses affaires.

Enfin il est une considération que l'on peut bien invoquer de nos jours, alors que tant d'efforts tendent à développer l'instruction des femmes et à les munir de notions pratiques pour leur permettre d'affronter avec moins d'inexpérience les luttes de la vie. La mère de famille se trouve parfois dans une situation critique, lorsque la mort a enlevé au foyer domestique son chef naturel. Le malheur lui met entre les mains en un instant des droits qu'elle n'a jamais exercés, dont elle ignore peut-être jusqu'à l'existence. Son ignorance la rend trop confiante ou défiante; elle est livrée à des conseils qui peuvent être sages et désintéressés mais qui peuvent aussi chercher à profiter de son inexpérience et qui dans tous les cas ne sauraient témoigner aux intérêts de la famille le même dévouement qu'une mère. Ne serait-il pas naturel que durant le mariage, la femme fit l'expérience de ses propres forces, apprit par la gestion de ses propres affaires à se tirer d'embarras elle-même, en un mot fit l'apprentissage du rôle qu'elle devra jouer peut-être un jour. Ce ne serait encore là qu'une forme, et non la moins belle, du dévouement et de la prévoyance maternels.

De tous ces motifs on doit donc conclure, ce me semble, que l'on peut, sans craindre de porter atteinte à la constitution de la famille, examiner à quelles limites doit s'arrêter l'autorité maritale.

Toutes les législations admettant l'existence de la puissance mari-

tale, il s'ensuit que partout le mariage présente l'aspect d'une société, mais d'une société où les associés ne sont pas égaux. Il y a longtemps que cette idée a été exprimée par les moralistes, au théâtre et dans les ouvrages de droit. Qui ne connaît le discours par lequel Arnolphe inculque à Agnès dans l'*École des femmes* la substance des vrais principes sur le rôle respectif des époux :

Votre sexe n'est là que pour la dépendance ;  
Du côté de la barbe est la toute-puissance.  
Bien qu'on soit deux moitiés de la société,  
Ces deux moitiés pourtant n'ont point d'égalité :  
L'une est moitié supérieure et l'autre subalterne ;  
L'une en toute est soumise à l'autre qui gouverne<sup>1</sup>.

Ce ne sont pas là seulement maximes intéressées, phrases ridicules que Molière met dans la bouche du barbon. Le grand comique connaissait assez bien son droit pour savoir qu'il ne commettait là aucune hérésie juridique et sa philosophie n'était pas différente de celle du sage Charron : « Nous saurons, dit celui-ci<sup>2</sup>, qu'au mariage y a deux choses qui lui sont essentielles et semblent « contraires, mais ne le sont pas, savoir une égalité, comme sociale « et entre pareils, et une inégalité, c'est-à-dire, supériorité et « infériorité. L'égalité consiste en une entière et parfaite communi- « cation et communauté de toutes choses, âmes, volontés, corps, « biens... La distinction de supériorité et infériorité consiste en ce « que le mari a puissance sur la femme et la femme est sujette au « mari.. Cette supériorité et infériorité naturelle fondée sur la force « et la suffisance de l'un, faiblesse et insuffisance de l'autre. » Enfin, Pothier, à son tour, formule le principe juridique en ces termes : « La « puissance du mari sur la personne de la femme consiste, par le « droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les « devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur<sup>3</sup>. »

Les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle, entre autres Condorcet, s'élevèrent avec énergie contre l'inégalité des sexes, qu'ils qualifiaient avec raison de préjugé. Mais ils ne surent pas distinguer bien nettement la situation de la femme en général de celle de la femme mariée. La Convention était imbue des mêmes idées. Le projet de code civil présenté par Cambacérès le 9 août 1793 n'admettait plus ni puissance paternelle, ni puissance maritale.

(1) Molière, *L'École des femmes*, acte III, scène III.

(2) Charron, *De la Sagesse*, liv. I, chap. XLII.

(3) Pothier, *Traité de la puissance maritale*, 1<sup>re</sup> partie, art. 1.

Il consacrait l'égalité de l'homme et de la femme jusque dans la communauté<sup>1</sup>.

Les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas été aussi radicaux. S'ils ne reproduisent pas dans le texte les termes exprès de puissance maritale, ils consacrent la chose dans l'art. 213 en imposant à la femme le devoir d'obéissance à l'égard de son mari et ils font de cette soumission un de ces principes fondamentaux du mariage auxquels il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières<sup>2</sup>.

Diverses tentatives ont été faites depuis lors pour battre en brèche la puissance maritale et l'expulser hors de notre droit civil.

En 1866 un comité se forma, composé de jurisconsultes et de publicistes du parti libéral, avec le but d'étudier la refonte de nos lois civiles. A la séance du 25 juin, à laquelle assistaient : Jules Favre, Vacherot, Courcelle-Seneuil, Joseph Garnier, André Cochu, le docteur Clavel, Charles Lemonnier, Hérold, Clamageran, Jules Ferry, Paul Boiteau, Henri Brisson et Émile Acolas, on se prononça à l'unanimité pour la suppression de l'art. 213. Les membres présents poussèrent même l'intransigeance jusqu'à repousser l'inscription dans le code du devoir pour le mari seul de protéger sa femme, parce que cette protection pouvait encore dissimuler la prépondérance du mari et supposait sa supériorité sur la femme. A la même séance, le comité se prononça contre l'incapacité civile de la femme mariée<sup>3</sup>.

Laurent, qui rapporte ce fait, a essayé d'entraîner dans la même voie la législation belge. Chargé par le ministre de la justice de rédiger un avant-projet de révision du code civil, il fait de l'égalité du mari et de la femme le principe de toute la réforme, en ce qui concerne les droits et devoirs respectifs des époux. J'ajouterai que ses idées ne paraissent pas avoir de chances de succès quant à présent. Laurent n'ayant pu achever son travail, une commission extra-parlementaire a été instituée, par arrêté royal du 15 nov. 1884, pour étudier les réformes à introduire dans le droit civil et cette commission s'est divisée en plusieurs sections. Dans l'une d'elles M. Thiry, professeur de droit à l'Université de Liège, a été chargé du rapport sur la question des droits et des devoirs qui naissent du mariage<sup>4</sup>. Tout en se déclarant opposé aux idées de Laurent et en reconnais-

(1) Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil*, 1882, p. 425 et suiv.

(2) Code civil, art. 1388.

(3) Laurent, *Avant-projet*, etc. p. 431.

(4) Chap. VI du Code civil français, devenu chap. VIII, Sect. I du projet.

sant la nécessité de la puissance maritale pour donner à la famille une unité dans son développement, il proposait de supprimer le mot *obéissance*, comme l'a fait le code italien, car il implique une idée de servilité. L'art. 84 du projet eût été ainsi rédigé : « Le mari est le chef de l'association conjugale; il doit protection à sa femme qui porte son nom. » Mais le mot *obéissance* fut rétabli dans le texte du projet sur la demande de M. le chevalier Hynderick, conseiller à la Cour de cassation, qui fit observer qu'on pouvait fort bien garder le mot puisqu'on n'entendait pas supprimer la chose<sup>1</sup>.

Dans le code tout récent que l'Espagne vient de se donner et qui n'est en vigueur que depuis le 1<sup>er</sup> mai de cette année, le mari doit protection à la femme et celle-ci obéissance à son mari. Par suite, elle est tenue de le suivre partout où il fixe son domicile; cependant les tribunaux peuvent l'exempter de cette obligation si le mari se fixe outre-mer ou bien à l'étranger<sup>2</sup>. Le code civil de Monaco<sup>3</sup>, reproduit littéralement le texte de notre art. 213, qui s'est gardé intégralement aussi dans le pays de l'Empire allemand, où le Code Napoléon est en vigueur. Dans les codes des cantons suisses de Genève, de Vaux, de Fribourg, du Valais, du Bas-Canada<sup>4</sup>, du Pérou<sup>5</sup>, du Guatemala<sup>6</sup>, du Mexique<sup>7</sup>, on trouve aussi le devoir d'obéissance imposé à la femme mariée; mais le code du Mexique spécifie qu'elle doit cette obéissance dans les choses domestiques, dans l'éducation des enfants et dans l'administration des biens (*en lo domestico, como en la educacion de los hijos y en la administracion de los bienes*<sup>8</sup>). Le code de la République Argentine ne fait que mentionner l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari<sup>9</sup>. Enfin, en Allemagne, et c'est un point sur lequel je reviendrai plus loin, la femme est également subordonnée à son époux.

