

était alors uniquement fondée sur le respect dû à l'autorité maritale. Une décision contraire devait être admise, du moment que l'on considérait la nécessité de l'autorisation comme reposant aussi sur une idée de protection pour la femme. Incapable d'accomplir pour son propre compte les actes juridiques, comment le mineur pourrait-il habiliter sa femme à les accomplir ?

\* La disposition qui ne permet pas au mari mineur d'autoriser sa femme, étant fondée sur son incapacité, doit être restreinte dans les limites mêmes de cette incapacité. De là il résulte que le mari mineur pourrait habiliter sa femme à accomplir les divers actes juridiques, que la loi le déclare capable d'accomplir pour son propre compte en qualité de mineur émancipé (art. 476). Ainsi le mari mineur peut autoriser sa femme à ester en justice en matière mobilière; car la loi lui accorde ce droit pour son propre compte (arg., art. 482). La question ne présente guère d'intérêt que dans cette hypothèse.

**616.** Par exception, l'autorisation de la justice ne peut pas suppléer celle du mari dans les cas suivants :

1° Pour accepter une exécution testamentaire, excepté quand la femme est séparée de biens par contrat ou par jugement (art. 4029) ;

2° Pour compromettre (arg., art. 1004 et 83, § 6, Pr., cbn.).

3° Quand il s'agit d'habiliter la femme à faire le commerce. En effet l'article 4 Co. dit : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. » La loi n'ajoute pas : ou l'autorisation de la justice. Or sur quoi se fonderait-on pour soutenir que l'autorisation de la justice peut ici suppléer celle du mari ? Ce ne pourrait être que sur les principes généraux ; ils sont contenus dans le Code civil, et on va voir qu'ils ne permettent pas à la justice de donner l'autorisation. En effet l'autorisation de la justice ne peut suppléer celle du mari que dans les cas exprimés par la loi; autrement l'énumération qu'elle fait des diverses hypothèses dans lesquelles la justice peut donner à la femme l'autorisation supplétive n'aurait pas de sens. — Les cas, dans lesquels le besoin de l'autorisation supplétive de la justice se fait sentir, sont ceux : 1° de refus du mari ; 2° de minorité, d'absence, d'interdiction ou de condamnation du mari. Pour le cas de refus du mari nous avons deux textes : l'article 218 qui permet à la justice d'autoriser la femme à ester en jugement, et l'article 219 qui lui permet d'autoriser la femme à passer un acte; or exercer la profession de commerçant, ce n'est ni ester en justice, ni passer un acte; c'est autre chose, et le Code civil, pas plus que le Code de commerce, ne permet à la justice de donner en ce cas l'autorisation que le mari refuse. D'autre part, pour les hypothèses de minorité, d'interdiction, d'absence du mari ou de condamnation de celui-ci à une peine afflictive ou infamante, nous avons les articles 221, 222 et 224 qui permettent à la justice d'autoriser la femme « soit pour ester en jugement, soit pour contracter ». Le mot *contracter* ne peut guère être considéré comme comprenant le cas de la femme qui veut obtenir l'autorisation de faire le commerce; très-certainement dans l'idée du législateur il fait allusion à un contrat déterminé, et non à la série illimitée de contrats qu'entraîne l'exercice de la profession de commerçant. Les principes généraux déposés dans le Code civil ne permettent donc pas à la femme d'obtenir de la justice l'autorisation de faire le commerce.

La solution qui vient d'être développée est généralement admise pour le cas de refus du mari. Mais beaucoup d'auteurs la rejettent au cas où il est dans l'impossibilité physique, morale ou légale d'autoriser sa femme, comme s'il est absent, interdit ou condamné à une peine afflictive ou infamante; la justice pourrait alors

autoriser la femme à faire le commerce. Et toutefois il faut reconnaître que cette restriction est fondée sur des motifs d'utilité pratique beaucoup plus que sur des raisons juridiques, car les termes absolus de l'art. 4 Co. semblent bien exclure toute distinction.

Des raisons, semblables à celles qui viennent d'être déduites au sujet de la question précédente, semblent devoir conduire à décider que l'autorisation du mari ne pourrait pas être suppléée par celle de la justice, lorsque la femme veut contracter un engagement théâtral et peut-être d'une manière générale se livrer à l'exercice d'une profession quelconque. D'ailleurs, en ce qui concerne l'exercice de la profession théâtrale en particulier, outre que de puissantes considérations morales peuvent porter le mari à refuser à sa femme l'autorisation qu'elle sollicite, le mari n'aurait-il pas, en supposant que la justice puisse accorder l'autorisation, un moyen indirect d'empêcher sa femme d'en profiter en changeant de résidence et en l'obligeant à le suivre.

