La puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes dans le Code civil (1804-1970)

Aude Giuglaris

▶ **To cite this version:**

Aude Giuglaris. La puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes dans le Code civil (1804-1970). Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2018. Français. NNT : 2018AZUR0032 . tel-02062268

HAL Id: tel-02062268

https://theses.hal.science/tel-02062268

Submitted on 8 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ CÔTE D'AZUR

ÉCOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCES POLITIQUES ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

LA PUISSANCE PATERNELLE DE LA MÈRE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES DANS LE CODE CIVIL (1804 -1970)

Aude GIUGLARIS
Laboratoire ERMES

Présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en Droit d'Université Côte d'Azur

Dirigée par : Michel BOTTIN
Soutenue le : 7 Décembre 2018

Devant le jury, composé de :

Monsieur Jean-Philippe AGRESTI Professeur Doyen de la Faculté de Droit et Sciences Politiques d'Aix-Marseille

Madame Stéphanie BLOT-MACCAGNAN Professeur à l'Université Nice Sophia-Antipolis

Monsieur Michel BOTTIN Professeur émérite à l'Université Nice Sophia-Antipolis

Madame Bénédicte DECOURT HOLLENDER Maître de conférences HDR à l'Université Nice Sophia-Antipolis

Madame Virginie LEMONNIER-LESAGE Professeur à l'Université de Bourgogne.

Madame Jeanne-Marie TUFFERY-ANDRIEU, Professeur Doyen de la Faculté de Droit de Sciences politiques et de Gestion de l'Université de Strasbourg.

La puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes dans le Code civil (1804-1970)

Jury

Rapporteurs :

Monsieur Jean-Philippe AGRESTI Professeur Doyen de la Faculté de Droit et Sciences Politiques d'Aix-Marseille

Madame Jeanne-Marie TUFFERY-ANDRIEU Professeur Doyen de la Faculté de Faculté de Droit, de Sciences politiques et de Gestion de l'Université de Strasbourg

Présidente du jury :

Madame Stéphanie BLOT-MACCAGNAN Professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis

Examinateurs :

Madame Bénédicte DECOURT HOLLENDER Maître de conférences HDR à l'Université Nice Sophia Antipolis

Madame Virginie LEMONNIER-LESAGE Professeur à l'Université de Bourgogne

Directeur de thèse :

Monsieur Michel BOTTIN Professeur émérite à l'Université Nice Sophia Antipolis

La puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes dans le Code civil (1804-1970)

A mothers's parental authority over her legitimate children in the Civil Code (1804-1970)

Résumé : L'étude de la puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes de 1804 à 1970 retrace l'évolution de l'autorité de la mère et la place qui lui est faite dans l'organisation de la famille au sein du Code civil. Toutes les situations familiales sont envisagées afin de faire ressortir l'autorité de la mère sous différentes formes, que l'exercice de cette puissance soit commun, subordonné ou direct lorsque la mère devient chef de famille. Le raisonnement de départ et son évolution ultérieure sont appréhendés dans le cadre d'un processus historique évolutif en faveur de cette puissance paternelle de la mère. Au-delà du champ strictement juridique, certaines questions corrélatives sur la condition de la femme, l'émergence du féminisme, des guerres et de l'industrialisation retracent en définitive la place de la femme au sein de la famille et de la société. Fruit de métamorphoses politiques, économiques et sociales, la loi du 4 juin 1970 viendra mettre dans les mots ce que les faits appellent depuis longtemps, à savoir une autorité parentale commune au père et à la mère.

Mots-clés : Famille, Puissance paternelle, Autorité parentale, Autorité maritale, Incapacité civile, Mariage, Code civil, Mère, Père, Enfants, Mineurs, Education, Légitime, Égalité, Guerre, Féminisme, Législation, Politique, Industrialisation, Absence, Déchéance, Interdiction, Veuve, Divorce, Séparation de corps.

Abstract : This study of a mother's parental power over children born in lawful wedlock from 1804 to 1970, traces the evolution of matriarchal authority and a mother's place within the family structure, pursuant to the Civil Code. Every kind of family situation is contemplated in order to highlight matriarchal authority in its different forms, whether the exercise of this power is common, subordinated, or direct, when the mother becomes the head of the family. Initial reasoning and subsequent developments thereto are explored within the context of an evolutionary historical process to examine a mother's parental power.

Beyond the strictly legal field, certain correlative questions relating to the status of women, the emergence of feminism, wars and industrialisation, ultimately retrace the place of women within families and society. As a product of political, economic and social transformations, the law of June 4, 1970, came to enact facts that had been called for by society for a long time, namely, joint parental authority shared by both the father and the mother.

Keywords: Family, Parental power, Parental authority, Marital authority, Civil incapacity, Marriage, Civil Code, Mother, Father, Children, Minors, Education, Legitimate, Equality, War, Feminism, Legislation, Politics, Industrialisation, Absence, Lapse, Prohibition, Widow, Divorce, Judicial separation.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde reconnaissance à Monsieur le Professeur Michel Bottin pour avoir accepté de diriger ce travail, dont il a contribué à l'achèvement par ses nombreux conseils et son soutien permanent. Durant ces six années, il a toujours été présent et à l'écoute, faisant preuve d'une grande disponibilité, et il est évident que sans lui ce travail n'aurait pu être mené à bien. Encore merci de m'avoir accordé votre confiance et accompagné pendant toutes ces années.

J'adresse également mes sincères remerciements aux membres de ce jury dont Madame le Professeur Virginie Lemonnier-Lesage, Madame le Doyen Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu, Madame le professeur Stéphanie Blot-Maccagnan et Madame Bénédicte Decourt-Hollender ainsi que Monsieur le Doyen Jean-Philippe Agresti de s'être intéressés à mes recherches et qui m'ont fait l'honneur d'accepter de faire partie de mon jury de thèse.

Je remercie ensuite les membres du laboratoire ERMES qui m'ont toujours soutenu tout au long de ces années doctorales. Je suis tout aussi reconnaissante de l'aide précieuse apportée par le personnel de la Bibliothèque Universitaire de Nice durant toutes ces années de recherches. Merci à Monsieur Audric Capella, Docteur en droit, pour sa gentillesse, sa patience et son dévouement.

Bien évidemment, je remercie ma famille pour son soutien inconditionnel durant tout mon parcours universitaire et l'aide précieuse qu'elle m'a apportée quotidiennement. J'exprime également toute ma reconnaissance et ma tendresse à l'égard de mon compagnon qui m'encourage depuis le début de cette thèse et avec lequel j'ai eu la chance de vivre la plus belle expérience d'une vie, celle de devenir mère avec la naissance de notre fils Jules, en avril 2017. Ils sont tous deux une grande source de motivation et de bonheur quotidien. Enfin, une pensée particulière est adressée à mes grands-pères qui ont toujours cru en moi et qui, je sais, s'ils étaient encore là, seraient fiers aujourd'hui.

Liste des principales abréviations

Art. : Article

Ass. Nat : Assemblée nationale

C.civ : Code civil

Coll. : Collection

D. : Dalloz

Éd. : Édition

f° : Feuillet

J. O : Journal Officiel

n° : Numéro

Op.cit : ouvrage déjà cité

p. : Page

pp. : Pages

PUF : Presses Universitaire de France

RTDC : Revue trimestrielle de droit civil

suiv. : Suivant

tit. : Titre

t. : Tome

vol. : Volume

Sommaire

Introduction

Partie I. La nature de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

Titre I. Une puissance paternelle commune au père et à la mère

Chapitre I. L'influence des législations antérieures sur la puissance paternelle dans le Code civil

Chapitre II. Le caractère commun de l'autorité dans la famille de 1804 à 1970

Titre II. Une puissance paternelle subordonnée

Chapitre I. La prédominance du père de famille dans le Code civil

Chapitre II. Vers l'indépendance de l'épouse et de la mère

Partie II. L'exercice de la puissance paternelle de la mère

Titre I. L'exercice commun de la puissance paternelle

Chapitre I. Une puissance paternelle concurrente en matière de consentement

Chapitre II. La contribution de la mère aux charges du ménage et à l'éducation des enfants

Titre II. La puissance paternelle directe de la mère

Chapitre I. Le cas où la mère devient à son tour chef de famille

Chapitre II. Le transfert de la puissance paternelle à la mère après la dissolution du mariage

Conclusion générale

Introduction

> « La puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants »
>
> Pierre-François Réal[1].

On entend par puissance paternelle l'autorité qui appartient au père et à la mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants.

C'est à Rome en particulier que le droit civil va entrer en lutte ouverte avec le droit naturel. La *patria potestas* est alors la source primitive de la famille. Plus que sur le sang, la famille repose sur la volonté du *pater familias*, qui exerce son autorité sur ses enfants et petits-enfants, tous *alieni juris*[2]. Cette puissance paternelle est alors établie dans l'intérêt du père de famille et c'est en vertu de sa puissance, que le père a, sur tous ses descendants un véritable droit de propriété dont les effets sont aussi étendus par rapport aux personnes que par rapport aux biens.

À l'époque de la loi des XII tables, le *paterfamilias* a sur tous les membres de sa famille des pouvoirs illimités auxquels sont soumis les enfants quel que soit leur âge. Ils ne peuvent y déroger que si quelques évènements viennent mettre fin à cette puissance paternelle elle-même. Le père peut mettre fin à ses droits en émancipant son fils, ou bien l'accession à d'importantes fonctions politiques soumet en partie le fils à l'autorité paternelle, car l'on pense que la dignité des charges auxquelles il est appelé, est incompatible avec l'étroite dépendance qui le liait à son père. Pour les filles le fait de jouer un rôle d'ordre religieux et de devenir vestales les soustrait également à l'autorité du père.

---

[1] Jean-Guillaume Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou Commentaire et complément des codes français*, Paris, Tarlier, 1836, p. 335 : Pierre François Real, *Exposé des motifs*, séance du 23 ventôse an XI.

[2] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille*, Paris, LGDG, 2017, p. 706 : « : « La famille patriarcale est soumise à une autorité absolue, analogue à un droit de propriété, et conçue en termes énergiques allant jusqu'au *jus vitae necisque* c'est-à-dire le droit de vie et de mort».

Relativement aux biens, le fils étant lui-même la propriété de son père, tout ce qu'il acquiert est acquis à son père. Au fil du temps, ce droit s'est adouci, bien qu'il ait maintenu la perpétuité de cette autorité[3].

Le mariage n'émancipe point par lui-même, et le fils qui est sous la puissance du paterfamilias, voit tomber sous cette même puissance, sa femme et ses enfants. Pour les filles, elles resteront soumises à l'autorité paternelle si le mariage a lieu *« sine manu »* et si elles continuent à faire partie de leur famille d'origine, sans entrer dans celle de leur mari et n'auront vis-à-vis de leurs enfants qu'une parenté par le sang ou *cognatio*, dont les effets sont très minimes comparativement à la convention *in manum* qui va créer une parenté civile[4].

Au début de l'Empire romain, la situation de la mère légitime est donc à peu près nulle au point de vue juridique. C'est le prêteur qui commença par accorder des exceptions qui ne seront que des moyens de défense, et de longues années s'écouleront avant que la mère puisse faire valoir ses droits par voie d'action[5].

Dans la vie courante, le père exerce seul la puissance paternelle et la mère n'a guère plus de droits qu'aux époques de la fondation de Rome. Pour l'émancipation et l'adoption, la mère n'est pas consultée. Cependant, en ce qui concerne le consentement au mariage, le père est tenu de requérir l'avis des plus proches parents, et l'avis de la mère, si la fille est veuve, et mineure de vingt-cinq ans. Au cas où le père serait prédécédé, le consentement de la mère est nécessaire.

Seulement la vie évolue, les institutions changent et les pouvoirs du père deviennent moins absolus qu'autrefois parce qu'en réalité ses décisions ont des effets moins étendus.

---

[3] Raimond Fréderic de Fresquet, *De la puissance paternelle à Rome sur la personne des fils de famille et de la femme in manu*, Aix, Typographie A. Makaire, 1861, 43 p.
[4] Jules Auguste Blanchard, *De la puissance paternelle à Rome*, thèse de doctorat, droit, Université d'Aix, Aix, 1856, pp. 16 et suiv.
[5] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage, en l'absence de séparation de corps*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1939, p. 14.

À partir du règne de Constantin, la situation de la femme s'est améliorée d'une manière considérable. Cette amélioration s'est produite sous l'influence du Christianisme qui vient opposer à la suprématie du chef de famille, une doctrine toute nouvelle, reposant sur des principes nouveaux. Plus de différence entre l'homme et la femme, leur égalité est proclamée sans aucune restriction. Il ne reste plus rien de la base du système romain qui ne reposait que sur l'autorité du père. L'enfant doit écouter son père comme sa mère, il doit leur témoigner le même respect et la même obéissance. Les parents ont sur leurs enfants les mêmes prérogatives « enfants, obéissez en tout à vos parents, car cela plaît au Seigneur »[6].

Dans son étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et dans le droit moderne, Paul Gide affirme que « pour mieux exprimer le contraste entre la loi ancienne et la loi nouvelle, Saint Paul ne manque jamais de joindre le nom de la mère, à celui du père quand il consacre le droit de puissance paternelle. Ainsi, c'est une révolution radicale dans la constitution de la famille que la loi de l'Évangile vient d'accomplir. Elle brise le despotisme domestique, et recompose l'unité de la famille en liant tous ses membres par des devoirs mutuels »[7].

Le droit romain ainsi modifié, mais tout en gardant sa physionomie rigoureuse, devient le droit de la Gaule après la conquête. Cependant, les lois impériales se sont tout de même adoucies, sous l'influence du Christianisme puisque le mélange des germains et des gaulois va refondre les mœurs dans un sens favorable à la femme. Lors de leur établissement dans le pays, les Francs apportent une organisation familiale toute différente de la famille germanique. Le principe essentiel de la famille étant à leurs yeux la solidarité des membres qui la composent, et l'obligation pour le fort de secourir et de venger le faible. La puissance paternelle sera donc chez les Francs un pouvoir protecteur, établi dans l'intérêt de l'enfant, et à l'exercice duquel pourra participer la mère. Nous assisterons véritablement à la lutte des traditions romaines

[6] *Saint Paul Coloss. Ch. III 20.*

[7] Paul Gide, *Étude sur la condition privée de la femme : dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le senatus consulte velléien*, Paris, Collection, 2015, 611p.

aux prises avec les idées du droit coutumier[8]. Pour autant, la différence qui s'était établie entre ces deux systèmes de droit n'empêchait pas qu'il y eût une atmosphère commune, celle d'un adoucissement des mœurs et d'une famille forte[9].

Mais à côté de cette atmosphère commune, des différences se sont manifestées entre les pays de droit écrit et les pays de coutume. Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle continue, comme en droit romain, d'être théoriquement attribuée exclusivement au père, et ce, de manière perpétuelle. Cela étant, ses effets vigoureux sur la personne des enfants, attachés provisoirement par la loi romaine à la puissance paternelle, se sont singulièrement adoucis et les pays de droit écrit n'offrent que peu de différence à cet égard avec les pays de droit coutumier.

En effet, dans les pays de coutume, l'organisation familiale est toute différente de celle fondée sur les principes de droit romain. De la diversité des lois et des mœurs, on dégage une conception moins autoritaire[10], ce qui permet l'émergence d'une véritable autorité parentale, appelée *mainbournie*[11]. Comme chez les Germains, la puissance paternelle devient l'émanation directe du droit naturel et la mère est appelée, comme elle l'avait déjà fait les Germains, à exercer auprès du père un pouvoir de protection, de tutelle, au profit des enfants et à remplir en commun avec lui les devoirs dont elle est tenue au même titre que lui[12]. Toutefois l'égalité n'est pas encore parfaite puisque la mère ne peut exercer son pouvoir qu'à défaut du père ou avec son consentement et son bon plaisir.

---

[8] Louis Passy, *Des origines de la communauté de biens entre époux*, Paris, Firmin Didot, 1857, p. 8. : « Le mundium est une mise de la famille dans les mains du chef, une autorité spéciale sur la personne et les biens. La femme est soumise au mundium ».

[9] Sauf des nouveau-nés : les abandons des nouveau-nés ont été tolérés à certaines époques ; notamment au XVII[e] siècle, ils s'étaient multipliés (Saint-Vincent-de-Paul organisa l'accueil des nouveau-nés abandonnés).

[10] Pierre Petot, *Histoire du droit privé : la famille*, *op.cit.,* p. 366.

[11] Edmond Dufour d'Astafort, *De la puissance paternelle dans l'ancien droit et dans notre droit moderne*, Paris, Henry Oudin, 1868, p. 163

[12] Pierre Petot, *Histoire du droit privé : la famille*, *op.cit.,* p. 366 : « L'autorité chez les Germains n'est nullement *potestas* romaine, toute réservée au paterfamilias et si absolue en son essence ? Le *mundium* n'absorbe ni la personne ni le patrimoine de l'enfant, qui pouvait avoir des biens à lui, et recueillir comme laisser une succession ; et ce *mundium* ne dépasse pas la majorité ».