En Russie, la femme doit à son mari amour, obéissance et respect et l'idée des droits du mari y est passablement accentuée. Le code

(1) Procès-verbaux des délibérations de la Commission et de ses Sections sur le Titre préliminaire et sur les six premiers titres du Livre I du Code civil. — Rapports sur le titre préliminaire et sur les six premiers titres, etc.

(2) Art. 57, 58.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 11<sup>e</sup> année, p. 406.

(4) Art. 173 à 185.

(5) Art. 175, 176.

(6) Art. 148 à 155.

(7) Art. 201.

(8) Art. 187.

(9) Art. 107 du Svod Zakonov.

Baltique, s'appuyant sur l'agende de l'Église luthérienne du 28 décembre 1832, impose très énergiquement à la femme la soumission aux volontés de son époux et on trouve des règles analogues dans la loi polonaise de 1836<sup>1</sup>.

S'il n'y a pas de différence sensible entre les législations quant au principe, il peut y avoir des nuances. En effet, selon qu'on veut faire prévaloir l'idée d'association ou celle d'inégalité des associés, on insiste plus ou moins sur le devoir d'obéissance, et on en fait une règle plus ou moins générale, plus ou moins inviolable.

Ce n'est donc pas sur ce point que la comparaison de notre code avec les législations étrangères peut nous faire conclure à une réforme radicale. Il peut être utile cependant de rechercher quelle est la base de l'autorité maritale et quelle doit être l'étendue de son application.

L'autorité maritale implique l'idée d'une supériorité, sans laquelle il serait impossible de justifier le droit au commandement que le mari s'attribue dans la famille. C'est là une question délicate à traiter, et un des grands reproches faits à la thèse que j'expose, est le défaut de sincérité du débat, l'homme étant à la fois juge et partie. Pour y échapper, je ne saurais mieux faire que de vous citer l'opinion d'une femme sur ce sujet et à dessein je l'ai choisie parmi celles qui, grâce à leur éducation et leur mérite, auraient le plus de droits à prétendre traiter d'égal à égal avec ce qu'on a spirituellement appelé l'aristocratie du sexe.

« J'ai été élevée, dit M<sup>me</sup> de Witt, née Guizot<sup>2</sup>, dans la croyance « à la disparité comme à l'égalité des sexes. J'ai vécu au milieu de « femmes aussi distinguées que les hommes dont elles partageaient « les travaux et secondaient de tout leur pouvoir les nobles ambitions. « Pour mon compte et d'après mon observation personnelle, je re- « connais, même dans de semblables conditions, l'infériorité fémi- « nine, non seulement comme étendue et puissance des facultés « intellectuelles, mais comme valeur et force morale.... Avant son « mariage, ma mère (Élisa Dillon) écrivait à sa sœur dans une lettre « intime : Il y a dans la raison des hommes quelque chose de supé- « rieur qui dédommage de la soumission; leur volonté est calme, « tandis que la nôtre s'agite sans cesse; une multitude de petits in- « cidents qui nous contrarient vivement ne les atteignent même pas,

(1) Lehr, *Éléments du droit civil russe*, p. 39 et suiv.

(2) *Les Femmes dans l'histoire*, p. 1.

« aussi veulent-ils moins fréquemment, mais plus également et plus durablement que nous... »

Aucun homme ne saurait plus finement analyser les motifs naturels de la puissance maritale.

Avant le mariage, nous proclamons l'égalité des sexes, c'est-à-dire le même droit à la libre disposition de la fortune matérielle et de cette fortune idéale que l'on appelle les facultés intellectuelles ou morales. Mais il ne faudrait pas se laisser abuser par ce mot égalité; il ne signifie nullement identité. Sans pour cela rabaisser le rôle de la femme comme épouse et comme mère, tout en lui reconnaissant des facultés et des mérites que l'on ne trouve pas au même degré dans l'homme, tout en accordant qu'elle n'est pas inférieure à lui dans la somme de ses aptitudes, on est obligé de constater qu'en règle générale l'homme possède, plutôt que la femme, celles de qualités qui sont nécessaires pour exercer le commandement et imprimer l'unité à la direction de l'association conjugale. C'est pour cela et non pour remédier à une incapacité dérivant de la faiblesse inhérente au sexe, que l'autorité maritale doit être conservée dans nos lois. C'est ce qui en fait aussi la force; la conformité de cette institution avec la nature même des choses l'a implantée dans les mœurs; elle y a poussé des racines trop profondes et trop vivaces pour qu'on songe à l'en déraciner.

Mais si on écarte l'idée d'une infériorité absolue de la femme, il me semble qu'il serait bon de moins insister sur l'obéissance qu'elle doit et un peu plus sur la collaboration qu'elle apporte au chef commun. C'est ainsi que le rôle respectif des époux est défini dans certains codes d'origine allemande qui, cependant, affirment bien énergiquement la prépondérance du mari.

L'homme est le chef de la famille, dit le code de Zurich; il est tenu d'entretenir sa femme d'une façon convenable et conforme à leur condition et de la protéger contre toute injure. C'est lui qui préside à l'administration domestique et subvient aux frais qu'elle nécessite; mais la femme est tenue d'y contribuer et d'y aider de son côté dans la limite de ses ressources et de ses facultés. Elle devient par le mariage la compagne (*Genossin*) de son mari. Les codes de Glaris et de Berne reproduisent les mêmes idées<sup>2</sup>. Le projet de code civil de l'Empire d'Allemagne est plus explicite encore sur les

(1) Code de Zurich, art. 584, 585, 586.

(2) Code de Berne, art. 83, 84. — Code de Glaris, art. 45 et 46.

devoirs généraux des époux. Voici ce que dit notamment son art. 1293 : « Au mari appartient la décision dans toutes les circonstances qui intéressent la vie conjugale. C'est lui notamment qui détermine le domicile et la résidence. La femme n'est pas tenue de donner suite à la décision du mari si cette décision lui paraît constituer un abus de l'autorité maritale contraire au véritable esprit du mariage. » Cette dernière disposition est critiquée en Allemagne<sup>1</sup>, trop vivement même pour l'importance qu'elle peut avoir dans la pratique.

Ces principes tiennent plus de la morale que du droit positif et il est difficile d'en assurer l'application par une sanction pratique. Il n'est pas superflu cependant de les inscrire dans le code. C'est le livre de tout le monde et non pas seulement le guide du juge. Il est bon de tracer les limites dans lesquelles les devoirs moraux qui résultent du mariage prennent en même temps le caractère de loi écrite, de devoir juridique. Au lieu de supprimer l'art. 213, peut-être serait-il préférable de l'étendre davantage et à côté du devoir d'obéissance d'y inscrire sous une forme quelconque les droits que donne à la femme mariée sa qualité de compagne, d'associée.

Le principe de l'autorité maritale une fois posé, il reste à en déterminer l'étendue. Il ne s'agit pas, comme le supposent dans l'intérêt de leur thèse les socialistes de l'école de Bebel ou les champions de l'émancipation des femmes, de satisfaire chez l'homme à une ambition injustifiée du commandement; on ne peut plus aujourd'hui parler sérieusement de l'asservissement des femmes.

Ce n'est pas non plus pour garantir la femme contre sa propre faiblesse, sans quoi il lui faudrait un tuteur avant et surtout après le mariage. Mais cette puissance, il faut le répéter, car de ce principe découlent des conséquences importantes, cette puissance n'a d'autre raison d'être que de maintenir au dehors ou au dedans l'unité de la famille, au point de vue moral comme au point de vue juridique.

Il en résulte qu'elle est susceptible d'augmenter ou de diminuer avec les mœurs et qu'on ne saurait lui attribuer de limites précises. *A priori* on pourrait dire qu'elle est en raison directe de la différence qui sépare les deux sexes, et qu'elle doit diminuer toutes les

(1) Gierke, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*. Jahrbuch für Gesetzgebung, etc., von Schmoller, xiii<sup>e</sup> année, Supplément au 2<sup>e</sup> fascicule, p. 47. — Kloppel, *Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum bürgerl. Gesetzbuche* Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, von Rassow et Kuntzel. 1889, 1<sup>er</sup> fascicule, p. 86.

fois que les habitudes sociales, l'éducation et l'instruction affaiblissent cette différence. Sans nier le principe fondamental, il est donc permis de critiquer les applications qui en sont faites par le droit positif et de se demander si des règles édictées par ce droit, il y a plus de quatre-vingts ans, correspondent encore aux besoins de notre société et sont au niveau des réformes faites à l'étranger.