2. De la procédure à suivre pour obtenir l'autorisation supplétive de la justice.

**617.** Il y a lieu de distinguer si cette autorisation est demandée pour habiliter la femme à ester en justice ou pour l'habiliter à passer un acte.

a). L'autorisation supplétive est demandée pour habiliter la femme à ester en justice. Le Code civil est muet sur ce point qui est réglé par le Code de procédure civile. Une sous-distinction doit être faite entre le cas où la femme est demanderesse et celui où elle est défenderesse.

a). *La femme est demanderesse.* — C'est elle qui doit se pourvoir de l'autorisation. Elle devra s'adresser pour l'obtenir au tribunal du domicile du mari. La procédure à suivre varie suivant les cas. Si l'autorisation est demandée *au refus du mari*, la femme devra, après l'avoir mis par une sommation en demeure de donner son autorisation, demander à la justice l'autorisation supplétive suivant les formes prescrites en l'article 864 Pr. Le tribunal statuera sur cette demande en audience publique, après avoir entendu le mari en la chambre du conseil ou lui dûment appelé (Pr., art. 862). — Si l'autorisation est demandée au cas d'absence ou d'interdiction du mari, il sera procédé suivant la forme prescrite aux articles 864 et 865 Pr. Le Code de procédure civile ne prévoit pas le cas où le mari est mineur, ni celui où il est condamné à une peine afflictive ou infamante. Dans l'un et l'autre cas il n'y a pas lieu pour la femme d'adresser une sommation à son mari, qui légalement ne peut ni donner ni refuser son autorisation. Le mari doit-il être entendu ou appelé en la chambre du conseil? Non, s'il est condamné à une peine afflictive ou infamante (art. 221 *in fine*). Au cas où le mari est mineur, il peut être entendu s'il le réclame, ou si les juges en manifestent le désir; mais ce n'est pas obligatoire. Pour le surplus il sera procédé comme au cas d'interdiction.

b). *La femme est défenderesse.* — Ce cas n'est prévu ni par le Code civil ni par le Code de procédure civile. On décide qu'il appartient au demandeur de faire munir la femme de l'autorisation nécessaire, car le demandeur doit régulariser la procédure. A cet effet il devra assigner la femme et le mari tout à la fois, ce dernier aux fins d'autoriser sa femme, et si le mari refuse son autorisation ou s'il fait défaut, le tribunal saisi de la demande autorisera la femme, s'il le juge convenable, sur les conclusions du demandeur. Il n'y a pas lieu pour celui-ci d'assigner le mari dans les cas où la loi permet à la femme d'obtenir l'autorisation de la justice sans avoir à demander au préalable celle du mari, par exemple en cas d'absence ou d'interdiction du mari.

b). L'autorisation supplétive est demandée pour habiliter la femme à passer un acte. Le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'autorisation est encore celui du domicile du mari. En ce qui concerne la procédure à suivre pour l'obtenir,

un délai égal à celui des plus longues gestations ; or ce délai est de trois cents jours (art. 312).

Quel est le fondement de la prohibition édictée par l'article 228 ? Elle est fondée sur un motif de convenance tout d'abord : il y aurait quelque indécence de la part de la femme veuve à trop se hâter de contracter un nouveau lien. Elle a en outre pour but (c'est même le principal) d'empêcher la confusion de *part (partus)* ou *turbatio sanguinis*. Qu'on suppose une femme veuve qui se remarie un mois après la mort de son premier mari ; huit mois après, elle devient mère ; quel est le père de son enfant ? Est-ce le mari décédé ou le nouveau mari ? Il y a doute sur ce point, la présomption de la loi permettant d'attribuer l'enfant soit au premier soit au second mari (arg., art. 312). Ce doute, c'est la confusion de part, *turbatio sanguinis* ; on l'empêche de naître en obligeant la femme à attendre dix mois avant de contracter un nouveau mariage.

Une femme veuve met un enfant au monde un mois après la mort de son premier mari ; désormais la confusion de part n'est plus à craindre. Disons-nous que cette femme peut se remarier de suite sans attendre l'expiration du délai de dix mois ? Ou bien encore l'âge de la veuve lui enlève tout espoir de progéniture ; elle a soixante ans par exemple. Pourrait-elle se remarier de suite ? Il faut répondre négativement ; car d'un côté la loi ne distingue pas, et d'un autre la crainte de la confusion de part n'est pas l'unique motif qui a fait édicter l'article 228 ; sa disposition est aussi fondée, comme on vient de le voir, sur une raison de convenance qui existe dans tous les cas.