Par la suite, les ordonnances royales vont renforcer l'autorité du père à travers le droit de correction et la possibilité d'enfermer son enfant mineur à travers les lettres de cachet[13]. Lorsque la Révolution éclate, le droit révolutionnaire réagit contre l'énergie de la puissance paternelle que connaissait l'ancien droit[14]. Par conséquent, des idées nouvelles voient le jour, fondées sur l'égalité et l'abolition des privilèges de tout genre, et la proclmation de l'inviolabilité des droits de l'homme et la puissance paternelle devient une institution contraire à la liberté dont jouit tout homme.

Ainsi, les lois relatives à l'organisation de la famille, votées par les Assemblées qui se sont succédées depuis le 5 mai 1789 jusqu'au Consulat en 1799 sont en petit nombre, mais portent cependant des atteintes très graves au principe de l'autorité du chef de famille et arrivent à anéantir la puissance paternelle en voulant détruire les abus relatifs à son autorité sur l'enfant.

La notion de puissance paternelle de la mère dans le Code civil

Lors de l'élaboration du Code civil, l'organisation nouvelle du pouvoir domestique revêt un caractère particulièrement complexe, surtout concernant la détermination de la part qu'il convenait de faire à la mère dans l'exercice de ce pouvoir[15]. En effet, les rédacteurs du Code civil se trouvent en présence d'un antagonisme certain entre le droit écrit et le droit coutumier. Alors que l'ancien droit romain et les coutumes franques ont légué à notre ancien droit deux conceptions différentes du pouvoir dans la famille, depuis 1804 les idées et les mœurs évoluent pour aboutir à une véritable métamorphose familiale. La loi romaine qui régit toutes

[13] Philippe Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Seuil, 1975, p. 255. Voir également la thèse publiée de Jeanne-Marie Jandeaux, *Le roi et le déshonneur des familles. Les lettres de cachet pour affaire de famille en Franche-Comté au XVIII*e *siècle*, Paris, Ecole des chartes, 2017, 533 p : Cette étude revient sur la façon et la procédure par lesquelles les familles recourent à l'Etat pour régler leurs conflits au XVIII[ème] siècle.

[14] Louis Astruc, *Traités du mariage, de la puissance paternelle, des usucapions et des prescriptions, suivant l'usage du droit romain et du droit français*, thèse de doctorat, droit, Université d'Avignon, 1755, p. 155.

[15] Auguste-Joseph Paris, *De la Puissance Paternelle*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1855, p. 7.

les provinces soumises au droit écrit consacre une autorité paternelle rigoureuse, à l'image de l'époque ou l'enfant était la propriété du père, alors que les textes du droit coutumier admettent pour la plupart, une autorité paternelle, beaucoup plus atténuée, commune avec la mère et soumise au contrôle de l'assemblée de famille. Telles sont, dans leurs traits généraux, les deux législations opposées qui, à la fin du XVIII[e] siècle se partagent le territoire de la France, le droit romain dominant dans les provinces du Midi, le droit coutumier dans celles du Nord.

C'est donc à travers l'influence des législations antérieures que l'un des rédacteurs du Code civil, Jean-Etienne-Marie Portalis affirme que « Le Code civil se situe à mi-chemin de l'ancien droit et de la législation révolutionnaire, ne retenant que le meilleur de la tradition d'Ancien Régime et de l'héritage révolutionnaire »[16]. Quoiqu'il advienne, « c'est par un savant équilibre dans les emprunts faits au droit romain et aux coutumes que le Code civil met fin à toutes les querelles entre juristes du Nord et du Midi, soudant l'unité nationale au prix d'un abandon des particularismes locaux consenti par un égal effort des habitants des pays de coutume et des pays de droit écrit »[17].

Les sources principales dont se sont inspirés les rédacteurs du Code sont les coutumes et surtout celle de Paris. En effet, le droit coutumier concerne la majorité des Français ainsi que la plupart des membres de la section de législation du Conseil d'État qui sont originaires des pays de coutume, ce qui justifie pleinement l'influence coutumière sur le Code civil[18].

Par conséquent, la puissance paternelle des pays coutumiers, précisée et affermie est consacrée par la loi nouvelle qui déclare formellement que la mère doit y participer.

C'est ainsi que les droits de la mère apparaissent pour la première fois dans le Code civil qui investit communément les parents de la puissance paternelle. La puissance paternelle ou l'autorité est ainsi déférée par le Code à la mère légitime, ce qui

---

[16] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 21.
[17] Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, Paris, Pedone, 1898, p. 101.
[18] Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1922, p. 40.

prouve combien sur ce point, le Code s'est écarté du droit romain tout en se rapprochant davantage du droit coutumier comme l'affirme le Conseiller d'État Pierre-François Réal :

« Parce que nos mœurs ne privent pas les mères des droits que la nature leur donne sur leurs enfants » ; « Le législateur a dû établir un droit égal là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affections ; il répare, par cette position, l'injustice de plusieurs siècles ; il fait, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille, et la rétablit dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature ; droits sacrés, trop méprisés par les législations anciennes, reconnus, accueillis par quelques-unes de nos coutumes, et notamment par celle de Paris, mais qui, effacés dans nos codes, auraient dû se retrouver écrits en caractères ineffaçables dans le cœur de tous les enfants bien nés »[19].

Désormais, cette puissance paternelle appartient à la fois au père et à la mère et s'exerce sur la personne et les biens de l'enfant tant qu'il est mineur et non émancipé.[20] A cet égard, le Tribun Vesin, ajoute que « La mère est à juste titre admise à le partager. Ceux qui ont le même intérêt doivent jouir des mêmes droits : il serait bien difficile de justifier la proposition contraire »[21]. En effet, les attributs de cette puissance sont des moyens d'action mis au service de devoirs que le Code impose aux parents, et qui ont tous pour but la protection, l'éducation et la direction de l'enfant[22].

Enfin, cette puissance n'est plus perpétuelle puisqu'elle prend fin à la majorité ou par son émancipation de l'enfant. De plus, le père n'est plus investi de fonctions

---

[19] Pierre-François Réal, *Exposé des motifs*, Procès-verbal du 26 ventôse an 11, t.2, p. 614

[20] Pierre François Real, *Exposé des motifs*, séance du 23 ventôse an XI, Charles Demolombe, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse, de la puissance paternelle*, Paris, imprimerie générale, 1875, p. 203 : « Réal a d'ailleurs défini cette puissance paternelle devant le Corps législatif comme « un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants ».

[21] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, p. 527.

[22] Louis Delzons, *La famille française et son évolution*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1913, p. 79.

inamovibles[23]. Enfin, la puissance paternelle n'y constitue plus comme le droit romain un privilège d'une application exclusive et inflexible. L'intérêt de l'État est également mis en exergue, car « le bon ordre des familles est la première condition et la plus sûre garantie du bon ordre de la société. La puissance paternelle étant le meilleur auxiliaire de la puissance publique »[24] tout comme l'intérêt social qui est également mis en avant et qui exige le bon ordre dans l'État, qui doit au besoin protéger l'enfant contre les abus d'une autorité originairement sans borne ni contrôle[25].

Cependant, il faut savoir que le Code Napoléon avait construit la famille sur le mariage et la légitimité. Sous son empire, certains doutaient même qu'existe une puissance paternelle sur les enfants naturels. A la lecture des procès verbaux, Napoléon Bonaparte affirmait clairement une profonde hostilité envers les enfants naturels à l'image de ces propos « la société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus»[26]. Dans le même état d'esprit, Portalis confirme cette pensée et considère les enfants naturels comme « des êtres mystérieux, qui ne pouvaient se dissimuler le vice de leur origine, venaient par des réclamations artificieuses, compromettre la tranquillité des familles » et donc « la faveur du mariage, le maintien des bonnes mœurs, l'intérêt de la société, veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes »[27].

Ainsi, cette méfiance à l'égard des enfants naturels laisse sous-entendre l'objectif poursuivi par le législateur de 1801 et par le Premier Consul à savoir « le rétablissement de

---

[23] Louis Josserand., *Cours de droit civil positif français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 591 et 592.

[24] Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon : De l'adoption et de la tutelle officieuse , de la puissance paternelle*, Lahure et Cie, 1866, p. 211.

[25] Martin Xavier. « Fonction paternelle et Code Napoléon », in *Annales historiques de la Révolution française*, n°305, 1996. pp. 465- 475.

[26] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires*, *op. cit.*, t. 10, p. 77 : Séance du 17 novembre 1801, discussion sur la section II du chapitre III intitulée *de la Reconnaissance des Enfants nés hors mariage*.

[27] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires*, *op. cit.*, t. 1, p. 522 : Citation tirée du *Discours préliminaire* de Portalis.

la famille dans l'intérêt de l'État »[28]. Cette thèse ne développera pas le sort des enfants naturels dans le Code civil puisque son sujet ne concerne que les enfants légitimes.

La « puissance paternelle » de la mère ?

De toute évidence, il peut sembler paradoxal de parler de puissance paternelle dans une thèse consacrée à l'autorité de la mère, mais le qualificatif « paternelle » est bien le terme propre[29]. Avant de savoir exactement quels sont les droits de puissance paternelle, les rédacteurs du Code civil ont pourtant recherché quels termes précis devaient être employés et si la notion de puissance devait être supprimée au profit de celle d'autorité. Fruit de longs débats au Conseil d'État, la notion de «*puissance paternelle* » est finalement retenue et les articles 371 à 381 y font expressément référence[30].

Toutefois, il faut remarquer que l'expression puissance paternelle ne figure au Code civil que dans la rubrique du titre IX. Partout ailleurs, dans les textes, elle a été remplacée intentionnellement par celle d'autorité. Les articles 372 et 373 donnent alors le nom d'autorité à ce qui avait été jadis une puissance absolue[31] alors que la doctrine elle conserve encore majoritairement le terme de puissance[32]. Le Code civil n'a donc pas souhaité abandonner totalement la notion de puissance paternelle mais il est important de souligner, eu égard au sujet de cette thèse, que le mot même de puissance paternelle ne se trouve plus dans les lois, et qu'il en a été effacé des articles dès 1804[33].

---

[28] Saada Leila, « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *Napoleonica. La Revue*, 2012/2 (N° 14), p. 36.
[29] François Laurent, *Principes de droit civil*, t. 4, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869, p. 260.
[30] Paul-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit*. pp. 482 et 486.
[31] *Ibid*., p 350.
[32] Charles Demolombe, *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse de la puissance paternelle,* t. 6*,* Paris, Lahure et Cie, 1866, p. 221.
[33] Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, Paris, Dalloz, 1930, p. 452.

En somme, malgré l'utilisation de la notion de puissance paternelle, la loi impose simultanément à la mère le devoir de donner aux enfants nés leur union[34] l'éducation physique, intellectuelle et morale et grâce au mariage à travers l'article 203. En effet, c'est à travers l'article 203 que sont établis de véritables devoirs communs que devront remplir les père et mère vis-à-vis de leurs enfants.[35] Les termes de la loi sont tout à fait explicites en la matière puisque la mère a, pendant le mariage, les mêmes obligations que le père de nourrir, entretenir et élever ses enfants. Cet article 203, placé, hors du titre *De la puissance paternelle*, au titre *Du mariage*, donne une portée contractuelle à l'organisation de la vie quotidienne en consacrant que *:* « Les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Puisque le devoir est commun, les moyens de l'accomplir doivent l'être de même. De là, est institué en tête du titre IX, la reconnaissance formelle du devoir qu'ont les enfants de respecter leur père et leur mère, pendant toute leur vie aux termes de l'article 371 : *«* L'enfant, à tout âge doit honneur et respect à ses pères et mère ». Cet article énonce de toute évidence qu'il ne suffit pas d'imposer aux père et mère l'obligation d'élever leurs enfants, il faut encore leur donner les moyens de s'exécuter. Et c'est ce qu'a fait la loi en soumettant l'enfant au respect et à l'autorité de ses parents jusqu'au jour de sa majorité ou de son émancipation. Le devoir d'éducation étant imposé par la loi à la mère, l'autorité doit également leur appartenir conjointement**.** C'est ainsi qu'aux termes de l'article 372, l'enfant reste « sous l'autorité de ses pères et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation ».

Alors que l'article 372 déclare que la puissance paternelle appartient au père et à la mère, le principe se modifie considérablement dans son application. L'autorité attribuée aux deux parents ensemble est, quant à son exercice, concentrée entre les mains du père comme l'énonce formellement l'article 373 : « Le père seul exerce cette autorité pendant le

---

[34] François Rigaux, *Les personnes*, *Les relations familiales*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 3042 : Les droits et les devoirs de la puissance paternelle, lors de l'élaboration du Code civil, visaient explicitement les parents mariés, selon l'article 203 qui figurait sous le titre "*Les effets du mariage"* : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. ».

[35] Charles Beudant et Lerebours-Pigeonnière Paul, *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau, 1936, p. 46.

mariage ». À en croire les termes de cet article, lorsque l'épouse devient mère, on considère que celle-ci n'a en présence du père, plus aucun droit sur ses enfants.

Marcel Rougé de Chalonge, dans sa thèse consacrée en 1874 à la participation de la mère à la puissance paternelle s'interroge légitimement sur ce que devient le droit reconnu à la mère après la lecture de l'article 373. Il se demande ainsi si elle ne lui est conférée que pour l'honneur des principes, et si l'article 372, durant la vie du père, n'est pas comme l'article 371 qu'un précepte de morale dépourvu de sanction? « Nullement »[36] affirme-t-il !

Cette idée est consolidée par le tribun Vesin dans son rapport qu'il fait au corps législatif le 25 ventôse an XI en faisant observer sur ce point, les raisons déterminantes de cet article :

« Le père est en effet considéré comme le chef de famille, par les principes que vous avez déjà admis en traitant du mariage ; il est dans l'ordre, et c'est une conséquence qu'il en ait les prérogatives. Ce pouvoir s'il était en même temps partagé entre plusieurs, s'affaiblirait par cela même et tournerait en sens contraire de l'objet de son institution. Le projet de loi n'entend pas par-là ne pas associer la mère à cette magistrature ; elle l'exerce à son tour et prend la place du père s'il vient à manquer »[37].

Pour autant, il ne faut pas croire que la rédaction de l'article 373 annihile l'article 372 et réduit ses principes à l'état d'une lettre morte. Il ne faut pas imaginer que la mère ne dispose que de la jouissance du droit et qu'elle n'en a jamais l'exercice. L'article 372 qui soumet l'enfant à l'autorité commune du père et de la mère n'est pas abrogé par l'article 373. Il suffit de distinguer à cet égard, le fait et le droit. Le droit à l'autorité paternelle est

[36] Marcel Rouge de Chalonge, *Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1876, p. 121.

[37] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *t. 10, op. cit.*, p. 527 : Le tribun Vesin évoquera encore cette même idée devant le Corps législatif en expliquant pourquoi la puissance paternelle ne peut appartenir concurremment au père et à la mère : « La raison dicte qu'un tel partage ne saurait subsister sans détruire le pouvoir ; et la nature a résolu la question donnant à l'homme des moyens de supériorité et de prééminence, qui ne peuvent lui être contestés » ; « . Le consentement au mariage des enfants et la jouissance de leurs biens lui paraissent des conquêtes considérables, qui l'amènent à conclure que la magistrature familiale, est un pouvoir de protection, d'intérêt pour les enfants et la mère est admise à juste titre à le partager. Ceux qui ont le même intérêt doivent jouir des mêmes droits ; il serait bien difficile de justifier la proposition contraire ».

une chose, l'exercice de cette autorité en est une autre et cette notion représente d'ailleurs le corps de ce sujet[38].

Des dispositions insérées sous des rubriques diverses du Code civil

Eu égard au sujet de cette thèse, cette étude ne devrait prendre pour principale référence dans le Code civil que le Titre IX *De la puissance paternelle* pour balayer l'étendue de l'autorité de la mère. Pour autant, le titre IX de la puissance paternelle n'est pas le seul à contenir des dispositions relatives à l'autorité exercée sur les enfants. En effet, les termes « puissance paternelle » recouvrent deux acceptations différentes, l'une restreinte dite *stricto sensu* et l'autre large dite *lato sensu*[39].

À la lumière du Titre IX, l'attribution exclusive au père de la puissance paternelle n'a trait qu'au droit de direction et d'éducation entrainant comme conséquence, le droit de garde, le droit de correction en vertu de l'article 373, mais également le droit d'usufruit légal et d'administration légale, donc de la puissance paternelle *stricto sensu*.

Il est pourtant d'autres attributs de la puissance paternelle, épars dans le code, qui se rattachent à la disposition générale de l'article 371 et relativement auxquels la loi, par une disposition formelle, reconnait à la femme une situation égale à celle du mari en vertu de la notion de puissance paternelle *lato censu*. Dans cette catégorie, il est question du droit de consentir à l'adoption ou d'être consultée pour le mariage de ses enfants[40], traitées au titre V du livre I ainsi qu'aux titres I et II du livre II consacré

[38] André-Lucien Haas, *Les droits de la mère*, thèse, droit, Université de Paris, 1902, p. 57.
[39] Karl Salomo Zachariä Von Lingenthal, *Cours de droit civil français*, Bruxelles, Société belge de librairie, 1842, p. 255.
[40] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1876, p. 159.

respectivement au mariage et aux donations entre vifs et testaments ou encore de l'adoption et de toutes autres formes de consentements[41].