Quelles sont donc les règles admises par notre Code civil? Lorsqu'il s'est agi de le rédiger, on s'est trouvé en présence de doctrines diverses sur la condition légale des femmes mariées et leur incapacité. On peut compter jusqu'à quatre systèmes plus ou moins différents :

Le premier est celui de la faiblesse du sexe, et de l'inexpérience des femmes; le second, celui de la puissance maritale et de l'intérêt exclusif du mari; le troisième consiste à mélanger les deux premiers; le quatrième enfin, développé par Bouhier, en appelle à la bienséance et en fait de cette bienséance une institution d'ordre public<sup>1</sup>.

En résumé, les rédacteurs du code se trouvaient en présence de deux doctrines : l'une faisant de l'autorisation maritale un secours au profit de la femme incapable, l'autre un instrument d'autorité entre les mains du mari. Incapacité d'ester en justice; spécialité de l'autorisation; assistance du mari à toutes les clauses des contrats passés par sa femme; nécessité de suppléer à son autorisation par celle de justice, si par quelque accident l'assistance du mari est impossible; nullités que la femme même peut invoquer si elle fait un acte sans être assistée; insuffisance de l'assistance du mari toutes les fois que le contrat est dans son intérêt; telles sont les conséquences de la première doctrine. La seconde conduit au contraire à des solutions diamétralement opposées.

Entre ces deux doctrines, il semble que le législateur ait hésité. Il n'a pas déterminé dans les travaux préparatoires bien nettement

(1) V. Ernest Dubois, *De la condition légale des femmes sous le rapport du S. C. Velléien en droit romain et de l'incapacité de la femme mariée en droit français*. — Les anciens auteurs cités par lui comme les partisans de ces divers systèmes sont : — Premier système : Rebuffe, Pontanus, Laferon, Guillaume, Bouvot, Peckius, Chasseneux, Tiraqueau, Buguyon et Rodemburg dont Merlin cite des passages (*Répertoire*, v<sup>o</sup> autorisation maritale. Sect. 2, t. I. p. 490). — Deuxième système : Pothier, D'Aguesseau, Coquille, D'Argentré, Ricard, Leprêtre, Legrand, Merlin; le troisième plaidoyer de D'Aguesseau (3 avril 1691) est particulièrement intéressant à consulter. — Troisième système : Lebrun. — Quatrième système : Bouhier.

sa manière de voir et posé les principes sur une base solide. Les idées anti-auctoritaires de Cambacérès et de la Convention n'étaient pas de nature à tenter les esprits. « Le Code Napoléon, dit Laurent<sup>1</sup> revint à la tradition. A vrai dire il y avait deux traditions : « le Droit coutumier consacrait l'incapacité de la femme mariée et « la puissance maritale; le Droit romain au contraire, tel qu'il était « pratiqué dans les provinces de droit écrit, reconnaissait à la femme « une indépendance complète pour ses biens paraphernaux. Il y avait « donc un principe d'égalité et un principe d'inégalité; les auteurs « du Code se prononcèrent pour la subordination de la femme ».

Le choix qu'ils ont fait n'a même pas le mérite d'être aussi net que le dit Laurent. Ils ont en effet incliné vers le premier système, celui de l'incapacité de la femme, puisqu'ils ont exigé la spécialité de l'autorisation maritale, et l'autorisation de justice toutes les fois que l'autorisation maritale ne pouvait être donnée. Puis tournant brusquement vers la doctrine opposée, ils ont laissé la femme libre en général de contracter avec son mari, sans aucun contrôle, sans aucune autorisation. Toutefois ce qui domine, on peut le dire, c'est la doctrine de l'incapacité, c'est la défiance à l'égard de la femme; on a supposé que si on lui laissait des pouvoirs plus étendus, on risquerait de compromettre son patrimoine et comme la famille entière est intéressée à la conservation de celui-ci, on a confié sa gestion au mari.

Il y aurait peut-être bien quelque rapprochement à faire entre cette tendance du législateur de 1803 et l'idée ancienne de la copropriété familiale; mais cela sortirait trop du cadre et des limites de cette étude.

Ainsi la doctrine des rédacteurs du Code Napoléon peut se formuler, ainsi que l'ont fait Aubry et Rau avec leur netteté habituelle, de la façon suivante<sup>2</sup> : « Sanctionner par tous les actes de la vie civile le « devoir d'obéissance imposé à la femme de garantir son patri- « moine, en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du mé- « nage 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'autorité « maritale, laquelle est moins requise dans l'intérêt personnel de la « femme elle-même que dans celui du mari, considéré comme chef

(1) *Avant-projet*, etc., p. 425.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 142, § 472 et note 20. — Laurent, *Droit civil*, etc., t. III, § 100.

« de l'union conjugale et comme gardien de tous les intérêts qui s'y rattachent. »

Pour atteindre ce but, notre Code frappe la femme mariée d'une incapacité générale, c'est-à-dire s'appliquant à tous les actes et indépendants du régime matrimonial adopté<sup>1</sup>. S'il n'a pas dit en toutes lettres que la femme était incapable de *s'obliger* sans l'autorisation de son mari, ainsi que le proposait le Tribunat, c'est afin qu'on ne pût pas en induire que la femme mariée est incapable d'être valablement engagée, quand il s'agit d'une obligation qui prend sa source soit dans le fait d'un tiers, soit dans la *versio in rem*, soit dans un délit, soit dans un quasi délit. L'énumération contenue dans le Code des actes pour lesquels l'autorisation maritale est nécessaire n'est pas restrictive; il faut d'ailleurs la compléter par les dispositions de l'art. 213, qui imposent à la femme le devoir de l'obéissance dans des limites indéterminées. Si l'incapacité de la femme mariée n'a pas été formulée d'une façon plus énergique et plus absolue, c'est uniquement par un scrupule de rédaction, à cause des quelques exceptions qu'elle peut souffrir.

Donc, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux, la femme ne peut sans l'autorisation de son mari

Ester en jugement même si elle est marchande publique et pour les faits de son commerce.

Donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux.

Recevoir de son mari une autorisation générale, à moins qu'elle ne s'applique à l'administration des biens de la femme.

Dans tous les cas où le mari refuse ou bien est incapable physiquement ou moralement de donner son autorisation, on doit y suppléer par l'autorisation de justice.

Enfin la nullité résultant du défaut d'autorisation peut être opposée par le mari, la femme et leurs héritiers.

Cette incapacité ne varie avec les régimes matrimoniaux qu'en ce qui concerne l'administration des biens de la femme. Depuis le régime de la séparation de biens jusqu'à celui de la communauté légale, il y a une gamme assez étendue. Mais nous pouvons remarquer en passant que c'est sous ce dernier régime, celui des mariés sans contrat, celui des pauvres gens, que la femme est le plus complètement désarmée envers son mari.

(2) Code civil, art. 215, 217, 223, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225. — Laurent, *Droit civil*, t. III, § 97.

Avant d'exposer les règles suivies dans les pays étrangers, demandons-nous comment il convient d'apprécier en elles-mêmes celles qui nous régissent.

« En statuant ainsi, dit Gide<sup>1</sup>, les rédacteurs du Code, qu'on me permette de le dire, n'ont pas seulement manqué de logique; ils ont manqué, ce qui est plus grave de leur part et plus surprenant, d'esprit pratique et de prévoyance. Assurément, s'il est un cas où nos législateurs devraient croire à la faiblesse et à l'impuissance de la femme, c'est le cas où la femme a ses intérêts à défendre contre son mari lui-même. Je concevrais encore qu'ils l'eussent jugée capable de résister à l'influence du mari s'ils avaient eu soin de lui laisser dans le ménage une certaine mesure d'indépendance et d'activité personnelle et de l'habituer ainsi à connaître ses intérêts et à les défendre. Mais qu'ont-ils fait? Ils ont traité la femme mariée en pupille, ils ont fait peser sur elle une double tutelle, celle du mari et celle de la justice, ils l'ont habituée à ne voir et à n'agir jamais que par les yeux et la main d'un maître; et puis au jour du péril, quand ce maître et ce protecteur s'est changé pour elle en un adversaire, ils lui ont soudain retiré leur appui et l'ont laissée pour la première fois seule et sans défense! Jamais, il faut en convenir, les habiles rédacteurs du Code n'avaient appliqué plus maladroitement leur procédé habituel d'éclectisme. C'est que, en effet, tout compromis, tout moyen terme est impossible, en présence de ces deux systèmes absolus et contradictoires. La femme mariée est-elle incapable ou capable? L'autorisation maritale n'est-elle qu'un moyen de suppléer à son incapacité, ou n'a-t-elle pour but que d'imprimer l'unité de direction et de vues au gouvernement du ménage? Il faut opter franchement pour un principe ou pour l'autre et en accepter sans réserves toutes les conséquences. »

Nous avons vu déjà quelle est la position à prendre dans le débat. Capable la veille du mariage, la femme ne devient pas incapable le lendemain, parce que ses actes dès lors ne l'intéressent plus seule; sans quoi, pour être logique, il faudrait la déclarer incapable non seulement durant le mariage, mais durant le veuvage, ce que n'a pu faire jusqu'ici aucune législation.