**632.** On admet généralement que la prohibition écrite en l'article 228 s'applique à la femme dont le mariage a été déclaré nul. La confusion de part, dit-on, peut être à craindre dans ce cas comme dans celui où le mariage est dissous par la mort du mari. — Est-ce un motif suffisant pour étendre d'un cas à un autre une disposition qui déroge à un principe de Droit commun, celui de la liberté du mariage ? La légitimité de l'extension serait déjà fort douteuse s'il y avait absolument les mêmes motifs de décider ; à plus forte raison l'est-elle lorsque ces motifs ne se retrouvent qu'en partie. La confusion de part peut être à craindre, soit ! Mais la raison de convenance existe-t-elle aussi, du moins au même degré ?

**633.** L'article 228 ne parle que de la femme veuve ; il est donc inapplicable à l'homme veuf : un veuf peut songer à un nouveau mariage aussitôt après la mort de sa première femme. Pour justifier cette différence entre les veufs et les veuves, il ne suffit peut-être pas de dire avec Tacite : *Feminis lugere honestum est, viris meminisse* ; car, si les convenances sociales exigent qu'une veuve porte le deuil de son mari, elles ne dispensent pas le veuf de porter le deuil de son épouse.

La situation privilégiée que la loi fait ici au veuf s'explique par cette double considération : d'une part que son nouveau mariage ne peut jamais donner lieu à la *turbatio sanguinis*, et d'autre part qu'il aura

souvent pour but de donner une nouvelle mère aux enfants en bas âge issus du mariage dissous plutôt qu'une nouvelle épouse à leur père.

**634.** On est à peu près d'accord pour décider que l'empêchement au mariage édicté par l'article 228 est simplement *prohibitif* ; le mariage contracté par une veuve au mépris de cet empêchement ne serait donc pas nul. Les termes de la loi sont prohibitifs, il est vrai. Mais on a vu (*supra*, n° 480) que les nullités de mariage sont régies par des règles tout à fait spéciales : il n'y a pas en cette matière de nullités sous-entendues, on n'en peut admettre d'autres que celles qui sont écrites dans un texte formel ; or, ni dans le chapitre des nullités de mariage, ni ailleurs, le législateur ne prononce la nullité pour le cas qui nous occupe.

Mais alors la disposition de l'article 228 va se trouver sans aucune sanction, elle sera lettre morte ! — L'objection n'est pas fondée, elle trouve sa réponse dans les articles 494 et 495 du Code pénal, qui prononcent une forte amende contre l'officier de l'état civil qui se serait fait le complice de la violation de l'article 228.

**635.** Une femme, violant la prohibition de l'article 228, s'est remariée quelques mois après la mort de son premier mari ; elle met au monde un enfant, qui naît à une époque telle que la présomption de la loi permet de l'attribuer soit au premier mari soit au deuxième, ce qui arrive quand l'enfant naît 180 jours au moins après la célébration du deuxième mariage et moins de trois cents jours après la dissolution du premier (arg., art. 312, 314 et 315). On demande quel est le père de l'enfant ? — Ce qu'il y a de bien certain, c'est qu'il ne peut pas appartenir aux deux maris à la fois. Et comme la présomption de la loi conduit cependant à ce résultat, il faut en conclure que cette présomption doit être mise de côté, et que la question sera une question de fait à résoudre par le juge suivant les circonstances de la cause.

D'après une autre opinion qui compte un certain nombre de partisans, l'enfant aurait en pareil cas deux filiations entre lesquelles il pourrait choisir suivant son intérêt ; de même que celui auquel les dispositions de la loi attribuent plusieurs nationalités peut choisir celle qui lui plaît. Mais il existe à notre avis une objection grave contre cette solution. Il n'y a rien de déraisonnable à laisser à une personne dans telle hypothèse le choix de sa nationalité, parce que la volonté de l'homme joue un rôle important dans l'acquisition de la nationalité ; tandis qu'au contraire cette volonté ne joue et ne peut jouer aucun rôle dans le règlement de la filiation. Un homme peut dans une certaine mesure et sous certaines conditions choisir sa patrie ; conçoit-on qu'il puisse choisir son père ?

## TITRE V

### Du divorce.

**636.** Le divorce est la rupture du mariage prononcée par la justice sur la demande des époux ou de l'un d'eux et pour les causes que la loi détermine.

Notre ancien Droit n'admettait pas le divorce, ce qui s'explique tout naturellement par la confusion qui existait alors entre le domaine de la loi religieuse et celui de la loi civile : on sait que la religion catholique

n'admet pas le divorce. Cependant, comme il fallait absolument un remède à des situations qui peuvent être intolérables, notre ancien Droit avait consacré la séparation de corps, *divortium a toro et mensa*, qui, sans rompre le mariage, en relâchait seulement le lien, en dispensant les époux de l'obligation de vivre en commun que le mariage leur imposait.