C'est cette puissance paternelle dite étendue qui est le véritable objet de cette étude. Cette même puissance alors développées par nos lois n'est pas une et indivisible et se constitue de plusieurs attributs distincts, susceptibles de s'exercer et de se perdre indépendamment les uns des autres, et relatifs les uns à la personne, les autres aux biens de l'enfant et qui se trouvent dans divers titres du Code civil[42].

Il y a donc lieu de compléter cette analyse par un assez grand nombre d'articles épars, empruntés à différents titres du Code « puisqu'un certain nombre d'attributs traditionnellement attachés à la magistrature domestique apparaissent, de manière contingente, traités en divers endroits du Code »[43].

Enfin, le titre IX du livre I du Code ne dit rien des cas d'empêchement du père à exercer cette puissance paternelle[44] puisqu'en 1804, le législateur au titre de la puissance paternelle n'avait pas à prévoir d'autres éventualités. Cependant, diverses situations peuvent bouleverser le système normalement organisé comme à la suite d'un d'une déchéance légale ou d'accident naturel ou encore une incapacité de fait ou de droit qui atteindra le chef de famille. Or, comme son pouvoir ne lui appartient pas en propre, il n'est dans la famille que le mandataire de la société, et toute société lui doit être retirée, dès que l'exécution du mandat social se trouve compromise entre des mains d'indignes ou d'incapables. Tels sont les cas où le père est absent, frappé d'interdiction légale ou judiciaire, déchu ou civiquement dégradé. Toutefois, hormis le cas d'absence, le texte de la loi fait défaut presque partout.

Pourtant, l'aspiration à un nouveau type de puissance paternelle est formulée par le conseiller d'État Théophile Berlier dès les premières discussions du Code civil : « Le

[41] Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, De l'adoption et de la tutelle officieuse*, Paris, Durand, 1854, p. 225.
[42] Marcel Rouge de Chalonge, *Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1876, p. 159.
[43] Jerôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire. Le crépuscule d'une institution la puissance paternelle*, thèse de doctorat, Droit, Université de Grenoble, 2000, p. 311.
[44] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, p. 104.

nouveau système, beaucoup plus libéral, veut que tout individu marié ou majeur devienne sui juris, de sorte que l'autorité dont il s'agit à peu de choses près restreinte à la minorité de l'enfant et à cette époque de la vie qui appelle une protection plus spéciale, devient aussi plus susceptible d'être, à défaut du père, conférée à la mère, qui cependant ne participait point autrefois à la puissance paternelle » [45].

Par exception, la mère est ainsi appelée à exercer cette autorité même pendant le mariage lorsque le père se trouve dans l'impossibilité de l'exercer lui-même. Cela se justifie par le fait que le droit étant commun au père et à la mère et l'exercice n'en étant refusé à cette dernière que par suite de l'attribution exclusive qui en est faite à son mari, cet exercice doit lui revenir dès lors que le mari ne peut plus exercer ses fonctions[46]. Si donc le père est absent, interdit, en état de démence la mère prend sa place de plein droit. Il en était de même autrefois au cas de déchéance de la puissance paternelle encourue par le père ; mais la loi du 24 juillet 1889 qui régit cette matière réserve aux tribunaux le soin d'apprécier si l'exercice de l'autorité dont le père est dépouillé doit appartenir ou non à la mère. Enfin, la mère pourra exercer une puissance paternelle pleine et entière après la dissolution du mariage ou suite au décès du père.

De toute évidence, cet éparpillement manifeste des questions relatives à la puissance paternelle, commandées par l'organisation du Code civil rendre que plus complexe la détermination de la nature et de l'étendue du pouvoir domestique de la mère qui seront étudiés tout au long de cette thèse.

Un itinéraire de recherche guidé par l'évolution de l'autorité de la mère et des mutations économiques, politiques et sociales

Tout travail de recherche doit se situer dans le temps. Pour ce faire, il doit être fondé sur un repère temporel bien défini. Étudier la puissance paternelle de la mère dans le Code civil depuis 1804 revient à faire ressortir le moment où la loi consacre la puissance

[45] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.*, p. 487.
[46] Antoine Marie Demante et Edouard Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, Plon Nourrit et Cie, Paris, 1853, p. 179.

paternelle de la mère en 1804 et le moment où la loi du 4 juin 1970 va définitivement abolir cette notion de puissance paternelle, au profit d'une nouvelle qualification, celle de l'autorité parentale.

L'analyse de l'autorité de la mère au sein de la famille légitime de 1804 à 1970 repose sur des sources législatives, doctrinales ou encore jurisprudentielles. A l'égard de ce sujet, de nombreuses thèses du XIX^e^ et du XX^e^ siècle enrichissent ce travail de recherche, à l'image de celles de Ludovic Beauchet, Jules Dedebat, Marcel Rouge de Chalonge, Philippe Auguste Paget et Henri Tagant pour le XIX^e^ siècle et celles de Robert Aynès, Louis Delzons, Maurice-Firmin Félix Roure et Thérèse Traizet pour le XX^e^ siècle, pour ne citer qu'elles. Ces thèses ont été de véritables supports de travail du fait de la précision de leurs sujets en lien avec diverses thématiques de cette thèse.

D'autre part, les analyses produites par les premiers commentateurs du Code civil permettent d'étudier au mieux la nature de la puissance paternelle dans le Code civil, tout en faisant une incursion pour ainsi dire systématique dans l'ancien droit. À partir de 1805, deux acteurs de la rédaction du Code civil commencent à livrer des documents qui accompagnent leurs opinions personnelles. Le premier est Jean-Gauillaume Locré, secrétaire général du Conseil d'État, dont *l'Esprit du Code Napoléon* est rédigé en six volumes expose les règles du livre I du Code civil en les comparant aux différentes solutions proposées lors de la discussion. Le second est Jacques de Maleville qui publiera l'*Analyse raisonnée de la Discussion du Code civil*[47].

Par ailleurs, l'œuvre de Merlin de Douai qui développe sous l'Empire et se poursuit jusqu'à sa mort en 1838 permet d'étudier les commentaires du Code civil, avec une explication simple de ces articles et une analyse du droit romain et du droit de l'Ancien Régime. Les notes consacrées à des ouvrages controversés et à la jurisprudence sont d'un intérêt particulier. Il se veut cependant tout à fait hostile aux droits des femmes qui n'ont pas, selon lui, la puissance paternelle.

[47] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op.cit.,* p. 57.

Enfin le *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* de Pierre-Antoine Fenet a véritablement servi de guide dans la rédaction de cette thèse.

Les développements de cette thèse s'appuient également sur l'analyse de différents cours et traités de droit civil. Plusieurs grands auteurs se succèdent dans la première moitié du XIX^e^ siècle puis au XX^e^ siècle, à l'image des travaux réalisés par les Professeurs, Toullier et Proudhon qui ont eu : « le mérite d'avoir mis en valeur les liens entre le nouveau et l'ancien droit »[48]. Dans le sillage de Toullier, l'oeuvre de Duranton évoque les termes utilisés par le législateur dans son *Cours de droit français suivant le Code civil*, alors que l'analyse des écrits de Charles Demolombe permet quant à elle, de comparer le droit et les faits à travers l'observation des mœurs et des besoins de la société. Enfin, l'étude du *Cours de droit civil français* de Charles Aubry et Frédéric-Charles Rau a pu faire ressortir, en matière de puissance paternelle, les réalités pratiques et la place de la jurisprudence.

Entre les années 1880 et 1890 : « le commentaire littéral du Code civil reste encore à l'honneur dans l'enseignement »[49]. Deux grands traités illustrent la permanence de la méthode exégétique : le commentaire théorique et pratique du Code civil de Théophile Huc qui suit pas à pas le Code et le précis de droit civil de Baudry-Lacantinerie qui entend dégager les principes et le sens des textes[50].

Au XX^e^ siècle, le *Traité élémentaire de droit civil* de Marcel Planiol change notablement l'exposition d'ensemble du droit civil. Planiol donne d'après Jean-Louis Halpérin place aux réalités et met au premier plan la jurisprudence tout en citant d'autres auteurs de la doctrine. Il intègre également des développements précis et argumentés sur l'histoire du droit, de droit comparé et enfin sur l'économie[51].

Enfin, Julien Bonnecase va entreprendre une œuvre qui permet de faire ressortir les nouveaux changements opérés dans le droit civil depuis 1905. Cette œuvre a permis d'actualiser le traité de Baudry-Lacantinerie puisque Bonnecase affirme vers la

[48] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op.cit.,* p. 59.
[49] *Ibid.*, p. 184.
[50] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Des personnes*, t. 2, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, p. 674 et s.
[51] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op.cit.,* p. 184.

fin du Tome 1 du supplément que le tome du droit de la famille du traité de Baudry-Lacantinerie n'est plus d'actualité, car les réformes ont depuis été trop nombreuses[52].

Cependant, ces œuvres diverses, issues, pour la plupart, de conceptions politiques, ne sont guère centrées sur la femme en elle-même. En effet, comme le précise Maurice Firmin Roure au sein de sa thèse consacrée aux droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant : « Les uns réclament pour elle une plus grande indépendance dans le domaine, aujourd'hui si important, de l'activité économique ; les autres voudraient lui conquérir le plein exercice des droits politiques alors que ses incidences maternelles ont parfois été négligées »[53]. C'est là sans doute un des points restés les moins étudiés dans notre droit au début du XXe siècle.

Ainsi, c'est dans une tout autre direction que l'évolution va se poursuivre au cours du XXe siècle, sous l'impulsion de la jurisprudence, des mœurs et du législateur. Pour améliorer la condition de la femme et donc de la mère, le législateur et la jurisprudence ont dû apporter des modifications au Code civil pour l'un et des solutions pratiques pour l'autre. Les lois nouvelles vont consacrer un adoucissement continu de l'autorité paternelle qui rapidement ne va plus mériter d'être qualifiée de puissance.

Le Code civil, au début du XXe siècle, consacre les résultats de cette longue évolution et accorde à la femme une place dans l'intérieur conjugal en lui donnant une voix égalitariste au chapitre familial. Cependant, la prépondérance du père dans la famille en tant que chef de famille ne donnera initialement à la mère qu'un rôle de « subordonnée » au père en matière de droit au sein du foyer familial. Le Traité

[52] Julien Bonnecase, *Supplément du traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. 1, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1924, p. 42 et s.
[53] Maurice-Firmin-Felix Roure, *Les droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant*, thèse, droit, 1925, Alger, imprimerie Angelis, p.9.

pratique de droit civil français de Marcel Planiol et Georges Ripert servira de véritable guide dans l'analyse de la famille au début du XXe siècle[54].

En matière de droit familial, l'œuvre de Raymond Saleilles approuve les réformes du législateur sur la capacité de la femme mariée et sur la limitation de la puissance paternelle. Gabriel Baudry-Lacantinerie précisera également qu'à « la conception archaïque, consacrée par le Code civil, de la toute-puissance qu'elle soit paternelle ou maritale, s'est peu à peu substituée celle de la collaboration intime des parents et des époux ce qui a permis à la mère de cesser d'être la subordonnée de son mari pour en devenir l'égale et l'associée »[55].

Par conséquent, l'évolution du rôle de la mère va être tout à fait analogue à celle de l'épouse et de la femme dans la société puisqu'une série de mesures législatives va augmenter les droits de la mère et de la femme, d'une façon directe à l'aide de textes précis, qui vont lui accorder et proclamer d'une manière ouverte des droits, sans atteindre directement ceux du père[56]. Et pour cause, la recherche progressive de l'égalité des époux passe à travers la suppression de l'incapacité de la femme mariée et de l'autorité maritale au sein d'une vaste réforme initiée par les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942. La première loi se consacre à la suppression de l'incapacité de la femme mariée alors que la seconde apparaît dans l'ensemble comme la mise en application du principe de capacité.

De toute évidence, aborder un tel sujet revient à penser que s'il est essentiellement juridique, il tient aussi de près à l'histoire des mœurs puisque l'image de la famille va évoluer avec les mouvements de libération de la femme et les

---

[54] Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. 2, La famille, mariage, divorce, filiation* avec le concours d'André Rouast, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1926, p. 6 et s.

[55] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.5, Paris, Larose et L. Tenin, p. 674 : « Toute la doctrine de l'époque s'accordait à dire que l'incapacité de la femme mariée et la puissance maritale étaient obsolètes ».

[56] Ancien article 213 du Code civil de 1804 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari ». Ancien article 214 du Code civil de 1804 : « la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider: le mari est obligé de la recevoir ; et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. ».

mutations économiques et sociales advenues au cours de ces deux siècles. Par conséquent, la rédaction de cette thèse s'est effectuée sur la base de nombreuses lois qui ont participé à l'évolution de l'autorité tout comme l'étude des courants politiques de Napoléon à de Gaulle mis en parallèle avec l'autorité domestique ou encore la presse et les livres initiés par le mouvement féministe du XIXe et du XXe siècle qui font également partie intégrante de ce sujet.

En effet, le mouvement féministe, en se développant, a engendré « toute une floraison d'études, d'ouvrages et de revues qui se sont fondés, dans l'unique but de présenter la défense de la femme et de revendiquer pour elle une place plus large dans la vie sociale »[57]. Cette analyse s'est traduite, en particulier, par la recherche d'une cellule familiale moderne où les rapports entre parents ne se statueraient plus légalement sur un plan hiérarchique, mais égalitaire et « C'est à partir de cette exigence nouvelle, clé de voûte des revendications féminines, que l'organisation de la famille s'est transformée peu à peu »[58].

L'impact de l'industrialisation et des guerres sera également notable sur la structure familiale et le statut de la mère. L'importance sans précédent des deux grandes guerres mondiales et de la législation exceptionnelle qu'elles ont nécessitée a rendu le problème du retour au droit commun infiniment plus complexe et la jurisprudence a également été très attentive en matière de modification de la puissance paternelle en temps de guerre. L'œuvre de Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, est révélatrice de l'évolution de certains courants novateurs après la Première Guerre mondiale alors que celle de Georges Ripert se prolonge au-delà de la Seconde Guerre mondiale.

Concernant l'impact de l'industrialisation, il faut savoir que l'ordre social de 1804 correspondait à une certaine forme d'existence, à dominance rurale, et à une certaine conception de la vie familiale. L'influence conjuguée des transformations économiques et des courants de pensée a changé la structure de la famille comme le

[57] Maurice-Firmin-Felix Roure, *Les droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant*, thèse, droit, Université d'Alger,1925, p. 9.
[58] Marie France Callu*, Le nouveau droit de la femme*, l'Hermes, Paris, 1978, p. 201.

précisent Paul-Henry Chombart de Lauwe et Marie-José Chombart de Lauwe dans leur article consacré à l'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille : « L'industrialisation et l'extension de la vie urbaine au XIXe et au XXe ont modifié à la fois l'économie, les groupes locaux et les systèmes de parenté. En conséquence la famille a changé à la fois de position dans la société, mais également de structure interne. En même temps de nouvelles idéologies ont modifié les modèles anciens auxquels se référaient les membres de la famille.»[59].

Le XIXe et le XXe siècle vont alors consacrer le démantèlement progressif du patriarcat avec comme conséquence directe le partage de l'autorité avec les mères. Et c'est à travers la loi du 4 juin 1970 que la notion de puissance paternelle va être définitivement abolie au profit de la notion d'autorité parentale. En substituant la notion d'autorité parentale à celle de la puissance paternelle dans le titre IX du Code civil, « cette nouvelle loi traduit dans les mots cette mutation qui s'est produite et qui, à travers l'amélioration du statut de la mère , la famille tout entière a changé d'aspect »[60] et, comme l'a écrit le Doyen Jean Carbonnier « elle n'est plus une aujourd'hui une monarchie, mais une dyarchie conduite par une autorité bicéphale » [61].

Ces multiples comparaisons ont été possibles par un recoupement systématique des sources d'époque avec des ouvrages, articles, thèses et mémoires plus contemporains. Aux documents portant sur le contexte historique de la société française et le développement des droits de la mère et de la femme s'ajoute ainsi le dépouillement de périodiques généraux et spécialisés, de journaux, d'articles de doctrine, de recueils bibliographiques, de travaux préparatoires des textes normatifs, de bulletins, ou encore de la correspondance entretenue entre les principaux acteurs du renouveau du droit familial.

---

[59] Paul-Henry Chombart de Lauwe et Marie-José Chombart de Lauwe, « L'évolution des besoins et la conception dynamique de la famille » in *Revue française de sociologie*, 1900, p. 405.
[60] Laurent Leveneur, « Le choix des mots dans le droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, Paris, 1999, p. 25.
[61] Jean Carbonnier., *Droit civil*, t. 2, Paris, PUF, 1971, p. 386.