« Il faut donc le reconnaître, dit encore Gide<sup>2</sup>, la capacité natu-

(1) P. 472.

(2) P. 474, 475 et 476.

« relle de la femme, loin d'être amoindrie, ne peut qu'être accrue par le mariage. Mais en acceptant ce principe nous sommes contraints d'en accepter aussi toutes les conséquences; elles ne vont à rien moins, on le sait, qu'à introduire dans les dispositions du Code Napoléon sur l'autorisation maritale, trois modifications importantes: 1° supprimer la spécialité de l'autorisation; 2° affranchir de toute autorisation la femme dont le mari est absent ou incapable; 3° priver la femme qui a traité sans autorisation de l'action en nullité et n'accorder cette action qu'au mari... les trois réformes ne sont point à vrai dire des innovations, mais bien plutôt un retour aux plus pures traditions de notre ancienne jurisprudence, à la doctrine professée par les premiers fondateurs de notre droit, depuis Beaumanoir jusqu'à Coquille... D'ailleurs elles ne répondraient pas moins aux besoins de la pratique qu'aux exigences logiques de la théorie. Le mari pourrait, en lui donnant une autorisation générale, faire de la femme un autre lui-même; le ménage privé de son chef ne serait pas perpétuellement embarrasé, entravé, grevé par la nécessité d'une autorisation judiciaire qui n'est souvent qu'une formalité coûteuse; la femme tutrice de son mari interdit ou gérant la communauté pour son mari absent aurait autant de droits sur ses propres biens que sur ceux du mari ou de la communauté; on n'aurait pas ce scandale d'une femme qui contracte librement, en pleine connaissance de cause et qui ensuite attaque elle-même son contrat; enfin les dangers que présente actuellement pour la femme incapable la faculté de s'obliger pour son mari ou, en général, de contracter avec lui, disparaîtraient en grande partie si la femme n'était plus traitée en pupille, si elle pouvait suppléer au besoin le chef de ménage et acquérir ainsi l'expérience des affaires. »

Il est trop délicat de toucher à une œuvre comme notre Code pour que je ne sois pas heureux d'abriter mon opinion personnelle sous l'autorité de Gide. Non seulement j'estime qu'il y aurait lieu d'adopter les trois réformes qu'il indique, mais peut-être pourrait-on en indiquer d'autres encore.

Le Code, entrant ouvertement dans une voie nouvelle, devrait proclamer la capacité de la femme mariée en ne réservant que les dérogations qu'y pourraient apporter les conventions matrimoniales,

(1) Viollet, *Précis de l'histoire du Droit français*, t. I, p. 242 et suiv.

et celles qui tiennent à l'essence même du mariage. Par suite il devrait :

1° Reconnaître à la femme mariée le droit de disposer de ses propres et de contracter librement des engagements que l'on pourrait faire exécuter sur ces biens. Si la femme aliène la capacité qu'elle avait avant le mariage et confie à son mari l'administration et la disposition d'une partie de sa fortune ou de toute sa fortune, en vertu du principe posé, c'est sa volonté seule et non la loi qui crée cette incapacité relative; c'est elle par conséquent qui en trace les limites et, pour tout ce qui est en dehors, elle demeure capable comme auparavant.

2° Permettre à la femme mariée d'ester en justice en ce qui concerne les propres dont elle garde la disposition.

3° Lui permettre d'ester en justice pour les actes concernant son commerce si elle est marchande publique, car on ne voit pas très bien en quoi la bienséance, invoquée par certains vieux auteurs, peut souffrir de ce que le nom de la femme figure sans celui du mari sur un placet ou une assignation. Dans le cas où la femme est autorisée à faire le commerce, cette autorisation implique, à titre accessoire, celle d'ester en justice pour tous les actes de ce commerce.

4° Lui permettre de disposer, sous tous les régimes, des fruits de son travail personnel, de son industrie ou de son commerce. Cette réforme serait urgente et importante surtout si l'on conserve comme régime légal la communauté telle que le Code la comprend. Elle permettrait à la femme d'économiser plus souvent, de constituer à la famille un fonds de réserve auquel le mari ne pourrait toucher, soit pour satisfaire à ses passions, soit pour couvrir des spéculations imprudentes. Par là, dans les familles d'une condition modeste, la situation de la femme ne pourrait qu'être grandie et assurée.

En 1881 les Chambres ont fait une tentative dans ce sens. En vertu de la loi du 9 avril 1881<sup>1</sup> la femme mariée peut déposer des fonds à la Caisse d'épargne sans l'autorisation de son mari; elle peut aussi les retirer, mais pourvu que le mari n'y fasse pas opposition. Celui-ci peut du reste toujours retirer le dépôt tandis que le retrait n'est admis pour la femme que sauf opposition. La discussion incidente de cette question, au milieu d'une loi créant la caisse

(1) Sirey, *Lois annotées*, 1881-1885, p. 288. — *Journal des caisses d'épargne*, 7<sup>e</sup> année, p. 11, 33, 112.

d'épargne postale, est des plus instructives. Pour calmer les scrupules de ceux qui prétendaient que cette disposition était en contradiction avec le Code civil, on admit au Sénat que la femme mariée, en déposant et en retirant les fonds, est censée agir en vertu d'un mandat tacite du mari. C'est ce principe du mandat tacite qui a fait repousser un amendement proposé par M. Bozérian, en vertu duquel les maris ne pourraient retirer les sommes déposées par leurs femmes qu'avec le consentement de celles-ci, sauf à faire trancher par le juge de paix le différend s'il y en avait entre eux.

Ces scrupules, j'avoue ne guère les comprendre, même dans l'état actuel de la législation ; ils tomberaient d'eux-mêmes si on se décidait à ne plus considérer comme un dogme absolu, supérieur à toute réforme, le principe de l'autorisation maritale.

Toutes ces modifications aux articles de notre Code civil ne sont pas d'ailleurs de pures inventions et des théories imaginées à plaisir. Je conçois les craintes que de telles propositions pourraient inspirer si elles étaient jusque-là restées inconnues et si nous n'en pouvions constater la réalisation plus ou moins complète, pour peu que nous prenions la peine de franchir nos frontières, de passer un détroit, un fleuve ou une montagne.

Voyons donc, en reprenant les groupes que j'ai tracés au début, comment la capacité de la femme mariée est traitée à l'étranger.

Le code civil néerlandais maintient la femme mariée sous la même incapacité que notre code ; ses dispositions sont les mêmes en ce qui concerne l'incapacité d'ester en justice, la spécialité de l'autorisation maritale. L'art. 163 prend même soin de spécifier que l'autorisation donnée par le mari de faire ou passer un acte ne donne pas à la femme le droit de faire un paiement ni de donner décharge sans son consentement exprès. Le régime légal est la communauté universelle ; les conventions matrimoniales sont libres, mais seulement dans des limites aussi restreintes que celles du Code Napoléon<sup>1</sup>.

La principauté de Monaco a un code civil qui ne présente avec le nôtre que des différences légères, ne touchant pas à la capacité de la femme mariée<sup>2</sup>.

Je ne fais que citer également les codes du Mexique, de la Répu-

(1) Art. 158, 160, 161, 163, 165, 170, 195. — La traduction française des codes néerlandais a été faite par M. Tripels.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, 7<sup>e</sup> année, p. 487 et 489. — *Id.*, 11<sup>e</sup> année, p. 406.

blique Argentine, du Pérou, du Guatemala et du Bas-Canada, qui n'ont fait que copier presque littéralement le Code Napoléon<sup>1</sup>.

Il en est de même en Suisse, dans les lois civiles des cantons de Genève, de Fribourg, du Valais et du pays de Vaud<sup>2</sup>. On y trouve cependant des nuances qu'il est intéressant de signaler en passant. Dans le canton de Genève, la femme qui veut s'obliger pour son mari ou dans son intérêt doit demander au procureur général de lui nommer deux conseillers, lesquels, après serment prêté, examinent l'affaire et accordent ou refusent l'autorisation. A Fribourg, pour certains actes, la femme a besoin à la fois de l'autorisation maritale et de celle de la justice. Pour d'autres l'autorisation maritale suffit ; pour ces deux catégories à la fois, elle recouvre une capacité entière par l'effet de la séparation de corps ou de biens. Dans le pays de Vaud et dans le Valais, au-dessus et à côté de la puissance maritale, on trouve soit l'assistance de deux des plus proches parents de la femme, soit celle de la chambre pupillaire ; toutefois dans le premier canton, la femme, marchande publique, peut ester en jugement.