Mû par un esprit de réaction exagéré contre l'ancien régime, le législateur de la période intermédiaire établit le divorce, et supprima la séparation de corps par la loi du 25 septembre 1792. Admettre le divorce, soit ; mais supprimer la séparation de corps, c'était enlever aux catholiques (et ils étaient en majorité) l'unique remède aux unions malheureuses que leur religion considérait comme compatible avec le principe de l'indissolubilité du mariage, et à ce point de vue la loi de 1792 méritait une sévère critique. D'un autre côté, cette loi, en donnant à l'institution du divorce une étendue excessive, notamment en admettant le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur, compromit gravement l'institution du mariage qui est l'une des bases fondamentales de la société. On ne tarda pas à en avoir la preuve : l'an VI eut à enregistrer plus de divorces que de mariages !

Le Code civil fut plus sage. D'une part il rétablit la séparation de corps, et d'autre part il maintint le divorce, mais en le restreignant dans d'étroites limites. Le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité, et le divorce ne doit être qu'un remède à certaines situations devenues intolérables, une rare exception par conséquent.

On a toutefois reproché avec raison au législateur du Code civil d'avoir admis le divorce par consentement mutuel, (qui n'est il est vrai, dans le système de la loi, qu'un divorce fondé sur une cause légitime que les époux ne veulent pas révéler parce qu'ils ont intérêt à la cacher), et d'avoir autorisé l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée à demander au bout de trois ans la transformation de la séparation de corps en divorce (art. 310).

Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816. Il fut alors considéré comme incompatible avec l'article 6 de la Charte de 1814, qui faisait du catholicisme la religion d'Etat.

La Charte de 1830 ayant supprimé la religion d'Etat, le divorce aurait dû logiquement être rétabli. Il ne l'a pas été cependant. Ce n'est pas que de nombreuses tentatives n'aient été faites dans ce but. De 1830 à 1848 le rétablissement du divorce a été voté quatre fois par la Chambre des députés, mais toujours rejeté par la Chambre des pairs. En 1848 la proposition de le rétablir fut reproduite sans succès devant l'Assemblée constituante. Tout récemment encore un projet de loi, tendant au rétablissement du divorce et dont M. Naquet s'est fait le promoteur, vient d'être rejeté par la Chambre des députés.

Le divorce étant aboli, nous n'en parlons que pour mémoire. Notons

toutefois que l'abolition du divorce n'est complète que depuis la loi du 31 mai 1854 abolitive de la mort civile. Jusqu'à cette époque en effet, le mariage était dissous par les condamnations qui entraînaient la mort civile ; or c'était là un véritable divorce, un divorce prononcé de plein droit par la loi qui rompait brutalement le lien existant entre deux époux encore vivants.

## CHAPITRE V

### DE LA SÉPARATION DE CORPS

**637.** La séparation de corps est l'état de deux époux dispensés par la justice de l'obligation de vivre ensemble que le mariage leur imposait.

A la différence du divorce la séparation de corps ne dissout pas le mariage. Elle en relâche seulement le lien, en ce sens qu'elle délivre les époux de l'obligation de la vie commune devenue impossible, et les affranchit par suite réciproquement du devoir d'assistance qui en est une conséquence.

De plus, comme la société de biens, qui a pu se former entre les époux par suite de leurs conventions matrimoniales, n'est qu'une conséquence de la société établie par le mariage entre leurs personnes, et que, celle-ci étant rompue, celle-là n'a plus de raison d'être en vertu de ce principe que l'effet ne doit pas survivre à la cause, la loi décide que cette société de biens sera dissoute par la séparation de corps (art. 311). Les intérêts pécuniaires des époux se trouvant ainsi séparés, la femme reprend l'administration et la jouissance de son patrimoine, en supposant, comme il arrive le plus souvent, que cette administration et cette jouissance appartenissent au mari d'après les conventions matrimoniales. — Tous les autres effets du mariage en général continuent de subsister, notamment le devoir de fidélité qui cependant, comme on le verra bientôt, n'a plus de sanction en ce qui concerne le mari ; le devoir de secours qui, le cas échéant, se traduira sous la forme d'une pension alimentaire ; enfin l'incapacité de la femme, et comme conséquence, l'obligation à elle imposée de demander à son mari, pour les divers actes juridiques autres que ceux relatifs à l'administration de son patrimoine, une autorisation que le mari se fait régulièrement un jeu de refuser et qu'elle est obligée de faire suppléer s'il y a lieu par celle de la justice.

Le projet de Code civil, à l'imitation de la loi du 20 septembre 1792, ne consacrait que le divorce. A la suite de discussions assez vives, la séparation de corps fut admise parallèlement au divorce, principalement dans le but d'offrir aux époux qui professent la religion catholique un