Enfin, du point de vue de la diffusion des décisions judiciaires les plus importantes, de grands progrès ont été accomplis dans les années 1880 comme le précise Jean-Louis Halperin : « À côté du *Bulletin officiel de la Cour de cassation*, depuis 1798 se sont multipliés les recueils périodiques de jurisprudence, publiant toutes les semaines ou tous les mois, les principaux arrêts de la Cour de cassation puis des cours d'appel avec un classement chronologique et thématique »[62]. A savoir également que les principaux instruments de recherche en matière de jurisprudence se sont basés sur le *Journal du Palais*, depuis l'an IX, jusqu'à sa fusion en 1865 avec le *Sirey,* les recueils de Jean-Baptiste Sirey[63] et ceux de Désiré Dalloz[64]. Ces publications relayées par les répertoires alphabétiques de Sirey et Dalloz permettent de donner une connaissance étendue de la jurisprudence.

La première moitié du XIX^e^ siècle correspond également à la naissance de nombreuses revues critiques consacrant une partie de leurs articles à la jurisprudence comme *La thémis,* la *Revue critique de jurisprudence en matière civile et* la *Revue étrangère de législation et d'économie politique.* Alors que les juges sont de plus en plus fréquemment amenés à adapter le droit à l'évolution de la société et des mœurs, on comprend dès lors pourquoi la fin du XIX^e^ siècle est souvent considérée comme une période d'essor de la jurisprudence. Pour autant, en matière familiale, les magistrats sont restés prudents. Constatant cependant les insuffisances du Code civil, les magistrats ont néanmoins été plus tentés qu'auparavant d'innover en proposant des solutions « prétoriennes » tout au long du XX^e^ siècle[65].

[62] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Puf, Paris, 2018, pp. 54-55.
[63] A partir de l'an X, certaines années en collaboration avec Denevers jusqu'en 1808, sous la direction de Devilleneuve et Carette depuis 1831.
[64] Collaborateur depuis 1822 *du Journal des audiences de la Cour de Cassation* de Denevers, puis directeur en 1825 de la *Jurisprudence générale du royaume.*
[65] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op. cit*, p. 180.

De la nature de la puissance paternelle de la mère à l'exercice de cette puissance

Le cheminement de ce travail est porté par la dynamique même de l'intitulé du sujet, à savoir la puissance paternelle de la mère. L'idée étant de déterminer avec précision la part d'autorité attribuée à la mère dans le cadre de l'évolution de la puissance paternelle.

De toute évidence, nombreuses sont les interrogations qui peuvent se former à l'égard d'un sujet qui touche à l'évolution de l'autorité de la mère dans la famille pendant plus d'un siècle et demi.

Il est alors aisé de s'interroger sur ce qu'il advient de la nature même de cette autorité commune initiée par le Code civil et quels sont les éléments qui constituent et fondent cette autorité bien présente dans le Code civil de 1804. Quels sont les caractères nouveaux et les principes qui régissent les attributs de la puissance paternelle de la mère. En somme, le législateur va-t-il octroyer à la mère la condition qu'elle était en droit d'attendre et lui assignera-t-il la place et les moyens d'action qui paraissent lui être dus comme complément normal du rôle que la nature elle-même lui confère ?

Comment se fait-il que la puissance paternelle de la mère, bien présente dans le Code civil de 1804, doive être restée aussi longtemps enfouie et neutralisée ?

Dès lors, il semble nécessaire d'analyser ces diverses thématiques au regard d'un plan s'articulant autour de deux thèmes distincts, mais complémentaires. Ainsi, la première partie est consacrée à l'étude de la nature de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil et des bases nouvelles sur lesquelles cette puissance va être établie. Le caractère commun de l'autorité de la mère sera analysé et mis en parallèle avec le rôle pourtant subordonné que la loi attribue initialement à la mère en raison de son statut de femme, soumise elle-même à l'autorité maritale, avant que des lois ne viennent émanciper le statut de l'épouse et par là même augmenter les droits de la mère avant que la loi du 4 juin 1970 ne viennent consacrer, et ce de manière définitive, l'autorité parentale commune **(Partie 1)**.

La seconde partie quant à elle s'intéresse à l'exercice de la puissance paternelle de la mère. Le développement de cette seconde partie forme en quelque sorte le passage de la théorie à la pratique. L'idée étant de ne pas évoquer les mêmes analyses que dans la première partie qui concerne la nature de la puissance paternelle de la mère afin d'apporter un réel dynamisme à travers une véritable mise en situation des faits, telle une démonstration qui met en mouvement les idées théoriques exposées dans la première précédente. En effet, l'étude de l'exercice de cette puissance est véritablement la mise en marche de la théorie détaillée en amont.

Toute la raison d'être de l'intitulé de cette thèse repose sur cette démonstration apportée dans la rédaction de la seconde partie qui présente l'exercice de la puissance paternelle de la mère, telle une immersion dans la vie quotidienne des familles confrontées à diverses situations, ce qui permet de faire ressortir que la prééminence accordée au père, au point de vue de l'exercice de l'autorité paternelle, n'implique pas la négation du droit de la mère, et ce, depuis 1804.

À cet égard, toutes les situations auxquelles peuvent être confrontées les familles sont envisagées, ce qui permet d'analyser l'exercice de la puissance paternelle sous toutes ses formes. Ainsi, la seconde partie fera ressortir l'exercice de la puissance paternelle dit « complémentaire » lorsque le père le partage avec la mère. Cette idée se retrouve à travers la nécessité du consentement de la mère à côté de celui du père en matière de mariage, d'adoption ou encore de toutes autres formes de consentements ainsi que de sa participation à l'entretien financier du ménage. Ce même exercice de la puissance paternelle de la mère peut également devenir direct lorsque le père ne peut plus exercer ses fonctions d'autorité et que la mère devient à son tour chef de famille ce qui implique l'analyse des lois sur l'absence, l'interdiction et la déchéance du père, mais également l'état du transfert de la puissance paternelle à la mère en temps de guerre, ou encore après la dissolution du mariage par le divorce, la séparation de corps ou encore lorsque la mère devient veuve avec une législation riche en métamorphoses. Le pouvoir de contrôle des tribunaux sera également mis en exergue puisque leurs interventions en dehors des cas limités par la loi, tendront à assurer au mieux l'intérêt de l'enfant, en confie la garde à la

mère en dehors de toute instance en déchéance de puissance paternelle, en vertu de la fonction de haute tutelle exercée sur les puissances familiales **(Partie 2)**.

Seront également pris en considération les efforts du législateur et de la jurisprudence pour combler les lacunes de ce Code, tout comme une comparaison avec les législations étrangères permettra d'ouvrir le champ d'études de cette puissance familiale et de considérer l'état des choses dans les systèmes juridiques étrangers[66].

[66] Julien Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, Paris, E. De Boccard, 1928, p. 2.

Partie I. La nature de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

« L'autorité des pères et mères sur leurs enfants n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas, à proprement parler, un droit, mais un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. Il est seulement vrai que ce devoir une fois rempli, donne aux parents, un véritable droit commun, le droit légal d'exiger de leurs enfants, pendant tout le temps de leur vie, du respect et des secours »

Jean Albisson[67].

Le titre du Code civil relatif à la puissance paternelle fut promulgué le 13 germinal an XI soit le 3 avril 1803. La puissance paternelle est un des sujets les plus graves dont le législateur a eu à se préoccuper puisqu'il s'agit en réalité pour les auteurs du Code de déterminer les bases de la famille qui reste en définitive le point de départ de toute organisation sociale.

En ce qui concerne la famille, « les rédacteurs du Code la considèrent comme la « plus naturelle des sociétés », une société à laquelle il faut un chef. Ce nouveau droit se construit surtout sur l'idée d'autorité, celle du père et du mari »[68]. Il faut surtout, en déterminant les droits et les devoirs du père de famille, « mettre l'institution en harmonie avec le caractère nouveau de la société moderne en associant la mère à cette autorité »[69]. **(Titre 1)**.

Mais les dispositions qui ont été adoptées par le législateur de 1804 vont susciter de nombreuses critiques et vont recevoir des modifications importantes qui seront étudiées à travers les lois intervenues pendant la seconde moitié du XIX^{e} siècle et du XX^{e} siècle. Ces lois consacrent un adoucissement continu de

[67] Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon : tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux*, Imprimerie Impériale, Paris, 1807, p. 341.
[68] Pierre Éric, « Père affaibli, société en danger : la diffusion d'un discours sous les monarchies », *Le Mouvement Social*, 2008/3 (n° 224), p. 9-20.
[69] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence*, Paris, L. Larose, 1898, p. 5.

l'autorité paternelle qui ne mérite plus d'être qualifiée de puissance. Les droits de l'enfant et les droits de la mère aussi bien que ceux de l'épouse se sont opposés à ceux du père dont les prérogatives sont en recul sur presque toute la ligne. La place du père se voit en effet redéfinie sous la double impulsion de l'évolution des droits de la femme et de la mère, jusqu'à l'abolition de la puissance maritale en 1938 et de la puissance paternelle en 1970, dates très récentes au regard de l'ancrage de la notion de puissance dans le droit de la famille[70] **(Titre 2)**.

[70] Durand Édouard, « La place du père : les hésitations du droit de la famille », *Esprit*, 2012/5 (Mai), p. 36.

Titre I. Une puissance paternelle commune au père et à la mère

> « Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande : ce sont les bons pères, les bons fils qui font les bons citoyens ».
>
> Portalis[71].

Le titre IX du premier livre du Code civil est intitulé « De la puissance paternelle » et renferme les principaux textes qui se rapportent à cette puissance paternelle. Il ne porte donc point comme en-tête « De l'autorité des père et mère », mais institue quand même une puissance paternelle qui est commune, au père et à la mère.

A cet égard, pourquoi le Code civil, tout en attribuant une autorité commune conserve-t-il le terme de puissance paternelle ? Pour comprendre les choix qui ont guidé les rédacteurs du Code à l'égard de l'autorité dans la famille, il faut déterminer l'origine et le caractère de la puissance paternelle dans les législations qui ont précédé l'élaboration du Code civil comme le précise Jerôme Ferrand : « En effet, le Code n'est pas un aérolite tombé sur le sol de France par un beau matin de mars 1804. De brillants auteurs ont montré qu'il est à la fois le résultat de spéculations constantes de la part des jurisconsultes français de l'Ancien Régime, tout autant que celui d'un mouvement de pensée aux racines profondes et variées »[72].

À cet égard, le tribun Vésin, dans son rapport au Tribunat au nom de la section de législation formulait le problème à résoudre lors de la séance du 1er Germinal an XI:

---

[71] Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 62.

[72] Jérôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire. Le crépuscule d'une institution la puissance paternelle*, thèse de doctorat, Droit, Université de Grenoble, 2000, p. 266.

« Il est impossible de ne pas entrer dans une espèce de composition entre les divers usages de l'ancien droit civil de la France, en tempérant d'un côté ce que le droit romain pouvait avoir de trop rigoureux , et de l'autre, en fortifiant le ressort de la puissance paternelle dans les pays coutumiers »[73](**Chapitre 1**).

Les rédacteurs du Code civil vont alors faire face à deux tendances opposées et faire œuvre de compromis tant dans les termes employés que dans l'attribution de cette autorité[74].**(Chapitre 2)**.

[73] Code Napoléon suivi de l'exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement ; Des Rapports faits au Tribunat au nom de la Commission de Législation ; Des Opinions émises dans le cours de la discussion ; Des Discours prononcés au Corps législatif par les orateurs du Tribunat, Paris, Firmin Didot, 1811.

[74] Marcel Rouge de Chalonge, *De la condition de la mère aux différentes époques du droit romain. De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, thèse pour le doctorat, Droit, Université de Paris, 1874, p. 117.

Chapitre I. L'influence des législations antérieures sur la puissance paternelle dans le Code civil

> « La question est donc de savoir si on établira la puissance paternelle telle qu'elle existe dans les pays de droit écrit, ou si sera telle que la présente la définition suivante qui est celle du projet de Code civil : la puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par le mariage »
>
> Tronchet[75].

Préalablement à l'étude de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil de 1804, et avant d'aborder ce qui fait le sujet du titre IX du Code civil consacré à la puissance paternelle, il est indispensable de retracer l'état de notre droit ancien. En effet, le Code civil est une véritable œuvre de transaction entre le passé et le présent, la tradition et la Révolution, le Nord et le Midi[76].

En 1804, le législateur a eu de véritables précurseurs immédiats ou lointains, d'où la nécessité d'une incursion dans l'histoire du droit, en ce qui touche notre matière, sur la puissance paternelle pour en déterminer les sources et en suivre l'évolution.

Il faut savoir qu'avant la Révolution, la puissance paternelle n'est pas régie dans toute la France, par les mêmes règles. En effet, d'après Pierre Petot, « il existe, dans l'ancien droit français, une dualité législative liée à la diversité des origines, l'une Romaine implantée par quatre siècles d'occupation et l'autre

---

[75] Tiré de Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Paris, Videcoq, 1836, pp. 482 et 486.
[76] Louis Delzons, *La famille française et son évolution*, Paris, A. Colin, 1913, p. 1.

Germanique, qui divise la Gaule par une ligne de démarcation, d'ailleurs imprécise en pays de droit écrit et ceux de droit coutumier »[77].

Par conséquent, sur quelle base l'autorité dans la famille va-t-elle être établie dans le Code civil de 1804 ? Le législateur avait à choisir entre le système romain et la pratique coutumière. Il s'agit dès lors d'examiner successivement les droits de la mère dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume ainsi que sous le droit révolutionnaire afin d'analyser l'influence de ces législations (**Section 1**), avant d'aborder l'influence qu'elles ont eue sur la notion de puissance paternelle de la mère dans le Code civil (**Section 2**)[78].

---

[77] Pierre Petot, *La famille*, Paris, Editions Loysel, 1992, pp. 71-72 : « La ligne séparative entre les pays de droit écrit, au sud, et les pays de coutume, au nord, se dessine dans la seconde moitié du XIII[e] siècle. Bien des détails, sources d'innombrables chicanes, ne seront d'ailleurs réglés que plus tard. Cette ligne ne suit pas le cours de la Loire, contrairement à une assertion trop souvent répétée. Elle passe beaucoup plus tard et comme on l'a maintes fois observé, elle coïncide, en gros, avec la frontière entre le dialectes d'oc et les dialectes d'oil. En partant de l'ouest, cette ligne sinueuse passe au nord de la Saintonge et du Limousin, tous deux pays de droit écrit. Elle traverse ensuite l'Auvergne, dont les deux tiers nord sont pays de coutume. La situation juridique de l'Auvergne est toutefois fort compliquée. C'est ainsi que la ville de Clermont est une enclave de droit écrit en pays coutumier, tandis que Saint Flour constitue, en pays de droit écrit, une enclave coutumière. Après traversé l'Auvergne, la ligne séparative remonte vers le nord, laissant le Forez, le Lyonnais et le Mâconnais en pays de droit écrit. Puis se dirigeant derechef vers l'est, elle longe les limites sud du duché et du comté de Bourgogne, tous deux pays de coutume, elle atteint au nord du pays de Gex la frontière franco-suisse actuelle. A l'égard des ressorts parlementaires, ceux de Grenoble, d'Aix, de Toulouse, de Bordeaux et de Pau ne comprenaient que des pays de droit écrit. Les autres ne comprenaient que des pays de coutume à l'exception de Paris et Dijon qui, pour une faible part, relevaient du droit écrit : Lyonnais, Mâconnais, Forez et sud de l'Auvergne pour le premier, Bresse et Buguey pour le second. Il convient d'ajouter que l'Alsace, réunie à la couronne au XVII[e] siècle par les traités de Westphalie, était, elle aussi, pays de droit écrit. Cette division, résulte du principe de la personnalité des lois permettant aux éléments hétéroclites, qui forment alors la population de la Gaule, de vivre les uns à côté des autres, sans se confondre jusqu'à la Révolution française ».

[78]Paul Delepierre, *Histoire de la puissance paternelle, étudiée principalement dans ses effets sur la personne des enfants*, Abbeville, C. Paillart, 1887, pp.167 et 291.

Section 1. L'influence législative de l'Ancien régime et du droit révolutionnaire sur la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

> « La législation des Romains, si conforme en beaucoup de points à la nature, si fidèle interprète de la raison, s'écarte de l'une et de l'autre d'une manière bien étrange lorsqu'elle s'occupe de la puissance paternelle : elle méconnait alors et le droit naturel et le droit des gens. »
>
> Réal[79].

Le droit romain, les lois barbares et le droit canonique vont influencer la constitution des règles de notre ancien droit français. D'après Edmond Dufour d'Astafort, il faut en somme reconnaitre que « Depuis l'origine de la séparation de la France en deux pays régis par un droit différent, la ligne de démarcation est restée tracée entre eux de manière vive et indélébile surtout à l'égard du droit des personnes »[80].