Les pays de ce premier groupe dont il est le plus intéressant de comparer les institutions aux nôtres sont : l'Espagne, à cause de la date récente de l'application de son code, la Belgique, à cause de ses tentatives de réforme, et l'Italie, dont le code donne le type de la révision la plus complète qui ait été fait jusqu'ici du nôtre.

En Espagne le mari est administrateur des biens de la société conjugale, sauf stipulation contraire. Il représente sa femme qui ne peut ester en justice sans son autorisation, sauf pour plaider contre lui comme demanderesse ou défenderesse, pour défendre au criminel et quand elle est habilitée conformément à l'art. 1995, 2<sup>e</sup> de la *Ley de Enjuiciamiento civil*. La femme ne peut, sans licence ou pouvoir du mari, acquérir à titre onéreux ou lucratif, engager ses biens, s'obliger sauf les cas et dans les limites prévues par la loi et les actes faits par elles contrairement à ces dispositions sont nuls. En

(1) Code du Mexique, art. 201, 204. — République Argentine, art. 184, 187. — Code du Pérou, art. 174, 175, 176. La loi de réforme du Code civil de 1882, dans ses art. 46, 47, 48, confirme les incapacités édictées par le code.

(2) Code de Genève, art. 212, 213, maintenus par la loi du 5 avril 1876, *Annuaire de lég. étrang.*, 6<sup>e</sup> année, p. 572. — Fribourg, art. 55, 57, 58. — Valais, art. 88 à 96. — Vaud, art. 114, 115, 116.

(3) Loi du 10 août 1886. — *Annuaire de lég. étrang.*, 15<sup>e</sup> année, p. 546.

(4) Code civil espagnol, art. 56 à 62, 188, 1315, 1336 à 1391, 1412, 1413, 1416, 1432 à 1444. — Gide, p. 310 et suiv.

cas d'absence toutefois, la femme majeure de l'absent pourra disposer librement des biens qui lui appartiennent, mais non aliéner, changer, hypothéquer les biens du mari, ou ceux de la société conjugale sans autorisation de justice. Elle ne peut disposer librement de ses paraphernaux et, même dans le cas où elle est séparée de biens, aliéner sans autorisation de justice les immeubles qui lui sont attribués par la liquidation ou dont elle a l'administration.

Quelles que soient les modifications introduites d'autre part dans le régime légal et les règles qui régissent la dot, on voit que l'incapacité est aussi générale qu'en droit français.

La Belgique a gardé notre code civil intact jusqu'à présent dans la partie qui nous occupe. On a cherché toutefois à y introduire des réformes.

Il y a quelques années, Laurent, le civiliste fameux, a été chargé tout d'abord de présenter un avant-projet de révision du Code civil'. Ce travail, dont l'esprit est extrêmement libéral, est resté inachevé. Il a traité cependant d'une façon générale les droits et devoirs respectifs des époux. Les réformes qu'il propose paraissent d'autant plus radicales qu'elles portent sur une œuvre aussi réputée que le Code Napoléon et qu'elles briseraient résolument la chaîne qui le rattache aux anciennes théories. Il entend abroger la puissance maritale et placer la femme mariée sur un pied d'égalité complet avec son mari.

Voici le texte même dans lequel il a formulé ses idées :

« Art. 211. La femme mariée est capable de contracter, d'aliéner, et d'ester en jugement quand elle a des propres dont l'administration et la jouissance lui appartiennent.

« Si les époux sont communs en biens, l'administration de la communauté appartiendra au mari et à la femme, comme il sera dit au titre « Du contrat de mariage. » Quant aux biens qui restent propres aux époux, on suivra, pour l'administration, les règles qui seront établies au même titre. Aucun des époux ne pourra, sous ce régime, disposer de ses propres sans le concours de son conjoint. En cas de dissentiment, le juge pourra autoriser l'époux propriétaire à disposer et à ester en jugement.

« Art. 212. Si l'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

(1) Laurent, *Avant-projet, etc.*, p. 425 et suiv.

« 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 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 du demandeur et celui de la famille.

« Art. 213. Si l'un des époux ne peut pour cause d'absence ou d'interdiction concourir à un acte pour lequel son consentement est nécessaire, on suivra pour l'administration et la disposition des biens soit communs, soit propres, les règles qui sont établies au titre du contrat de mariage.

« Art. 215. Le juge de paix peut sous tous les régimes autoriser la femme à placer à la caisse d'épargne le produit de son travail et les économies faites sur les dépenses du ménage.

« La femme pourra retirer les sommes inscrites à son livret sauf au mari à former opposition pour cause de divertissement. Dans ce cas la contestation sera portée devant le tribunal.

« Art. 216. Si l'un des époux fait seul un acte pour lequel la loi exige le concours de son conjoint, l'acte n'aura aucun effet à l'égard de celui-ci à moins qu'il ne le ratifie; dans ce cas, l'acte pourra lui être opposé à partir de la ratification. »

Depuis lors une commission extra-parlementaire, animée de tendances absolument différentes, a été instituée par un arrêté royal du 15 novembre 1884.

Le rapport sur cette partie a été confié à M. Thiry, professeur à l'Université de Liège. Dans sa séance du 3 novembre 1886, la 1<sup>re</sup> section de la Commission de révision a discuté la partie du rapport qui touche aux effets généraux du mariage. Après avoir inséré, comme je l'ai dit plus haut, dans l'art. 82, le devoir d'obéissance de la femme, elle s'est contentée de reproduire les doctrines du Code Napoléon sauf sur les points suivants :

1° L'autorisation maritale n'est pas requise dans les instances en divorce, en séparation de corps et de biens ou en séparation de biens et lorsque la femme actionne son mari en exécution de l'obligation d'élever des enfants, qu'établit l'art. 95 du projet.

2° L'autorisation de justice n'est pas nécessaire dans les cas prévus par les art. 221 et 222 du Code Napoléon.

3° Le mari peut donner une autorisation générale à sa femme. J'ajouterai que la loi du 16 mars 1865 permet à la femme mariée de déposer des fonds à la caisse d'épargne et de les en retirer. Si le

mari y fait opposition, la contestation est portée devant le juge de paix, mais il n'a pas le droit de retirer de son autorité privée le dépôt fait par la femme.

Une loi récente du 14 décembre 1887<sup>1</sup> a permis, dans le Grand-Duché du Luxembourg, aux femmes mariées de se faire ouvrir des livrets sans l'assistance de leur mari et de retirer sans cette assistance les sommes déposées, mais elle ne va pas plus loin et ne garantit pas plus que notre loi du 9 avril 1887, le dépôt de la femme contre le retrait que le mari peut toujours faire lui-même comme chef de la communauté.

Le Code italien<sup>2</sup> a fait le premier un pas notable vers l'extension de la capacité civile de la femme mariée. Le projet de Miglietti allait même jusqu'à abolir l'autorisation maritale, empruntant cette disposition à la législation autrichienne qui régissait la Lombardie et la Vénétie. La Chambre était assez favorable à cette idée mais les jurisconsultes lui firent une vive opposition, prétendant que les hommes de loi de la Lombardie déploraient de voir chez eux de pareilles institutions. Le Sénat soutint cette opposition et on transigea.

Comme toute transaction, celle-ci n'alla pas sans jeter quelque ambiguïté dans les dispositions du Code et sans enlever de la netteté au principe directeur. L'art. 1106 place la femme mariée parmi les incapables, et l'art. 134 énumère les actes qu'elle ne peut faire sans l'autorisation de son mari; ce dernier article est très restrictif. L'incapacité édictée par le Code italien n'est pas aussi générale cependant que celle du Code français; l'autorisation maritale, un instant compromise, y a repris sa place, mais avec des restrictions importantes.

1° Elle cesse d'être nécessaire quand la femme fait le commerce — quand elle est séparée de corps — quand le mari est mineur, absent, condamné à certaines peines; dans ces cas, la femme n'est même pas soumise à l'autorisation de justice.

2° Elle peut être générale, donnée par contrat de mariage et porter sur le droit de disposer.

3° Elle est insuffisante quand il y a opposition d'intérêts entre le mari; dans ce cas, la nécessité de l'autorisation judiciaire constitue

(1) *Ann. de lég. étrang.*, 17<sup>e</sup> année, p. 645.

(2) Gide, p. 289 et suiv. — Huc, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. I, p. 66 et suiv.

une garantie qui remplace celle du sénatus-consulte velléien et complète mieux qu'elle le système de l'inaliénabilité dotale.