---

[79] Tiré de la discussion, ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, Jean Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon*, Imprimerie Impériale, Paris, 1807, p. 330.

[80] Edmond Dufour D'Astafort, *De la puissance paternelle en droit romain*, *dans l'ancien droit et dans le droit moderne*, thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1868, pp. 162-163 : « Les pays de droit écrit sont le Languedoc, la Guyenne, le Béarn, la Navarre, les provinces basques, le Roussillon, la Provence, le Dauphiné, le Lyonnais, le Mâconnais, la partie méridionale de la Saintonge, de la Basse-Marche et de l'Auvergne (la majeure partie de l'Auvergne était de droit coutumier ; la partie méridionale était de droit écrit avec quelques îlots disséminés en pays coutumier, Brioude, la Chaise-Dieu, Issoire, Clermont, Billom). Les pays de coutume comprennent : la Flandre, le Hainaut, l'Artois, la Picardie, l'Ile de France, le Vermandois, la Champagne, l'Orléanais, le Berry, l'Anjou, le Maine, la Normandie, la Bretagne, le Poitou, la Touraine, l'Angoumois, la partie septentrionale de la Saintonge et de la Basse-Marche, la Haute-Marche, l'Auvergne, le Bourbonnais, le Nivernais, la Bourgogne et la Lorraine ». Voir également l'ouvrage de Henri Klimrath, *Travaux sur l'histoire du droit français*, 2 volumes, Joubert, 1843, 539 p : Une carte est jointe à l'ouvrage.

Par conséquent, tandis qu'une partie de la France commence à faire une place à la mère en matière d'autorité, les pays de droit écrit quant à eux mettent davatange en valeur l'autorité du père de familles **(§1)**.

Le droit intermédiaire va quant à lui s'orienter vers la suppression de l'autorité paternelle considérée comme un despotisme domestique, au profit de l'État **(§2)**.

§1. La puissance paternelle de la mère sous l'Ancien régime

L'enfant légitime dans l'ancien droit est soumis à une autorité qui appartient au père et à la mère, or la législation est encore assez confuse en matière d'autorité des parents. L'infuence des mœurs et l'évolution de la société vont impacter l'organisation familale plus que la législation elle-même[81] : « Les obscurités du sujet viennent aussi de ce que, dans la puissance paternelle, se sont mêlées les traditions romaines et germaniques, complétées et corrigées par l'enseignement chrétien »[82].

[81] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, p. 27 : « Dans ces petites seigneuries la châtelaine est souvent gardienne du manoir, alors que son époux est en guerre au loin : « Cette situation élevée et presque souveraine, écrit Guizot, au sein même de la vie domestique, a donné aux femmes de l'époque féodale une dignité, un courage, des vertus, un éclat qu'elles n'avaient point déployés ailleurs, elle a sans doute puissamment contribué à leur développement moral et au progrès de leur condition ».

[82] Pierre Petot, *La famille*, Paris, éditions Loysel, 1992, p. 345 : « Sous l'Ancien régime il existe une dualité de législation due à la diversité des origines, l'une romaine implantée par quatre siècles d'occupation et l'autre Germanique qui va diviser la Gaule par une ligne de démarcation d'ailleurs imprécise en pays de droit écrit et ceux de droit coutumier. »

L'influence romaine remonte au Moyen Âge, où les régions méridionales sont appelées pays de droit écrit e s'opposent aux coutumes orales des pays du nord[83].

Dans le Midi, entre le XII[e] et le XIII[e] siècle, la loi romaine de Théodose et d'Alaric est remplacée par la législation de Justinien. Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle produit presque les mêmes effets sur la personne et sur les biens de l'enfant que la *patria potestas* romaine, telle qu'elle avait été réglée par la législation du Bas Empire. Toutefois même les pays de droit écrit consacreront une certaine place à l'autorité de la mère contrairement aux idées qui ressortent dans la majorité de la doctrine[84]**(A)**.

Dans les pays de coutume, l'organisation familiale est toute différente de celle fondée sur les principes de droit romain. De la diversité des lois et des mœurs se dégage une conception moins autoritaire, ce qui permet l'émergence d'une véritable autorité parentale[85] **(B)**.

A. La puissance paternelle de la mère en pays de droit écrit

Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle continue d'être en principe attribuée exclusivement au père. Cette puissance est perpétuelle dans la mesure où le mariage des enfants ne les libérent pas du joug de leur père tant

[83] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, Droit, Université de Nancy, 1876, p. 119 : « Plus précisément, ce droit trouve sa source dans le droit codifié en Orient sous l'empereur Justinien dans le premier tiers du VI[e] siècle, compilation dont la connaissance n'avait pu émerger en Occident et se répandre qu'au milieu du XII[e] siècle. L'invasion germaine, en renversant l'empire, laisse debout son droit civil. Le droit romain, acclimaté en Gaule, survit à la conquête et subsiste dans les provinces de droit écrit jusqu'à la Révolution ».

[84] Prosper Eschbach, *De la puissance paternelle selon les principes du droit romain, et du droit civil français*, thèse de doctorat, droit, Strasbourg, 1839, p. 2.

[85] Edmond Dufour d'Astafort, *De la puissance paternelle en droit romain dans l'ancien droit et dans notre droit moderne,* thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1868, p. 163.

que ce dernier est vivant[86]. Par conséquent, « le fils de famille qui contracte mariage, s'il n'est point émancipé, ne peut avoir sur ses enfants cette puissance que son père exerce sur lui »[87]. Ainsi, la puissance paternelle dure pendant toute la vie de l'enfant qui y est soumis et s'étend également sur les enfants du fils[88], conséquence du principe sur lequel toute la théorie de cette législation est établie[89].

La reconnaissance de l'autorité de la mère de famille

Alors qu'en pays de droit écrit, l'autorité du père reste majeure, une certaine autorité de la mère de famille se retrouve, et ce notamment, dans l'œuvre de l'éducation de ses enfants. En effet, c'est la mère qui, dans la plupart des familles, donne aux enfants leur premier enseignement, en leur apprenant à lire dans les Livres Saints. Les « livres de famille » indiquent souvent la

---

[86] Philippe Auguste Paget, , *De la puissance paternelle dans le droit romain et dans le droit français, op. cit.* p. 71.

[87] Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, Paris, A. Pedone, 1898, p. 61.

[88] Paul Delepierre, *Histoire de la puissance paternelle, étudiée principalement dans ses effets sur la personne des enfants op. cit.*, p. 71 : « Cette législation basée sur les principes du dernier état de la législation romaine ne libère point les enfants de famille par le mariage, de sorte qu'elle s'étend sur tous les descendants mâles. Telle est la jurisprudence des Parlement de Toulouse, de Bordeaux, de Provence et de Dauphiné. Toutefois, par un statut particulier à la ville de Bordeaux, le père est présumé émanciper ses enfants, lorsqu'en les mariant, il leur fait quelque donation ou leur constitue une dot. » .

[89] *Ibid.*, p. 180 : « Ainsi, excepter les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, tels que le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais et une partie de l'Auvergne, où les enfants sont émancipés et affranchis de la puissance paternelle par le mariage, ainsi qu'en pays de coutume, le fils de famille n'a point ses propres enfants sous sa puissance, car lui-même se trouve soumis à celle de leur aïeul qui conserve cette puissance sur tous les descendants du côté des mâles, en quelque degré qu'ils soient. Ce dernier peut même émanciper son fils sans émanciper ses petits-enfants, et vice versa; et les petits-enfants, ayant été sous la puissance de l'aïeul qui les a émancipés, ne tombent pas sous celle de leur père, soit qu'ils aient été émancipés avec lui, soit qu'ils l'aient été après, en sorte qu'un fils, qui se marie pendant la vie de son père, ne peut jamais avoir ses enfants en sa puissance, s'il n'a été émancipé avant leur conception ou naissance, si son père, en l'émancipant, s'est réservé la puissance sur eux, ou, enfin, si le père n'est mort sans l'avoir émancipé, lui ou ses enfants. ».

collaboration étroite des deux époux dans l'éducation des enfants et cela dans les pays qui ont pourtant conservé les traditions du droit romain.

Des témoignages renforcent l'idée de participation de la mère à l'autorité dans la famille, tel que celui de Joseph-Louis Abel, négociant à Aix, qui, après avoir inscrit peu avant la Révolution sur son livre de raison la naissance d'un enfant déclarait : « Je demande à Dieu de me conserver cet enfant, si c'est pour sa gloire et pour notre salut. Nous ferons, sa mère et moi, tout notre possible pour l'élever chrétiennement, et tâcherons de lui donner toute l'éducation qui sera en notre pouvoir pour en faire un bon chrétien, et un parfait honnête homme»[90]. Ou encore Jehan Duranti, conseiller à la Cour des comptes de Provence , le 15 octobre 1593, qui affirme qu'il entend « récompenser celle qui, depuis son mariage a souffert en tous ses biens et adversités, s'est employée à l'augmentation de sa maison ; se confiant à son intégrité et à l'amour qu'elle porte et portera à ses enfants, il entend qu'elle soit dame, maitresse, administratrice de tout son bien, ainsi qu'elle était de son vivant, que ses enfants la respectent comme s'il était encore en vie»[91].

Enfin, en 1743, l'un des proches parents de Stendhal, Jean-Baptiste Beyle, conseiller du roi, juge civil et criminel de la ville de Grenoble, institue pour son héritière sa femme Marie Raby, « à charge de remettre son hérédité à celui de ses enfants qu'elle jugerait à propos »[92].

De tels testaments supposent évidemment que, du vivant même de l'époux, la mère de famille détienne déjà un rôle extrêmement actif et même

---

[90] Charles de Ribbe, *Les familles et la société en France avant la Révolution*, Paris, J. ALbanel, 1873, p. 48.

[91] *Ibid.,* p. 94 : Un siècle plus tard, le 6 décembre 1699, Jean-Claude Laugier, bourgeois de Toulon écrit : « Je prie damoiselle Magdeleine Sauvaire, ma femme, de prendre la direction et conduite des affaires de mon héritage, l'instituant tutrice, curatrice et administratrice du dit Jean Laugier, notre fils, de l'élever et l'instruire dans la crainte du Seigneur tout-puissant et dans la droite voie des honnêtes gens.

[92] Cité par Paul Ballaguy dans son étude : « Stendhal et son pays. » in *La revue universelle*, 1924.

majeur dans l'éducation des enfants, à l'image des propos de Fénelon dans son *Traité de l'Éducation des filles* :

« C'est la femme qui est chargée de l'éducation des garçons jusqu'à un certain âge, des filles jusqu'à ce qu'elles se marient ou se fassent religieuses; de la conduite des domestiques, de leurs mœurs, de leur service; du détail de la dépense, des moyens de faire tout avec économie et honorablement: d'ordinaire même, de faire les fermes, et de recevoir les revenus »[93].

Enfin, la mère participe également à la puissance paternelle déjà en pays de droit écrit puisqu'il était généralement admis que les enfants, avant de se marier, devaient demander l'avis de leur mère[94]. Cependant, cette autorité reconnue à la mère sur la personne de l'enfant en pays de droit écrit ne se prolonge pas pour autant à l'égard des biens de l'enfant.

L'exclusion de la mère dans la gestion des biens de l'enfant

Les effets de la puissance paternelle sur les biens de l'enfant, dans les pays de droit écrit sont directement influencé par le droit romain. De ce fait, la mère n'a aucune forme de participation dans la gestion et l'administration des biens de son enfant, ayant elle-même désigné son mari comme procureur général relativement au régime dotal : « Il est constant de reconnaitre que la dot est l'ensemble des biens apportés par la femme au mari, pour lui permettre de soutenir les charges du mariage »[95].

A cet égard, Argou rappelle dans les *Institutions au droit français*, que « dans les pays qui sont régis par le droit écrit on appelle fils de famille, tout enfant, qui

[93] François de Fénélon, *Traité de l'éducation des femmes*, Paris, Techener fils, 1869, p. 17.
[94] *Arrêts notables du parlement de Toulouse*, Catellan, liv. IV. Ch. VIII.
[95] Jean-Philippe Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien régime*, Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 177.

est en puissance de son père, quand même il serait majeur. La puissance paternelle produit plusieurs effets. Le premier, est qu'elle donne au père le droit de jouir par usufruit de tous les biens qui appartiennent à ses enfants à quelque titre que ce soit, excepté des biens qu'ils ont acquis à la guerre, au barreau ou au service de l'Église, ce sont les seuls dont les fils de famille puissent disposer par testament »[96].

Enfin, il est également important de souligner qu'en pays de droit écrit, contrairement aux pays de droit coutumier, l'autorité maritale n'est pas reconnue à l'égard de l'épouse.

B. La puissance paternelle dans les pays de droit coutumier

À côté des pays de droit écrit, les pays coutumiers présentent « le plus singulier contraste »[97]. Dans les pays de coutume, l'organisation de la puissance paternelle est toute différente de celle du droit romain.[98].

Cette organisation varie suivant les régions. Mais de la diversité des règles coutumières peut se dégager une idée commune à travers celle que Loisel a empruntée à la coutume de Senlis[99], et qu'il a inscrite dans ses *Institutes coutumières* à savoir « Droit de puissance paternelle n'a lieu »[100]. Dès lors il faut

---

[96] Gabriel Argou, *Institution au droit français*, *Neuvième édition revue, corrigée et argumentée par M. A.-G. Boucher d'Argis*, t1, Paris, Desaint et Saillant, 1764, p. 20.
[97] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op.cit.* p. 110.
[98] Olivier Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t.1, Paris, éditions Ernest Leroux, 1922, pp. 151 et s : « Quelques coutumes, celles de Bourgogne, de Berry, de Bretagne et des régions du Nord par exemple, se sont pliées aux enseignements du droit romain. D'autres comme celle de Paris semblent plus influencées par la tradition germanique. » ; « La puissance paternelle apparaît comme une institution très complexe, où se mêle à des traditions venues de l'époque franque une très forte influence romaine. Les parts respectives de ces deux éléments n'ont pas été les mêmes dans toutes les régions »
[99] Pierre Petot, *Histoire du droit privé : la famille, op. cit.*, p. 365.
[100] Antoine Loisel, *Institutes coutumières*, Paris, 1935.

comprendre que Loisel exprime le fait que puissance paternelle des coutumes ne ressemble pas à la *patria potestas* du droit romain. En effet, contrairement au droit écrit, cette puissance n'est plus perpétuelle et la fonction d'autorité et davantage envisagée comme un devoir[101].

En somme, la puissance paternelle des pays de coutume est surtout organisée dans l'intérêt de l'enfant ce qui justifie le fait que la mère puisse être appelée à exercer également cette autorité puisque « c'est avant tout une institution tutélaire et contrairement à la notion de puissance paternelle dans les pays de droit écrit, en pays de droit coutumier, la puissance paternelle est l'émanation directe du droit naturel et la mère est appelée par nos coutumes, comme elle l'avait déjà fait les Germains, à exercer auprès du père un pouvoir de protection, de tutelle, au profit des enfants »[102].

Pothier quant à lui, dans son *Traité des personnes* renforce cette notion d'intérêt de de l'enfant qui prime et qui justifie : « La puissance paternelle ne consiste que dans deux choses : le droit de gouverner avec autorité la personne et les droits des enfants jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens… et celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfants certains devoirs de respect et de reconnaissance »[103].

A cet égard, certains historiens ont préféré abandonné la notion de puissance paternelle et parler de mainbournie ce qui se rencontre particulièrement dans les textes juridiques du XIII^{e} siècle[104].

---

[101] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.5, Paris, Larose et L. Tenin, p. 132.
[102] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op.cit*, p. 133.
[103] Robert-Joeseph Pothier, *Traité des personnes et des choses, de la propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, du contrat de nantissement, des cens, des champarts,* Paris, Béchet, 1825, p. 307.
[104] Pierre Petot, *Histoire du droit privé : la famille op.cit*., p. 366.

Une puissance paternelle octroyée à la mère

Dans les pays de droit coutumier, la puissance paternelle est octroyée au père et à la mère en tant « qu'autorité résultant des rapports naturels de dépendance et de protection entre l'enfant et les auteurs de ses jours »[105].

Différents auteurs attestent également cette autorité commune comme Le Camus d'Houlouve qui affirme que « La puissance paternelle n'est pas, à beaucoup près, aussi étendue en droit coutumier qu'en pays de droit écrit ; cependant , au pays coutumier, elle a ses droits comme ses obligations, et elle a lieu en faveur du père comme de la mère »[106].

Catelan montre également l'origine de cette règle placée sous l'influence directe de l'Évangile : « Les droits du père, si autorisés parmi les Romains comme établis par la nature, sont devenus parmi nous bien plus sacrés et bien plus respectables, comme établis par Dieu même dans le commandent qu'il nous fait d'honorer nos pères, et qui suit si près et immédiatement celui de l'honorer. Cette loi divine a fait passer jusqu'à la mère l'autorité que le père seul avait dans l'établissement de ses enfants. Nous honorons et respectons également l'image et l'ordre de Dieu… »[107].

Toutefois, l'égalité n'est pas encore parfaitement admise en pays de coutume puisque, l'autorité de la mère ne peut exercer son autorité qu'à défaut du père ou de manière complémentaire en laissant « le dernier mot » au père, idée qui d'ailleurs sera reprise sous le Code civil de 1804. Par conséquent, les droits de la mère sont en quelque sorte « paralysés » durant le mariage avec

---

[105] Prosper Eschbach, *De la puissance paternelle selon les principes du droit romain, et du droit civil français*, op. cit. p. 2.
[106] Bertrand Louis Le Camus d'Houlouve, *Commentaire de la Coutume du Boulonnais*, t.1, Oxford, 1777, page 42.
[107] Catelan, L. IV, chap. 8.

comme justification principale la crainte de conflits familiaux qui pourraient s'élever entre les parents en cas de désaccords[108]. Cela étant, dans le faits il arrive pourtant que le père et la mère agissent de concert en matière d'autorité sur les enfants[109].

La mère est alors une véritable associée dans une certaine mesure, tant par les mœurs que par la loi, à l'exercice de la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'enfant. Puis, dès que le père faillit à ses fonctions ou dès lors que les liens du mariage se relâchent, l'autorité de la mère peut devenir effective.

Les attributs de la puissance paternelle en droit coutumier

En droit coutumier, la puissance paternelle n'est pas perpétuelle. Établie pour fournir à l'enfant une protection, elle n'a plus sa raison d'être lorsque l'enfant est en âge de se gouverner lui-même et d'administrer ses biens. En d'autres termes, la puissance paternelle prend fin à la majorité de l'enfant et cesse également par l'émancipation expresse ou tacite.

Les attributs de la puissance paternelle sont relatifs à la personne et aux biens de l'enfant. De ce fait, le père et la mère ont le devoir d'élever leurs enfants comme le précise Gabriel Baudry-Lacantinerie :

---

[108] Louis Boullenois, *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, Mesnier, 1732, pp. 419 et 420 : « Enfin, dans certaines autres coutumes, le caractère indivis de l'autorité parentale entre les deux époux apparaît même avec une netteté particulièrement frappante. Boullenois, par exemple, observe que les coutumes étaient très variées en ce qui concerne cette autorité. Dans les unes, dit-il la puissance paternelle désigne uniquement l'obligation qu'ont les enfants de respecter leurs parents et le devoir qu'ont leur père et mère de protéger et de défendre leurs enfants. Dans les autres, elle confère, en outre, aux parents, quelques droits sur les biens de leurs descendants ».

[109] Léon Petit Dossaris, Léon Petit-Dossaris, *De la Puissance paternelle relativement à la personne de l'enfant en droit romain et en droit français et de l'administration légale*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, Pichon, 1874, p. 72.

« Pour mieux assurer l'accomplissement de ce devoir primordial, la loi leur confère certains pouvoirs. Cette obligation doit se concilier avec le droit qu'ils ont, de gouverner leur personne. Aussi, s'il y a là un devoir qui leur incombe, les parents revêtent d'une entière liberté pour remplir leur fonction. C'est de ce droit de gouvernement de la personne, que va naître pour eux la faculté de retenir leurs enfants sous le toit paternel ou de le placer dans tel établissement d'éducation qu'il leur plaît de choisir »[110]. Cela étant, une déclaration du 14 mai 1724 défend de les envoyer à l'étranger puisqu'on craint qu'ils ne soient influencé par des doctrines qui seraient contraires à la regligion catholique[111].

Les parents peuvent également choisir l'instruction qui sera dispensée à leurs enfants ou encore la profession qu'ils exerceront : « Du même droit des pères et mères, il résulte encore qu'un enfant ne puisse entrer dans aucun état, par exemple dans les ordres ou dans la profession religieuse, contre le gré de ses parents »[112]. En matière de consentement au mariage, les enfants ne peuvent contracter mariage sans avoir bénéficié au préalable du consentement des parents[113].

C'est d'ailleurs en vertu des devoirs de respect et de reconnaissance que les enfants, même devenus majeurs, doivent toujours demander le consentement de leurs parents et sont tenus de leur fournir, autant qu'ils le

---

[110] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op.cit*, p. 133.

[111] Philippe Auguste Paget, *De la puissance paternelle dans le droit romain et dans le droit français, op. cit.* p. 75.

[112] *Ibid.*, p. 75 : « Une exception à la règle est à retenir en matière de consentement des parents, lorsque les enfants s'engagent pour le service du roi, dès lors ils le peuvent, même contre la volonté des parents dans la mesure où l'intérêt public de l'État l'emporte sur celui de la puissance paternelle ».

[113] Philippe Auguste Paget, *De la puissance paternelle dans le droit romain et dans le droit français, op. cit.* p. 76 : « En effet, ces derniers ne peuvent jusqu'à leur majorité c'est-à-dire vingt-cinq ans, se marier valablement sans le consentement de leurs parents. Un édit de 1639 établit des peines contre les mineurs qui se sont mariés sans le consentement nécessaire. Ainsi, il faut retenir que le mariage contracté au mépris de l'autorité du père ou de la mère, est, suivant la jurisprudence, présumé entaché du vice de séduction, et sur l'appel comme d'abus qu'ils peuvent interjeter de la célébration, les cours souveraines en prononcent la nullité ».

peuvent les aliments nécessaires à leurs parents quand ces derniers se trouvent dans le besoin.

La puissance paternelle exercée sur les biens de l'enfant

En pays de droit coutumier, le père et, à son défaut, la mère, ont l'administration légitime des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés. La législation coutumière dipsense donc le fait de donner aux enfants un tuteur ou un curateur[114].

Dans certaines coutumes, c'est également en vertu de la puissance paternelle que le père peut également avoir l'usufruit des biens de ses enfants en vertu de la puissance paternelle. Toutefois, la législation coutumière n'étant pas uniforme certaines coutumes n'accordent des droits concernant les biens de l'enfant qu'au père uniquement alors qu'un certain nombre d'entre elles accordent bien au père et à la mère l'usufruit de leurs enfants jusqu'à ce que ces derniers atteignent un certain âge[115]. À l'origine se retrouve également un autre principe établissant que les enfants « font un acquêt, ils sont acquis au père et à la mère »[116], usage qui tombera vers la fin du XV[e] siècle[117]. Dans d'autres

[114] Gabriel Baudry, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, Sirey, 1908, p. 134.
[115] Philippe Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery, 1815, p. 274. Dans ce sens, La Ferrière assure que « dans les coutumes muettes le père ne gagne point les fruits des héritages donnés à son fils ou qui lui appartiennent, de quelque côté que ce soit, si ce n'est en vertu de la garde ». A ce sujet, Merlin cite un arrêt du parlement de Paris, de l'an 1528, rapporté par Papon et conforme à cette doctrine. La disposition du droit romain à l'égard de l'usufruit de pécule adventice a été en effet adoptée par plusieurs coutumes, entre autres par celles de Reims, Vermandois, Montargis, Châlon, Bourbonnais, Sedans, Berry, Auvergne, Poitou, Bretagne. Des coutumes énumérées, les dernières qualifient, il est vrai, de légitime administration, le pouvoir qu'elles accordent au père sur les biens des enfants ; mais ce pouvoir ne lui en confère pas moins un usufruit analogue à celui du droit romain, sauf certaines modifications de durée.
[116] Acte de notoriété du 12 juin 1293 contenu dans les sentences du parloir aux bourgeois, cité par Bernard, p. 114 et 115.
[117] Coutumes de Vitry, Reims, Châlons, Montargis, Poitou, Berry, Bourbonnais, Bretagne.

coutumes en revanche, le père est obligé de garder tout ce que son fils acquiert pour le lui remettre à sa majorité[118].

L'ancienne coutume de Paris et d'autres coutumes ont en revanche emprunté au *mundium* des lois germaniques pour le droit des personnes et de la *patria potestas* de Rome et de la Gaule celtique pour le droit sur les biens. De cette combinaison des règles germaniques et des règles romaines résulte une situation appelée mainbournie dans les vieux coutumiers et dont les acquisitions du fils appartiennent au père et à la mère[119].

Il est également ajouté que « par la Coutume notoire de la prévôté et vicomté de Paris, le don qui n'est pas causé, laissé ou donné à aucun enfant étant en la puissance du père est propre acquêt au père et à la mère, en la garde desquels il est, voire encore s'il y a cause et que dite cause cesse »[120].

Par conséquent, les parents sont alors considérés tous deux comme des administrateurs pendant la minorité et en ont la jouissance suivant la plupart des coutumes et cet usufruit paternel s'appelle la « légitime administration ».

Par la suite, c'est afin d'éviter sa déformation, que la royauté va décider en 1455 que cette coutume serait rédigée officiellement mais cette rédaction n'aura lieu qu'en 1510. Cette rédaction : « mise au point très fidèle des usages parisiens fut réformée en 1580. La réformation en fit une coutume savante toute

---

[118] Emile Masson, *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution*, thèse pour le doctorat, Droit, Paris, Pedone, 1911, p. 29.

[119] Décision de Jean Desmares, avocat, art. 281.- Somme rurale de Jean Bouteiller : « Les sentences du parloir aux bourgeois, que La ferrière considère comme l'expression du droit coutumier de toutes les provinces du centre, contiennent à cet égard un acte de notoriété du 13 juin 1293 ; sur l'avis demandé par le prévôt de Paris », « il fut répondu, registré, témoigné et accordé que les enfants demeurant avec le père et avec la mère, s'ils font aucun acquêt, ils sont acquis au père ou à la mère ». Le grand Coutumier de Charles VI donne une décision semblable : « Nota que qui donne aux enfants qui sont en la puissance du père et de la mère, c'est tout au père et à la mère si le don n'est causé ; et si la cause du don cesse, revient ledit don au père et à la mère par la Coutume ».

[120] Edmond Dufour d'Astafort, *De la puissance paternelle en droit romain, dans l'ancien droit et dans notre droit moderne*, thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1868, p. 143.

pénétrée du droit commun coutumier élaborée par Du Moulin, par Christohe de Thou et par la jurisprudence du Parlement de Paris. Désormais elle sera le droit commun coutumier du royaume et le centre de toutes les tentatives d'unification ; le Code civil se présentera comme une adaptation aux idées nouvelles nées de la Révolution, des principes du droit parisien et du droit romain »[121].

Ainsi, telles sont les règles générales qui se retrouvent dans les pays de droit écrit et dans les pays coutumiers qui finalement se ressemblent en certains point[122].

Cette dualité législative a cependant perduré jusqu'à l'arrivée de la Révolution française. Qui a vivement réagi contre les traditions anciennes.

[121] Aubert Félix, « La Coutume de Paris trait d'union entre le droit romain et les législations modernes. Six cours professés en mars 1925 à l'Université d'Utrecht par Olivier Martin, professeur à la Faculté de droit de Paris »., in *Bibliothèque de l'école des chartes*, Paris, Sirey, 1926, tome 87. P 388.

[122] Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle, op. cit.,* p. 73 : « L'autorité du chef de famille au foyer domestique survivait en fait à la majorité de l'enfant et par là l'autorité paternelle, en ce qui concerne au moins les pouvoirs sur les personnes, était sensiblement la même dans le Nord et dans le sud de la France » ; « Un autre point commun aux pays de coutume et aux pays de droit écrit, c'était le pouvoir reconnu aux tribunaux de contrôler l'exercice de la puissance paternelle. Ce contrôle s'exerçait d'une manière assez discrète tant que durait le mariage ; l'influence de la mère était alors considérée comme un contrepoids suffisant de l'autorité exercée par le père. Ainsi les Parlements intervenaient pour enlever au père le droit de garde et confier l'enfant à l'aïeul ou même à un tiers, lorsque le père abusait de son autorité ».

§2. La puissance paternelle de la mère sous la Révolution française

La Révolution de 1789 va véritablement boulverser les rapports entre les parents et leurs enfants. Durant cette époque, les anciennes institutions seront détruites puisqu'elles n'ont plus, selon les esprits révolutionnaires, leur raison d'être comme le souligne le député Pierre François Gossin :

« Après avoir rendu l'homme libre et heureux dans la vie publique, il nous restait à assurer sa liberté et son bonheur dans la vie privée. Vous le savez, sous l'Ancien Régime la tyrannie des parents était souvent aussi terrible que le despotisme des ministres ; souvent, les prisons d'État devenaient des prisons de famille. Il convenait donc, après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de faire la déclaration des droits des époux, des pères, des fils, des parents, etc »[123]. Il s'agissait désormais de « Faire de la famille une association régie, comme le corps politique, par la liberté et l'égalité, indépendante, d'ailleurs, de l'État »[124].

Or, la puissance paternelle en devenant l'ennemi des révolutionnaires n'a pas été envisagée comme une nécessité sociale dont la finalité est une famille forte et prospère **(A)**. Au lieu de limiter l'autorité parentale, de créer au sein même de cette autorité un jeu naturel de contrepoids à travers l'extension des pouvoirs de la mère, les assemblées révolutionnaires préfèrent s'attaquer au principe même de la puissance paternelle. Le décret des 16 et 24 août 1790, dans ses articles 15 et 16, ne laisse plus aux parents qu'une faible autorité sur leurs enfants mineurs et leur retire toute influence sur leurs enfants majeurs. À cette époque, la mère perd également les prérogatives que les mœurs avaient pu lui accorder grâce à l'influence chrétienne (**B**).

---

[123] Madival et Laurent, *Archives parlementaires*, (A.P.), 1ère série, t. 17, p. 167.
[124] Philippe Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804), Essai d'histoire sociale*, Paris, Hachette et cie, 1898, p. 305.

A. L'impact des idées révolutionnaires sur la structure familiale

Sous la Révolution française, de nouvelles idées voient le jour à l'image de l'analyse de Durand de Maillane[125]: « Ces droits que la nature donne à tous les hommes sont rétablis, et en entier, par la constitution. Il a donc fallu nécessairement rendre aux enfants comme aux pères , la liberté dont aucun citoyen ne doit être privé par le fait d'autrui, si ce n'est pour son plus grand bien »[126]. Par conséquent, sous la Révolution française, la puissance paternelle devient une institution contraire à la liberté dont jouit tout homme.

Ce sont là les idées que tous les orateurs de la Révolution vont reprendre[127] et auxquelles vont rester fidèles les trois projets de Code que présentera Cambacérès : « L'homme naît faible, impuissant », dit leur rapporteur dans le deuxième projet ; « il naît avec ses droits et ses facultés ; mais comme s'il les avait perdus en naissant, il ne peut ni réclamer ses droits ni exercer ses facultés ; et c'est cet état d'enfance, cette faiblesse, soit physique, soit morale, qui forme ce qu'on appelle la minorité. Dans cet état, l'homme a besoin d'appui, de soutien. Les premières années de sa vie sont confiées aux soins de

[125] Avocat, magistrat et homme politique. - Spécialiste de droit ecclésiastique. - Député des Bouches-du-Rhône aux Etats généraux, à la Convention, puis au Conseil des anciens. - Commissaire du Comité ecclésiastique, rapporteur et co-auteur de la constitution civile du clergé. Source : Bibliothèque nationale de France.

[126] Irène Théry*, La famille, la loi, l'État*, Paris, Imprimerie nationale, 1989, p. 293.

[127] On peut citer Berlier dont la pensée complète celle de Rousseau : « Si dans le premier âge l'enfant ne reçoit pas ces douces impulsions qui doivent le maintenir ou le rendre bon, l'autorité paternelle, impuissante ou mal digérée à ces premières époques de la vie, peut devenir par la suite plus tyrannique, mais non plus efficace. C'est donc inutilement, et sans aucun fruit pour la société, que vous voudriez conserver, au-delà de l'page marqué par la nature, l'instrument qu'elle avait destiné à perfectionner son ouvrage, s'il n'a pas dès ce temps atteint à son but » (Discours sur les rapports qui doivent subsister entre les enfants et les auteurs de leurs jours…p.4) ; cf. aussi Robespierre dans son discours sur les successions du 5 avril 1791 : « Je dirai que la nature elle-même et la raison en ont mesuré la durée et l'étendue d la puissance paternelle sur l'intérêt et le besoin de ceux qu'elle doit protéger et non sur l'utilité de ceux qui l'exercent ; que c'est une erreur de la législation qui a franchi les bornes sacrées lorsqu'elle a prolongé la tutelle, lorsqu'elle a prolongé l'enfance de l'homme jusqu'à sa décrépitude, lorsqu'elle a dépouillé les citoyens du droit de propriété, lorsqu'elle a fait dépendre le long exercice de leurs facultés naturelles et réelles, non de leur page et de leur raison, mais de la longévité de leur père » (A.P., t. 24, p. 564).

ceux qui la lui ont donnée. Les premiers tuteurs sont les pères et mères. Qu'on ne parle donc plus de puissance paternelle »[128].