En Italie la femme mariée peut, comme en France, déposer sans l'assistance du mari des fonds à la caisse d'épargne et les en retirer de même, sauf opposition du mari<sup>1</sup>.

Enfin une loi du 9 décembre 1877, en accordant aux femmes le droit d'être témoin dans les actes publics et privés, prouve la faveur croissante que rencontre dans ce pays l'extension de la capacité des femmes<sup>2</sup>.

Si nous abordons maintenant les législations de l'Angleterre et des États-Unis, nous passons sans transition au régime de la liberté et d'égalité presque complète<sup>3</sup>.

Autrefois, dans les États-Unis de l'Amérique du Nord, la *Common law* était identique au fond à l'ancien droit anglais et la jurisprudence avait été amenée, comme en Angleterre, à se servir de fictions pour faire cadrer les dispositions légales avec les mœurs et les nécessités sociales à mesure que celles-ci changeaient. Bien avant que l'Angleterre songeât à remanier son antique législation sur la capacité civile de la femme mariée, les États-Unis avaient rompu par des réformes radicales avec les anciennes traditions.

Le mouvement en faveur de l'extension de la capacité de la femme prit naissance et se développa parallèlement au mouvement abolitionniste. L'État de Vermont donna le premier, en 1840, l'exemple de la réforme et les autres suivirent plus ou moins rapidement. Le mouvement a même gagné la partie nord-ouest du Canada et l'Amérique du Sud. Dans ses traits principaux, on peut dire qu'elle est achevée dans la plupart des États. Des lois particulières viennent seulement de temps à autre régler certains détails utiles ou corriger certaines fautes que la pratique révèle.

(1) *Ann. de lég. étrang.*, 15<sup>e</sup> année, p. 554.

(2) *Ann. de lég. étrang.*, 17<sup>e</sup> année, p. 423.

(3) Neubauer, *Das im Auslande geltende eheliches Güterrecht*, p. 25 et suiv. M. Neubauer, rédacteur adjoint du projet du Code civil de l'empire d'Allemagne, a été amené par ses fonctions à étudier les régimes matrimoniaux en vigueur en Allemagne et dans les autres pays. Il a colligé dans ce but un certain nombre de documents, publiés en deux fascicules, l'un pour l'Allemagne et l'autre pour les pays étrangers, qu'il est très intéressant de consulter; les États-Unis de l'Amérique du Nord y occupent notamment une place importante. V. en outre pour l'Amérique les *Annales de lég. étrangère*, 5<sup>e</sup> année, p. 856, 880; 7<sup>e</sup> année, p. 766, 772; 8<sup>e</sup> année, p. 708; 10<sup>e</sup> année, p. 675; 11<sup>e</sup> année, p. 802; 13<sup>e</sup> année, p. 785, 774; 15<sup>e</sup> année, p. 796.

Actuellement le mariage n'a presque pas d'influence sur la capacité de la femme. Prenons comme exemple la législation de l'État de New-York :

En ce qui concerne ses propres, la femme mariée a les mêmes droits et est soumise aux mêmes obligations que si elle était indépendante. Elle peut avoir, recevoir et transmettre une propriété réelle et personnelle. Elle fournit des sûretés comme exécuteur testamentaire, administrateur d'une succession et tuteur comme si elle n'était pas mariée ; peut exercer en son nom un commerce ou une industrie et les produits qu'elle en retire lui appartiennent ; elle peut recevoir un mandat général ou une procuration ; elle peut ester en justice comme demanderesse ou défenderesse, seule ou avec d'autres comme si elle était célibataire.

Enfin, d'une façon générale, d'après une loi récente du 28 mai 1884, une femme mariée peut contracter dans les mêmes conditions et dans les mêmes formes que si elle n'était pas mariée. Elle oblige, toutes les fois qu'elle s'engage, sa fortune personnelle, que l'engagement ait ou non rapport à son commerce ou à ses propres. Dans aucun cas il n'est nécessaire qu'elle engage expressément ses propres.

Quelques États vont encore plus loin. La Géorgie, garantit dans sa constitution à la femme mariée la propriété séparée de tous les biens qu'elle possède au jour de son mariage et tous ceux qu'elle acquiert par donation, succession ou autrement. En Wyoming et en Massachussets, elle peut aussi exercer des droits politiques ; sans aller jusque-là, on ne peut s'empêcher d'être frappé du succès obtenu par cette révolution législative dont je viens de citer un exemple.

Les tendances réformatrices ont eu à lutter tout d'abord contre la résistance des légistes ; ceux-ci ont été vaincus par un courant d'opinion irrésistible. Depuis l'application des nouvelles lois, ils sont revenus sur leur appréciation. Tout le monde se félicite du changement radical introduit dans la situation juridique de la femme mariée sur la presque totalité du territoire des États-Unis et on traite de chimères les craintes que ne manquent pas d'exprimer les jurisconsultes européens.

Parmi les raisons qui ont fait adopter une législation aussi égalitaire, il en est une qui mérite d'être notée et que M. Dudley Field, avocat à New-York, indiquait à la commission anglaise chargée de réviser les lois sur la capacité de la femme mariée. « C'est le désir « de donner aux femmes pauvres la protection assurée déjà aux

« femmes riches par un système de fidéi-commis inaccessible aux « petits artisans et aux petits commerçants, le désir de protéger « les femmes contre l'entraînement d'une confiance aveugle qui les « pousse, aux premiers temps du mariage, à se mettre à la merci « de leur mari, le désir de soustraire la fortune de la femme aux « créanciers de son mari et la conviction que l'affection mutuelle « des époux serait plus accrue par un régime d'égalité que par une « subordination de l'un à l'autre, en dehors de ce qu'exige la nature même des choses ».

Nous sommes peut-être trop habitués à juger superficiellement les institutions civiles de ce pays d'après une réputation légendaire d'excentricité. Il est permis de croire que depuis le commencement du siècle les mœurs se sont singulièrement façonnées et rapprochées de celle de notre vieux continent. La facilité croissante des communications ne permet plus de différences extrêmement tranchées entre des peuples qu'unissent leurs intérêts matériels, qui s'informent perpétuellement de ce qui se passe chez les uns ou chez les autres. En tout cas, personne ne conteste aux Américains du Nord le mérite d'être des économistes pratiques et distingués, et à ce point de vue tout au moins il faudrait prendre en sérieuse considération la possibilité d'une réforme aussi radicale que celle qu'ils ont faite sans troubler l'ordre économique d'une nation.

Du reste, c'est ainsi que l'ont compris les Anglais. Lorsqu'en 1868, M. Shaw-Lefèvre introduisit à la Chambre des communes un bill nouveau relatif à l'extension de la capacité civile de la femme mariée, la commission à laquelle le bill avait été renvoyé entendit plusieurs jurisconsultes américains au sujet des changements introduits chez eux dans cette matière.

On peut dire que l'exemple de l'Amérique n'a pas été sans influence sur la réforme de la loi anglaise.

Les lois anglaises ont gardé une empreinte très nette de la féodalité et sont restées réfractaires aux influences du Droit canonique et du Droit romain qu'ont subies tant d'autres législations<sup>1</sup>. Gide a fait un rapprochement intéressant entre les lois du développement du Droit romain et du Droit anglais. « Ces qualités d'esprit et de caractère qui avaient fait du peuple romain le peuple juriste par excellence, revivent, à un degré presque aussi éminent, dans la

(1) Gide, p. 239 et suiv. — V. notamment les additions de M. Esmein, p. 259 et suiv.

« nation anglaise. Chez les deux peuples, c'est le même amour de  
 « la loi inséparable de l'amour de la patrie, c'est le même esprit  
 « égoïste et pratique, avide de gain, de pouvoir, le même respect  
 « pour la légalité poussé jusqu'à la superstition de la forme et de  
 « la lettre, les mêmes raffinements de ruse et d'industrie pour  
 « accommoder à des besoins nouveaux des textes vieillissés et pour  
 « élargir les formules légales sans les briser... En Angleterre  
 « comme à Rome, c'est la loi civile la plus dure et la plus tyran-  
 « nique qui a préparé le terrain sur lequel devaient croître et  
 « fleurir un jour toutes les libertés... » A côté de la loi commune,  
*common law*, se développe parallèlement le droit d'équité.