La condition de la femme et de la mère sous la Révolution

Il est aisé de croire que l'époque révolutionnaire qui s'ouvre avec la convocation des États généraux apporte un progrès sensible dans la situation de la femme et de la mère. En effet, l'Assemblée constituante s'est activement mise à l'œuvre pour l'élaboration d'une nouvelle législation. Pour autant, la législation n'a que très peu modifié la condition de la femme alors que paradoxalement elle avait suscité un véritable enthousiasme à leur égard.

Cet enthousiasme n'est alors pas seulement populaire puisque plusieurs femmes prennent la plume afin de faire valoir leurs idées. Le 30 décembre 1790, la baronne Etta Palm d'Aelders , vétitable féministe néerlandaise, mais aussi très impliquée dans la Révolution française, prend la parole devant l'Assemblée fédérative des Amis de la Vérité, pour lire un discours sur l'injustice des lois : « Ah, Messieurs, si vous voulez soyons zélées pour l'heureuse constitution qui rend aux hommes leurs droits, commencez donc par entre justes envers nous que dorénavant nous soyons vos compagnes volontaires et non vos esclaves »[129].

Olympe de Gouges, quant à elle, demande en 1792 devant l'Assemblée nationale de faire voter une déclaration des droits de la femme et de la citoyenne[130]. La déclaration proposée par Olympe de Gouges se compose d'un court préambule, suivi de dix-sept articles. L'article premier est ainsi conçu : «

[128]Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Paris, Videcoq, 1836, t. 1. p. 102.

[129] Etta Palm d'Aelders, *Discours sur l'injustice des Lois en faveur des hommes, au dépend des Femmes, lu à l'Assemblée Fédérative des Amis de la Vérité, publié dans Appel aux française sur la régénération des mœurs, et nécessité de l'influence des femmes dans un gouvernement libre*, 1790, p. 5.

La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». L'auteur adresse en fin de l'ouvrage un appel à ses compagnes : « Femme, réveille-toi ; le tocsin de la raison se fait entendre dans tout l'univers, connais tes droits... Le flambeau de la vérité a dissipé tous les nuages de la sottise et de l'usurpation. L'homme esclave a multiplié ses forces, il a eu besoin de recourir aux tiennes pour briser ses fers. Devenu libre, il est devenu injuste envers sa compagne... Quelles que soient les barrières que l'on vous oppose il est en votre pouvoir de les franchir vous n'avez qu'à vouloir »[131].

Ces diverses revendications ne vont cependant pas avoir d'effets au point de vue de la législation dès lors que les Révolutionnaires ne souhaient pas accorder à la femme un rôle actif dans l'État, réléguant la femme au foyer domestique en jugeant que c'est là où sa présence est nécessaire, c'est là son véritable domaine[132].

B. La mise en œuvre de la puissance paternelle sous la Révolution

Les lois relatives à l'organisation de la famille, votées par les Assemblées qui se sont succédé depuis le 5 mai 1789 jusqu'au Consulat en 1799 ne sont pas nombreuses mais elles portent cependant des atteintes très graves au principe de l'autorité du chef de famille en détruisant pas à pas les abus relatifs à son autorité sur l'enfant[133]. La nouvelle législation impose aux parents l'obligation du travail, afin de pourvoir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants. Elle va également remettre en question le droit de correction à travers

[131] Olympe de Gouges, *Les droits de la femme. A la Reine*, Paris, 1792.
[132] Sarmisa Bilcesco, *De la condition légale de la mère,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1890, p. 164 et suiv.
[133]Nicolas Haillant, *L'autorité paternelle dans l'histoire*, thèse de doctorat, droit, Université de Nancy, 1873, p. 215.

la mise en place du tribunal de famille et c'est à l'égard de cette situation que Guichard, le député de la sénéchaussée de Beaucaire s'exprime en ces termes: "C'est pour les enfants seuls, pour leur avantage, que cette mesure de force a été conférée non pas au père, mais à la famille ; non pas même à la famille seule mais à la famille et au magistrat, toujours maître de s'opposer à une sévérité exagérée et à une décision qui aurait été dictée par la passion » [134]. Il va également être proclamé l'indépendance du fils de famille parvenu à l'adolescence en ce qui concerne le mariage. Elle va également abolir l'exhérédation en instituant la part légitime ; part sacrée du patrimoine de la famille, à laquelle il est interdit au père de toucher.

Les idées révolutionnaires vont également déterminer de manière nouvelle la majorité de l'enfant et celle de la fin de l'exercice de la puissance paternelle qui sera fixée à vingt et un ans.

Par conséquent, le 28 août 1792, la *patria potestas* sera définitivement abolie à la suite d'un projet de décret sur les successions comme l'explique Ducastel « que la puissance paternelle n'ait plus aucun effet sur un citoyen qui aura atteint l'âge de 21 ans ».

---

[134] Auguste-Charles Guichard, *Traité du Tribunal de Famille, contenant une Instruction détaillée sur la compétence et les fonctions de ce Tribunal, considéré sous ses divers rapports ; suivie d'un Formulaire de tous les actes et procédés d'instruction qui peuvent avoir lieu en ce Tribunal, dans toutes les affaires*, Lyon, 1791 : En suivant l'ordre chronologique, un des premiers actes législatifs sur notre matière émane de l'Assemblée constituante. La loi des 16-24 août 1790, statuant sur l'organisation judiciaire qui réglemente le droit de correction. L'Assemblée Nationale formule un droit nouveau de façon à ne plus donner lieu à l'arbitraire. Ainsi le droit de correction, qui appartenait au père seul, passe désormais à la famille réunie, érigée en tribunal et présidée par un magistrat afin de garantir jusqu'à un certain point la liberté de l'enfant. Comme le démontre l'article 15 de cette loi : « Si un père ou une mère, ou un aïeul ou un tuteur, a des sujets de mécontentements très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée, au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre ; et à défaut de parent, il y sera suppléé par des amis ou des voisins ». Enfin, l'article 16 de la loi précise que : « Le tribunal de famille, après avoir vérifié les sujets de plainte, pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de 21 ans accomplis, sera renfermé pendant un temps qui ne pourra excéder celui d'une année, dans les cas les plus graves. ».

Le décret est ainsi voté et dorénavant : « Les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle. Elle ne s'étendra que sur la personne des mineurs »[135].

De ce fait, la loi du 20-25 septembre 1792 fixe la majorité à l'âge de vingt-et-un ans, et abaisse la majorité à vingt-cinq ans[136] tout en généralisant pour toute la France, la disposition qui dans la plupart des Coutumes faisait cesser la puissance paternelle à la majorité [137] : « L'Assemblée nationale décrète que les majeurs ne sont plus soumis à la puissance paternelle ; elle ne s'étendra plus que sur les personnes des mineurs »[138].

Ainsi, pour la première fois, la Révolution a réussi à fixer une majorité civile complète de sorte « qu'au même âge, l'enfant acquiert ainsi l'exercice de ses droits civils, et peut se marier sans le consentement de ses parents et n'est plus soumis à la puissance paternelle ni au pouvoir de répression du tribunal de famille »[139].

Enfin, concernant le régime des biens sous cette phase législative, la loi du 28 août 1792, rendue sous l'influence des principes individualistes, dispose que la majorité affranchit le fils de la puissance paternelle. La personne de l'enfant est désormais distincte de celle du père ce qui implique le fait que le fils peut

---

[135] Décret du 28 août 1792, Duvergier, t. IV, p. 440.
[136]Art. 2 de la section première du titre IV.
[137] Pierre Murat, « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », in *La famille, La loi, L'Etat, de la Révolution au Code civil, textes réunis et présentés par Irène They et Christian Biet*, Paris, Imprimerie nationale, Centre Georges-Pompidou, 1989. p. 398 : « C'est alors que Ducastel propose une solution qui va harmoniser les dispositions jusque-là éparses puisque jusqu'ici, des divergences existent encore sur la durée de la puissance paternelle entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit : « Vous devez fixer l'âge où l'on sera majeur dans tout l'empire. Quand l'époque de la minorité sera générale, les difficultés disparaitront. Vous pourrez alors dire, le mineur et l'interdit auront besoin d'autorisation, le majeur en sera dispensé. L'unique question est de savoir à quel âge on sera majeur ».
[138] Duvergier, *op. cit.*, t. IV, p. 140.
[139]Pierre Murat, « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères », *op. cit.,* p. 398.

acquérir et posséder par lui-même et pour lui-même. Dès lors, le travail personnel est respecté et regardé comme la première et la plus sacrée des propriétés.

Telles sont, en résumé, les dispositions législatives adoptées sous la Révolution qui, malgré certaines contestations de la part des rédacteurs du Code civil auront également une certaine influence sur l'esprit de la législation napoléonnienne.

Section 2. La détermination de solutions transactionnelles opérée par le Code civil

« Il faut éclairer les lois par l'histoire, et l'histoire par les lois »

Montesquieu[140].

Les rédacteurs du Code civil et ses premiers commentateurs comme Locré ou Maleville « cherchent à dégager l'esprit du Code civil à travers les principes de philosophie politique qui ont véritablement insipirés cette grande œuvre »[141] **(A)**. La vraie nature du Code civil se retrouve dans une volonté très marquée d'unifier le droit tout en faisant œuvre de compromis avec les législations antérieures comme le précise Portalis qui juge que le Code est « Une transaction entre le droit écrit et les coutumes »[142]. Avec plus de précision encore, le tribun Albisson parle de « La plus grande, la plus utile, la plus solennelle transaction dont aucune nation ait jamais donné le spectacle à la terre »[143].

Le Code civil a donc opéré un véritable équilibre entre le droit romain et les Coutumes de sorte à mettre fin aux diverses querelles qui persistaient entre les juristes du Nord et ceux du Midi. **(B)**.

---

[140] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XXXI, II.
[141] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français*, *op.cit.*, p. 21.
[142] Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, op.cit.,* p. 75 : À la lecture de Portalis, le Code civil peut enfin être compris comme une législation de compromis, au sens sociologique du terme. En affirmant que: « les lois doivent ménagers les habitudes » et qu'il faut « lier les mœurs aux lois ».
[143] Paul-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 120.

§1. Les discussions autour de la notion de puissance paternelle dans le Code civil

Les rédacteurs du Code civil se trouvent en présence d'un antagonisme certain entre le droit écrit et le droit coutumier. La loi romaine qui régit toutes les provinces soumises au droit écrit consacre une autorité paternelle rigoureuse, à l'image de l'époque où l'enfant était la propriété du père, alors que les textes du droit coutumier admettent pour la plupart, une autorité paternelle beaucoup plus atténuée, et soumise au contrôle de l'assemblée de famille.

Que vont faire les rédacteurs du Code en face de ces deux tendances, si nettement opposées ? Vont-ils comparer et discuter mot à mot les différents textes, pour essayer d'adoucir la rigueur des uns et apporter aux autres quelques restrictions, de manière à adopter une solution en quelque sorte transactionnelle[144] ?

La discussion débute au Conseil d'État devant lequel Tronchet précise le problème :

« La question est donc de savoir si on établira la puissance paternelle telle qu'elle existe dans les pays de droit écrit, ou si elle sera telle que la présente la définition suivante qui est celle du projet du Code civil : La puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par mariage »[145].

[144] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage, op.cit.,* p. 37.
[145] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op.cit.,* p. 482.

A. L'esprit du Code civil à l'égard des législations antérieures

L'influence du droit romain dans les pays de coutume et celle du droit coutumier dans les pays de droit écrit avait abouti, presque partout, à des règles assez incohérentes et multiples.

A cet égard, les rédacteurs du Code civil accusent même les coutumes d'avoir refusé au père toute autorité, au mépris des droits de la nature. Voici comment le tribun Albisson juge les coutumes:

« Dans les pays appelés coutumiers, presque autant de divagation et de contrariété que de coutumes différentes, sur un point aussi important que celui de l'autorité des parents sur leurs enfants ; et, comment aurait-on obtenu à cet égard quelque chose de cohérent et de raisonné, du bouleversement que firent dans les droits des individus et dans la consistance des familles, ces siècles de barbarie où la violence féodale, imposant silence aux lois et à la raison, et méconnaissant tout autre droit que celui du plus fort, asservit les corps et les esprits sous le despotisme avilissant du caprice et des volontés arbitraires du moindre châtelain qui pouvait compter quelques centaines d'hommes sur son territoire usurpé, et les ranger sous sa bannière ? Quelles lumières attendre des débris d'un pareil désordre ? »[146].

Quant aux principes de droit romain et donc des pays de droit écrit, certains rédacteurs du Code semblent absolument réticents à leurs principes : « Une législation rude et sauvage, bonne pour tenir sous le joug un ramassis d'esclaves fugitifs et de brigands ; c'est ainsi qu'ils traitent les premiers Romains. Les plus modérés se bornent à les qualifier de fils de Romulus ». Réal ajoute également que : « La législation des Romains, si conforme en beaucoup de points à la nature, si fidèle interprète de la raison, s'écarte de l'une et de l'autre

[146] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.*, p. 116.

d'une manière bien étrange lorsqu'elle s'occupe de la puissance paternelle : elle méconnait alors et le droit naturel et le droit des gens »[147]. En somme, les rédacteurs du Code souhaitent véritablement abandonner le droit romain, puisqu'ils rejettent la conception du droit de propriété qui appartient au père sur la personne de son enfant. À l'inverse, le jurisconsulte Maleville qui est l'un des rédacteurs du Code civil, épris du droit romain, rappelle la nécessité d'un pouvoir fort au sein de la famille et insiste pour le maintien d'une constitution vigoureuse de la puissance paternelle, nécessaire surtout dans un État libre[148]. Or la plupart de leurs collaborateurs ne veulent donner au père qu'un simple pouvoir de protection, et rejettent le nom même de pouvoir puissance paternelle, « le trouvant trop fastueux » à l'image du président de la section de législation au Conseil d'État, Boulay, qui a pris une part active à la rédaction du Code civil ou encore Berlier, conseiller d'État qui a également pris une part importante aux travaux de législation. C'est avec plus de mesure que Tronchet, désigné par Napoléon pour préparer le Code civil, adopte cette même théorie[149].

[147] Pierre Antoine Réal, *Exposé des motifs, op.cit.,* p. 330.

[148] Alain Desrayaud, « Le père dans le Code civil , un magistrat domestique », *Napoléonica*, 2012, p. 7 : « Qu'il importe en général, et surtout dans un État libre, de donner un grand ressort à l'autorité paternelle, parce que c'est d'elle que dépend principalement la conservation des mœurs et le maintien de la tranquillité publique. La puissance paternelle est la providence des familles comme le gouvernement est la providence de la société : eh ! quel ressort, quelle tension ne faudrait-il pas dans un gouvernement qui serait obligé de surveiller tout par lui-même et qui ne pourrait pas se reposer sur l'autorité des pères de famille pour suppléer les lois, corriger les mœurs et préparer l'obéissance ? ».

[149] Pierre Anroine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Cod*e civil, t. 10, *op.cit.*, p. 486.

B. La composition entre les divers usages de l'ancien droit civil de la France

À l'issue de ces discussions, les rédacteurs du Code se sont accordés sur la nécessité de s'inspirer davantage du droit coutumier et en particulier de la coutume de Paris[150].

Par conséquent, la puissance paternelle des pays coutumiers sera consacrée par la loi nouvelle, de manière plus précise et affermie, au sein de laquelle se trouve, dans la définition même de ce pouvoir constitué à nouveau, la déclaration formelle que la mère doit y participer. L'évolution des mœurs a ainsi conduit le père et la mère à exercer communément la puissance paternelle[151]. En somme, la puissance paternelle telle qu'elle est organisée par le Code, est bien loin de ressembler à la *patria potestas* des Romains.

À cet égard, Pothier disait déjà qu'en pays de coutume « notre puissance paternelle est commune au père et à la mère ; néanmoins, ajoutait-il avec l'opinion générale de son temps, la mère étant elle-même sous la puissance de son mari, sans lequel elle ne peut rien faire, elle n'en peut exercer aucune sur ses enfants, si ce n'est du consentement et sous le bon plaisir de son mari »[152]. À travers les propos de Pothier se retrouvent sans peine les deux principes qui paraissent résumer l'ensemble des décisions du Code civil, touchant les droits de la mère au point de vue de la puissance paternelle et de la femme au point de vue de la puissance maritale.

Le législateur de 1804 a également envisagé l'idée que l'intérêt de l'enfant et non celui du père et a fait de la puissance paternelle une puissance protectrice pour

---

[150] Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 1, Paris, Marchal et Billard, 1922, p. 40.

[151]Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, De l'adoption et de la tutelle officieuse, op. cit.,* p. 203.

[152] Robert-Joseph Pothier, *Traité des personnes et des choses, de la propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, du contrat de nantissement, des cens, des champarts, op. cit.*, n°134.

l'enfant. Il faut, en effet, que les parents aient autorité sur leurs enfants pour que les conseils qu'ils leur donnent soient suivis, dans l'intérêt même de ces enfants[153]

Ainsi se justifie le cheminement qui a conduit notre législation française à donner à l'autorité paternelle le caractère que lui assigne la nature elle-même « en évitant le double écueil d'une excessive sévérité et d'une trop grande faiblesse »[154]. Du reste, le Code civil a reproduit les règles de l'ancien droit coutumier, qui lui-même avait déjà transposé en lois les anciens usages des peuples germains et appliquer cette puissance tout à la fois sur la personne et sur les biens de l'enfant[155].