La *common law*, comme l'ancien *Jus quiritum*, ne voit dans les deux conjoints qu'une seule personne, c'est le mari; la femme perd toute personnalité civile. Le mari seul peut agir, ce qui ne veut pas dire qu'il puisse tout faire. La femme, au contraire, ne peut jamais agir; tout acte juridique, petit ou grand, lui est interdit. « Avec un tel système, il ne saurait évidemment être question  
 « d'autorisation maritale. Si la femme anglaise peut agir, ce n'est  
 « point avec l'autorisation du mari, c'est par son ordre, comme sa  
 « mandataire ou plutôt comme l'instrument dont il se sert. »

Pour échapper à cette rigueur des premiers principes, on a eu recours aux fictions juridiques, ici comme dans toutes les branches de la législation anglaise. La femme mariée a bénéficié de deux fictions inventées par l'esprit subtil du clergé pour son propre usage. On arriva d'abord à l'aliénation ou à la location du fonds dotal au moins d'une action feinte. « Celui qui voulait acheter ou prendre à  
 « ferme le fonds dotal, au lieu de contracter ouvertement avec  
 « les époux, les attaquait en justice et soutenait contre eux ou  
 « qu'il était propriétaire du fonds ou que ce fonds appartenait à  
 « un tiers qui le lui avait cédé à ferme. Les époux se défendaient  
 « mal et étaient condamnés ». Ensuite on constitua des parapher-  
 naux à la femme propriétaire d'une *use*, soit en confiant les biens qu'elle apportait en mariage à un fidéicommissaire, appelé *trustee*, soit en choisissant le mari lui-même comme *trustee*; c'était une application ingénieuse du *domaine équitable*.

Dès lors le mariage n'a plus été pour la femme le sacrifice de sa personnalité et de son indépendance. L'épouse est devenue capable d'administrer ses biens, d'en disposer même sans autorisation de son mari, elle a pu traiter avec lui sur un pied d'égalité, lui faire des donations ou en recevoir de lui, contracter avec lui, plaider

contre lui. Toutes ces innovations ont été introduites par les cours d'équité, régularisées et parfois étendues par les statuts.

Toutes ces réformes avaient le grand inconvénient de n'être pas à la portée de tout le monde, de n'envisager qu'un nombre de cas limités et de coûter cher. Elles n'étaient pas populaires. Or, « à mesure  
 « qu'on descend des rangs élevés de la société aux classes les plus  
 « humbles et les plus ignorantes, a dit M. Ribot, <sup>1</sup> plus on doit s'at-  
 « tendre à voir la femme énergiquement protégée par le législateur  
 « contre l'ignorance, l'ivrognerie et la brutalité du mari ».

C'est à ce sentiment si juste que l'Amérique a dû sa réforme; c'est lui qui a inspiré celle de l'Angleterre; c'est lui aussi que je voudrais voir germer et se développer dans l'opinion publique pour arriver plus vite à une réforme utile de notre Code.

En 1857, la « Société pour l'amélioration des lois » présenta à la Chambre des lords, puis des communes, un bill radical qui accordait aux femmes la propriété et la jouissance de leurs biens meubles et immeubles et le droit d'ester en justice comme si elles n'étaient pas mariées. Mais le projet échoua en chemin et on n'aboutit qu'à permettre à la femme abandonnée par son mari d'obtenir du magistrat une ordonnance lui garantissant la propriété de tous les biens qu'elle pourra gagner ou acquérir depuis le départ de son mari.

Le bill de 1857 fut repris par la « Société pour l'avancement des sciences sociales » et introduit en 1868 à la Chambre des communes par M. Shaw-Lefèvre. Il était calqué sur la législation de l'État de New-York et passa d'abord sans grandes restrictions. Mais à la Chambre des lords, il devint l'objet d'une opposition extrêmement vive; on écarta les propositions extrêmes et l'act de 1870 ne conserva que des dispositions de détail, comme le droit pour la femme : de garder la propriété exclusive des produits de son travail pendant le mariage, des sommes placées par elle avant ou pendant le mariage dans les caisses d'épargne, fonds publics, etc.; de disposer librement pour son usage particulier du revenu des immeubles et des meubles à elle échus par succession *ab intestat*, ainsi que de toute somme d'argent acquise par legs ou donation et inférieure à 200 livres.

(1) V. Dans le *Bulletin de la Soc. de lég. comparée*, 1871, p. 6 et suiv., les pages si intéressantes que M. Ribot a consacrées à la condition civile de la femme mariée en Angleterre. — V. aussi, pour les lois postérieures, les *Ann. de lég. étrangère* suivants : 2<sup>e</sup> année, p. 4 et 55; 3<sup>e</sup> année, p. 32; 10<sup>e</sup> année, p. 12; 11<sup>e</sup> année, p. 35; 12<sup>e</sup> année, p. 27 et 329; 13<sup>e</sup> année, p. 61; 15<sup>e</sup> année, p. 38 et 70.

Tout en maintenant l'incapacité générale de contracter, cet acte est une étape importante dans l'histoire de la législation étrangère ; il annonce la réforme complète qui s'est faite en 1882.

Entre temps, un acte du 30 juillet 1874, pour empêcher que la femme pût léser ses créanciers antérieurs en abandonnant tous ses biens à son mari au moment du mariage, a donné à ces créanciers action contre la femme et contre le mari, du moins jusqu'à concurrence des biens entrés en la possession de celui-ci par le fait du mariage. Un autre acte du 26 août 1880 a étendu à l'Écosse la faculté conférée en Angleterre et en Irlande aux femmes mariées de souscrire des polices d'assurance. Enfin une loi du 10 juillet 1881 a modifié dans le même pays et dans le sens de l'acte de 1870 la capacité de la femme mariée quant à la liberté de disposer de la fortune mobilière.

L'acte du 18 août 1882 peut être appelé la Charte définitive de la capacité de la femme mariée, je dirais de son *émancipation* si le mot ne m'effrayait un peu. Il fut précédé par un notable mouvement de l'opinion publique sur laquelle la *Ligue en faveur du droit des femmes* exerça une grande influence et fut rapidement adoptée.

« La femme mariée, dit la section première, conformément à la « présente loi, est capable d'acquérir et tenir comme sa propriété « séparée tout bien réel et personnel et d'en disposer par testament « ou autrement de la même manière que si elle était non mariée « et sans qu'il soit besoin d'un *trustee*. »

Il résulte de là que l'ancien principe qui confondait la personne du mari et celle de la femme est maintenant écarté ; et comme il était la source de tous les droits du mari sur les biens de la femme, ces droits disparaissent par là même. Elle peut comme un homme ester en justice, recevoir d'un tiers ou de son mari une donation, contracter sans autorisation et obliger sa propriété séparée. Le danger évident d'une indépendance si absolue consiste dans la dissimulation possible de la fortune du mari sous le nom de sa femme, en fraude des créanciers du premier. L'acte de 1882 le prévoit et décide que tout placement fait par le mari au nom de sa femme et en fraude de ses créanciers sera annulé, et qu'il ne résulte qu'une présomption de propriété admettant la preuve contraire de ce qu'un bien est au nom de la femme.

Depuis 1882 deux lois spéciales sont venues encore grandir et améliorer la situation de l'épouse et de la mère, l'une en lui conférant la tutelle et dans certains cas la garde exclusive de ses enfants,

l'autre en facilitant à la femme abandonnée par son mari son recours contre celui-ci en pension alimentaire.

Voilà comment est comprise la condition civile de la femme mariée dans ces pays que Le Play nous cite comme des modèles de vie familiale. L'exemple est rassurant et concluant pour ceux qui chez nous poussent aux réformes hardies. Celui que nous donnent les peuples de race germanique, pour être moins frappant, n'en est pas moins favorable à la thèse que je soutiens et c'est par lui que je veux finir.

Les États scandinaves que l'on peut considérer comme le berceau de la race germanique, sont encore loin de se laisser entraîner complètement par le mouvement législatif qui travaille de nos jours presque toutes les nations. Les réformes que l'on y voit réalisées ont d'autant plus d'importance<sup>1</sup>.

Dans ces pays les principes de l'ancienne tutelle germanique persistent toujours ; ils vont toutefois en s'affaiblissant. Le législateur s'est occupé d'abord des femmes en général, puis des veuves dont il a amélioré le sort. La capacité des femmes mariées, très restreinte dans les anciennes lois de Suède, de Danemark et de Norvège a été étendue dans les deux premiers de ces États en 1874 et en 1880.

D'après le Code suédois de 1734, le mari est maître absolu de la communauté, sans toutefois avoir toujours le droit de vendre les immeubles de sa femme. Celle-ci peut administrer et même vendre les biens communs dans le cas où le mari est absent ou privé de raison ; la loi du 11 décembre 1874 lui permet en outre de conserver l'administration de ses propres biens pendant le mariage et par suite d'ester en justice pour tout ce qui les concerne.

En Danemark, où est établi le régime de communauté universelle, une loi du 7 mai 1880 introduit une exception aux pouvoirs du mari en donnant à la femme toute capacité pour disposer librement entre-vifs des produits de son industrie personnelle, lorsque cette industrie n'est point alimentée ou entretenue en majeure partie par les deniers du mari ou de la communauté ; elle peut disposer également de tous les objets qui sont prouvés avoir été acquis pour l'exercice de cette industrie. C'est là une première brèche faite aux anciens principes. La loi du 5 juillet 1884 affranchit défini-

(1) Gide, p. 219 et suiv. — *Ann. de lég. étrang.*, 4<sup>e</sup> année, loi du 11 déc. 1874 ; 10<sup>e</sup> année, p. 533 ; 14<sup>e</sup> année, p. 611.

tivement de la tutelle la femme non mariée, âgée de vingt et un ans. Il y a tout lieu de croire que les lois antiques des États scandinaves finiront dans peu de temps par se mettre au niveau de celles des nations voisines.

En passant en Allemagne nous pouvons constater ce qu'est devenue l'institution de la tutelle soustraite à l'influence du Droit romain et modifiée progressivement par les mœurs nationales.

Autrefois, dans les pays mêmes où la tutelle perpétuelle des femmes n'existait plus, on avait l'habitude de dire que la femme en se mariant tombait sous la tutelle de son mari, pour exprimer ce principe fondamental du mariage en vigueur à toutes les époques, que le mari est le chef de la famille et en général y représente la volonté décisive. Cette tutelle maritale différait essentiellement de celle exercée sur les mineurs. Elle n'avait pas pour base la protection de celle qui y était soumise, pour motifs son incapacité; elle n'était pas une *cura sexus*; c'est pourquoi elle s'est toujours maintenue.

Ses effets sur la personne de la femme consistaient à la représenter et à la défendre au dehors, à la commander et à limiter sa capacité à l'intérieur. En vertu de son devoir de protection, il la représentait en justice, seul ou avec son autorisation, soit comme demandeur soit comme défendeur. Mais il n'était que son représentant; la véritable partie était la femme. A cette règle générale, les statuts municipaux de la Saxe faisaient exception et permettaient à la femme de paraître en justice quand il s'agissait de ses propres et de disposer librement de ceux-ci. D'ailleurs le mariage ne rompait pas tous les liens qui attachaient la femme à sa famille; elle trouvait là dans certains cas un recours et un appui contre son mari lui-même. A l'intérieur, le mari apparaît comme le chef du ménage, dont la volonté décide et dont la parole doit être obéie. La femme vient-elle à violer la foi conjugale, il peut la punir et la tuer; si elle le mérite, il a le droit de la séquestrer, de la corriger et de la priver de nourriture. Dans l'ancien droit, telle était l'humilité de la position de la femme que son mari pouvait la vendre, non seulement pour la punir, mais aussi en cas de besoin.

Mais à côté de la tutelle subsistait toujours vivante dans quelques-unes de ses manifestations l'idée d'association et de communauté d'existence.

(2) *Verhandlungen des XII deutschen Juristentags.* — *Bulletin de la Société des lég. étrang.*, 1876, p. 163. — Gide, p. 260 et suiv. — Neubauer, *op. cit.*

Ces anciens principes continuent à régir dans leur généralité les rapports de la femme et du mari. Il ne faut pas, pour en juger, s'attacher à l'emploi ou au rejet du mot de *tutelle*; cela n'impliquerait pas de différence entre les textes législatifs; c'est une simple question de rédaction.

Que l'on appelle ou non le mari tuteur de sa femme, que l'on choisisse tel ou tel régime matrimonial, il n'importe; dans sa personne et dans ses biens, la femme est toujours dans la dépendance du mari. Dans les pays où la tutelle du mari était reconnue, elle a survécu à la disparition de la tutelle du sexe et beaucoup de lois récentes, qui ont abrogé celle-ci, ont réservé expressément celle-là.

Actuellement encore le mari doit protéger et représenter la femme. Seulement la législation de l'empire d'Allemagne, en s'unifiant, a étendu le champ d'action de celle-ci sur un point important, la capacité d'ester en justice. D'après le Code de commerce et la *Gewerbeordnung*, la femme mariée peut comparaître en justice pour tout ce qui regarde son commerce ou son industrie. Enfin, généralisant des dispositions plus ou moins généreuses du *Gemeinrecht* et de quelques droits particuliers, le Code de procédure civile a décidé que les dispositions encore existantes sur la tutelle des femmes ne sont plus applicables en matière de procédure et que la capacité d'ester en justice n'est pas limitée à l'égard de la femme par la circonstance qu'elle est engagée dans les liens du mariage; pour elle, comme pour toute personne, cette capacité se mesure sur celle qu'elle a de s'obliger par contrat.

Le Code de procédure civile de l'empire d'Allemagne a donc fait de la capacité d'ester en justice ce qu'elle doit être naturellement, un corollaire de la capacité de contracter. En Allemagne, celle-ci varie avec les conventions matrimoniales.

Le principe fondamental du droit allemand, c'est la liberté de ces conventions. « *Wilkür bricht Landrecht*, » c'est-à-dire la volonté individuelle prime le droit en vigueur dans le pays. Les régimes matrimoniaux constituent peut-être la seule matière qui soit restée presque indemne de toute influence romaine. Les différents systèmes sont en nombre considérable, si on veut en compter toutes les nuances, mais dès le XII<sup>e</sup> siècle on pouvait les classer en trois types principaux appliqués aujourd'hui encore dans les mêmes contrées qu'au XVII<sup>e</sup> siècle et se partageant à peu près par égales parties tout le territoire de l'empire allemand.

Ces trois systèmes types sont : la communauté universelle, la

communauté particulière et la communauté d'administration. C'est ce dernier régime, connu également sous le nom de régime de l'usufruit marital, qui est le régime légal en Prusse et qui a été adopté comme tel dans le projet de Code civil allemand. Voici quels en sont les traits généraux d'après le Landrecht prussien.

Les biens de la femme sont, ou bien des apports (*Illaten*), ou bien des propres (*Vorbehalt* ou *Rezeptilien*); sauf preuve contraire, ils sont présumés être des apports. Sur ceux-ci le mari a non-seulement tous les droits d'un usufruitier, mais aussi tous ceux d'un administrateur, il peut dans une certaine mesure en disposer; au contraire la femme garde la pleine faculté de disposer de ses propres comme si elle n'était pas mariée, elle peut s'obliger sur eux et le mari ne peut à cet égard revendiquer aucun droit.

Enfin, d'après le Landrecht, si la femme mariée, dans certains cas et en vertu du régime adopté, ne peut s'obliger, elle n'est pas pour cela incapable de contracter; elle acquiert des droits par les contrats qu'elle passe, mais cela ne suffit pas pour que lesdits contrats puissent être exécutés contre elle.

Introduire des dispositions analogues dans notre Code ne serait pas, je suppose, porter atteinte à la constitution de la famille et en ébranler les bases, car il est difficile de trouver un pays où les mœurs donnent plus d'autorité au mari qu'en Allemagne. Si nous voulons pousser plus à l'est, nous verrons qu'en Russie même, dont le droit commun accentue fortement l'obligation pour la femme d'obéir au mari, le régime de séparation de biens absolue avec jouissance commune des biens est très ancré dans les mœurs. « Le mari et la femme ont le droit d'aliéner et d'hypothéquer leurs biens comme bon leur semble, directement et en leur nom personnel, sans avoir besoin du consentement l'un de l'autre; ils peuvent en disposer et en trafiquer à leur gré ». La loi polonaise du 23 juin 1825 a également étendu pour la Pologne russe la capacité de la femme.

De tous ces exemples, assez nombreux maintenant, que conclure, sinon que notre Code civil est resté singulièrement stationnaire, tandis que les autres pays remaniaient ou développaient leur législation civile, qu'il y a nombre de réformes possibles modestes ou importantes et qu'aucune ne doit nous effrayer. On a peur de porter atteinte à l'autorité maritale et partout ailleurs que chez nous on ne pense qu'à la restreindre dans ses effets sur les biens. N'est-ce pas là une preuve suffisante que l'on peut modifier les conventions matrimoniales sans nuire à la famille et que la femme peut avoir une capa-

cité très étendue, sans que pour cela l'unité et l'harmonie conjugales soient ruinées. On peut bien dire que le mariage a été faussé auparavant dans son principe, lorsque des dissentiments graves arrivent à introduire la désunion dans le ménage. La cause n'est pas dans ce dissentiment même, elle est plus profonde et le législateur n'a sur elle aucune prise; c'est un fait que l'on doit considérer comme anormal et dans cette malheureuse occurrence les réformes pratiques que j'ai indiquées ne sont peut-être pas superflues pour sauvegarder l'indépendance de la femme.