§2. Le choix des mots en matière de puissance paternelle

Le choix des mots a une importance toute particulière. À cet égard, le philosophe Clément Rosset s'interroge sur l'intimité des liens tissés entre le fait de penser et le fait d'énoncer dans son livre intitulé « *Le choix des mots* »[156].

En l'occurrence, un sujet dont l'intitulé repose sur « la puissance paternelle de la mère » amène de toute évidence à s'interroger sur le choix des mots dans le Code civil de 1804. À cette époque, les mots effrayent les législateurs encore

---

[153] *Recueil des lois composant le Code civil décrété en l'an XI et promulgué par le premier Consul*, Rondonneau, Paris, pp. 118-119 : À cet égard, l'orateur du Tribunat Albisson, lors de la séance du 3 germinal an XI précise « qu'il s'agissait d'établir le pouvoir des pères et mères sur des bases avouées par la raison, la nature et l'intérêt social ; il fallait donc que la loi le réglât de manière à ce que son ressort ne fût pas trop tendu ni trop relâché : qu'il prit un juste milieu entre le despotisme des uns et la licence des autres ».

[154] Charles Demolombe, *Cours de Code civil*, op.cit., p. 300.

[155] Philippe Auguste Paget, *De la puissance paternelle dans le droit romain et dans le droit français, op. cit.* p. 6.

[156] Irène Fenoglio et Clément Rosset, « Le choix des mots » in *Langage et société*, n°77, 1996, p. 160.

influencés par les idées qui ont présidé à la confection des lois révolutionnaires[157].

Ce problème est posé d'une manière précise par Cambacérès évoquant « La question de savoir s'il y aura une puissance maternelle est nouvelle, et mérite un sérieux examen »[158]. La section de législation s'est alors emparée du projet. La rubrique initiale l'a emportée sur les propositions novatrices certainement pour le motif invoqué par Maleville. Ainsi : « Les mots de puissance paternelle ont été maintenus en tête du titre IX, mais ainsi que le remarque très justement Laurent, dans les divers articles qui composent le Code civil, ces mots ne se retrouvent plus nulle part, et partout, ce sont les mots d'autorité paternelle qui les ont remplacés [159]».

A. Des débats contradictoires

Avant de savoir exactement quels sont les droits de puissance paternelle, les rédacteurs du Code civil recherchent quels sont les termes précis qui doivent être employés, car en dépit de son nom, la puissance paternelle appartient au père et à la mère.

Ce pouvoir incontestable des mots et des maximes consolide les fondements d'une évolution juridique à travers l'introduction d'une terminologie nouvelle. Un débat va alors s'élever au Conseil d'État sur le point de savoir quelle qualification donner à l'ensemble de ces droits.

Dès les premières discussions relatives à la puissance paternelle « un sentiment de malaise s'empare des différents protagonistes. Personne, si ce n'est

[157] Irène Fenoglio et Clément Rosset, « Le choix des mots » in *Langage et société*, *op.cit.*, pp. 107-111 : « Il faut s'interroger sur ce que devient le problème fondamental, qui est de savoir si à côté de la puissance paternelle il y aura une puissance maternelle ».
[158] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 484.
[159] Bulletin de la Société législative comparée, Cotillon et fils, 1880, Paris, p. 121.

Maleville, farouche partisan du retour à une puissance paternelle forte calquée sur celle que connaissaient les pays de droit écrit sous l'Ancien Régime ne semble être en mesure de définir précisément ce qu'il faut entendre par puissance paternelle »[160].

En effet, les propos du tribun Vesin, présentant devant le Tribunat le projet de loi relatif à la puissance paternelle sont particulièrement révélateurs de la pensée de la grande majorité des hommes à l'égard de l'autorité dans la famille[161]:

« Tribuns, chargé de vous faire un rapport sur le projet de loi, (…) en vous parlant de la puissance paternelle, je ne chercherai pas à la définir, à vous en montrer l'origine. Que le pouvoir des pères sur leurs enfants dérive du droit naturel ou du droit civil, ou plutôt qu'il participe en même temps de l'un et de l'autre, il nous suffit qu'il soit reconnu par tous les peuples policés, qu'il soit l'un des plus fermes liens de la société, pour qu'il ne s'élève pas le moindre doute sur la nécessité d'accorder aux pères et mères une autorité, une puissance sur leurs enfants.[162] ».

Il s'agit alors de se demander s'il faut-il voir dans le pouvoir des père et mère une puissance ou une autorité, un droit ou encore un devoir ? Le tribun Vesin emploie les deux expressions de manière différente. Il faut également savoir que la question revêt une grande importance et sera source de nombreux débats. En effet, la dispute éclate alors immanquablement dès les toutes premières discussions dont les extraits des discussions présentés ci-dessous révèlent la complexité manifeste du choix des mots dans le Code civil[163].

---

[160] Jerôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire. Le crépuscule d'une institution la puissance paternelle*, thèse de doctorat, Université de Grenoble, 2000, p. 300.
[161] *Ibid.,* p. 300.
[162] 1er germinal an XI, 22 mars 1803, dans Fenet, *op.cit.*, t. 10, p. 524.
[163] Jerôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire. Le crépuscule d'une institution la puissance paternelle*, *op .cit.*, p. 300.

En effet, lorsque la discussion débute au Conseil d'État, Tronchet évoque le problème majeur : « La question est donc de savoir si on établira la puissance paternelle telle qu'elle existe dans les pays de droit écrit, ou si sera telle que la présente la définition suivante qui est celle du projet de Code civil : la puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par le mariage »[164]. Il précise également qu'il faudrait au moins se servir de l'expression « autorité paternelle », pour ne pas trop affaiblir l'idée.

Berlier pense que « rien ne ressemble ni ne doit ressembler moins à l'ancienne puissance paternelle, que l'autorité des pères et mères que l'on veut retracer en ce titre. En effet, dans l'ancienne Rome, cette puissance allait jusqu'au droit de vie et de mort : il en était de même chez les Gaulois, au temps de César, selon qu'il l'atteste au sixième livre de ses Commentaires ; et même sous les deux premières races des rois de France, les pères avaient encore le droit de vendre leurs enfants, ainsi que l'apprennent les capitulaires de Charles-le-Chauve ; mais ces temps sont loin de nous et de nos mœurs actuelles »[165].

A cet égard, Berlier affirme une nouvelle fois que, dans les pays coutumiers, où les droits des pères étaient beaucoup moins étendus, on ne les désignait pas par le mot puissance paternelle et c'est en ce sens qu'il remarque que « Beaucoup d'auteurs ont refusé à la puissance paternelle l'honneur de figurer parmi les institutions françaises : de ce nombre sont Accurse, Loisel et Mornac». Ce dernier cite même un arrêt de 1599 conforme à son opinion[166] ; « Ce qu'il y a de certain, continue Berlier, c'est que plusieurs coutumes, celle de Senlis entre autres rejetait textuellement la puissance paternelle ; et que

[164] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil op. cit.*, pp. 482 et 486.
[165] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil op. cit.*, pp. 486-487.
[166] Berlier, Procès-verbal du 26 frimaire an 10.

beaucoup d'autres coutumes, comme celle de Paris, étaient muettes sur ce point. Ce qu'il y a de certain encore, c'est que, dans les pays l'effet principal était que l'enfant, même marié ou majeur, ne pût rien acquérir, sauf le pécule, que pour son père, s'il n'était d'ailleurs formellement émancipé ; disposition modifiée en quelques pays, en Bourgogne par exemple, par des statuts locaux, qui donnaient au mariage la force et l'effet d'une émancipation formelle »[167].

Après cet exposé, Berlier fait observer que « Le mot puissance paternelle n'offre qu'une idée peu en harmonie avec le nouveau système, qui beaucoup plus libéral que le droit écrit, veut que tout individu marié ou majeur devienne *sui juris* ; de sorte que l'autorité dont il s'agit à peu de chose près, restreinte à la majorité de l'enfant, et à cette époque de la vie qui appelle une protection plus spéciale, devient aussi plus susceptible, d'être à défaut du père, conférée à la mère, qui cependant ne participait point autrefois à la puissance paternelle.[168] » D'après ces réflexions, il conclut à la nécessité de la mise en valeur du rôle de la mère et affirme qu'il faudrait de nouveaux mots pour exprimer des « idées nouvelles »[169]. Pour se faire, Berlier propose une rubrique intitulée « De l'autorité des père et mère », qui s'avère être plus propre à désigner le pouvoir de protection que doit avoir en vue la loi nouvelle, et qui ne doit s'étendre que sur l'enfant encore mineur[170].

À cet égard, Boulay se montre tout aussi réticent à l'expression même de puissance paternelle qui selon lui est trop fastueuse et hors de proposition avec l'idée qui doit être exprimée[171]. À cette expression puissance paternelle, il préfère que le titre soit placé sous la rubrique « Des droits et des devoirs des

[167] Berlier, Procès-verbal du 26 frimaire an 10.
[168] Berlier, Procès-verbal du 26 frimaire an 10.
[169] Jean Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunat, des exposés de motifs, des rapports et discours*, Paris, Imprimerie impériale, 1806, VII, pp. 22-23.
[170] *Ibid.*, p. 315.
[171] Joseph Boulay, Procès-verbal du 26 frimaire an 10.

pères »[172]. Toutefois, il est certain que cette dénomination pouvait trop affaiblir l'idée et de ce fait, on a fait observer qu'il faudrait se servir de l'expression autorité paternelle suggérée par l'esprit plus modéré de Tronchet, ou encore autorité des pères et mères[173].

En revanche, l'expression puissance paternelle pour Maleville, épris du droit romain, présente l'avantage de préciser que la loi admet une autorité paternelle qui est forte puisque d'après lui :

« L'expression puissance paternelle est le mot reçu ; que si la loi ne l'employait pas, on croirait qu'elle n'a pas admis la chose ; non qu'il pense qu'il faille établir cette puissance telle qu'on la représente ordinairement pour la rendre odieuse, et telle qu'elle était nécessaire peut-être dans une peuplade originairement composée de brigands et d'esclaves fugitifs, où il fallait que des exemples de sévérité domestique suppléassent sans cesse au défaut de l'autorité publique ; aussi ces droits barbares ne sont-ils rappelés dans les livres de Justinien que pour dire qu'ils sont depuis longtemps abolis »[174].

Cette dernière opinion a finalement prévalu alors que le premier consul renvoie à la section le projet et les observations qui ont été faites. Bigot de Préameneu présente alors la deuxième rédaction du titre *De la puissance paternelle*.

B. L'adoption des termes définitifs

À la suite de ces critiques et débats contradictoires et après avoir fait le résumé de ces discussions, le projet intitulé « *De la puissance paternelle* » est alors renvoyé à la

[172] Jean Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon*, *tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunal, des exposés de motifs, des rapports et discour*s, *op. cit.*, p.21.
[173] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.,* pp. 485-486.
[174] *Ibid.*, p. 486.

section de législation. Dans la rédaction définitive, l'intitulé primitif « *De la puissance paternelle* » est maintenu et cette loi qui devient le titre IX du Code civil, livre Ier, est alors décrétée le 3 germinal an XI et promulguée le 13 germinal soit les 24 mars et 3 avril 1803[175].

Cependant, eu égard au sujet de cette thèse, il est fort important de souligner que partout ailleurs, dans les textes, elle a été remplacée intentionnellement par celle d'autorité : « Les articles 372 et 373 donnent alors le nom d'autorité à ce qui avait été jadis une puissance absolue »[176]. Le Code civil n'a donc pas souhaité totalement abandonner la notion de puissance paternelle, pour autant, le mot même de puissance paternelle ne se trouve plus dans les articles et a bel et bien été remplacé par le mot autorité dès 1804[177].

Ainsi, en écartant partout ailleurs que dans l'intitulé du titre IX, l'expression puissance paternelle, les rédacteurs du Code veulent marquer le triomphe définitif des idées qu'exprimait la maxime de Loisel les pays de coutume : « Droit de puissance paternelle n'a lieu »[178]. Cette idée laisse également sous-entendre que la puissance paternelle telle que l'avait envisagé le droit romain sous le nom de *patria potestas*, et telle qu'elle s'était conservée dans les pays de droit écrit, n'était pas admise sous l'empire du Code civil[179].

---

[175] François Laurent, *Principes de droit civil*, t.4, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869, p. 260.
[176] I*bid.*, p. 250.
[177] Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.1, Paris, Dalloz, 1930, p. 452.
[178] Antoine Loisel, *Institutes coutumières*, livre I, §37, Paris, Durand, 1846, p. 82.
[179] Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau, 1936, p. 21.

Conclusion du chapitre I

En matière de droit familial, l'évolution de la législation et des mœurs conduit la puissance paternelle à revêtir « un caractère à la fois plus humain et plus moderne »[180]. Malgré ces évolutions, force est de constater que sur le sol français, l'héritage de la diversité des origines romaines et germaniques, subsiste jusqu'à la Révolution française. Tandis que les provinces restées soumises à la loi romaine perpétuent jusqu'à la Révolution de 1789 les traditions rigoureuses de la *patria potestas*, les autres, régies par des coutumes d'origine germanique, maintiennent jusqu'à cette époque aussi, le principe d'autorité paternelle posé par les peuples du nord. Enfin, les idées révolutionnaires vont submerger cette dualité de la législation en laissant un terrain sur lequel les rédacteurs du Code napoléonien vont édifier un monument législatif.

Du rapide exposé historique qui a été présenté, il en résulte que le caractère de la puissance paternelle s'est progressivement transformé jusqu'à constater une tendance constante à faire de la puissance paternelle une institution tutélaire et protectrice de l'enfant[181]. Ainsi, les diverses influences des législations antérieures sont ressorties en examinant l'esprit qui présida à la rédaction du Code civil. Il est donc d'un très haut et vif intérêt de rechercher comment le Code civil a fait application de ce principe d'autorité aux rapports entre les parents et leurs enfants, dès lors que le législateur doit choisir entre le système romain et la pratique coutumière, tout en se laissant également influencé par la législation révolutionnaire pourtant tant décriée.

[180] Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, *op. cit*., p. 58.
[181] Gabriel Baudry, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, Sirey, 1908, p. 139.

Chapitre II. Le caractère commun de l'autorité dans la famille de 1804 à 1970

« Sociabiliser le droit, c'est le rendre plus compréhensif, plus large qu'il ne l'était, l'étendre du riche au pauvre, du possédant au salarié, de l'homme à la femme, du père à l'enfant, pour tout dire, c'est l'admettre au profit de tous les membres de la société. ».

Joseph Charmont[182].

Après avoir indiqué quelles origines les rédacteurs du Code civil avaient attribuées à la puissance paternelle, ils lui ont reconnu pour fondement la loi naturelle. En effet, les rédacteurs du Code civil prétendent être les restaurateurs du droit naturel et d'avoir rendu à la mère toute la place à laquelle elle pouvait légitimement prétendre **(Section 1)**[183]. De ce fait, le législateur de 1804 fait entrer, pour la première fois de manière formelle la mère dans la famille, en la rétablissant dans les droits imprescriptibles qu'elle tient de la nature, ce qui permet au tribun Vesin de dire : « Jamais il n'y eut un plus grand acte de justice »[184]. En ce même sens, Proudhon ajoute que « Chez nous, la puissance paternelle n'est que le droit naturel mis en pratique »[185].

Au sein du Code civil, l'autorité des parents est désormais restreinte au mineur non émancipé et, par-dessus tout, elle n'est plus reconnue par la loi que dans l'intérêt même de l'enfant, pour lequel elle constitue une protection. La puissance paternelle

[182] Joseph Charmont, *Revue Métaphysique et de morale*, Paris, Armand Colin, 1913. p.380.
[183]Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.10, Paris, Videcoq, 1836, p. 518.
[184] Rapport de Vesin au Tribunat.
[185] Jean-Baptiste Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil.* t.1, Dijon, Joubert, 1842, p. 236.

s'apparente dès lors à un moyen donné aux parents pour remplir leurs devoirs et doit s'inspirer du même ordre d'idées que la tutelle des mineurs en général. [186]

Réal précise dans quel esprit la puissance paternelle est reconnue dans le Code, quand il la définit dans l'exposé des motifs. Il révèle la pensée du législateur, qui a mis en place un pouvoir d'aide et de protection pour l'enfant, pouvoir qui ne doit durer que pendant la minorité de l'enfant et ce, jusqu'à ce qu'il soit en capacité de devenir le chef d'une famille[187]. Il déclare alors que cette autorité appartient « Au père et à la mère » et c'est, dit-il : « Un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants »; il ajoute également que « Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et le besoin ; la nature veut que dans ce premier âge, celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs enfants une puissance entière, qui est toute de défense et de protection »[188].

Le tribun Vésin, dans son rapport fait également ressortir avec fierté le renouvellement de la législation:

« Dans l'ancienne jurisprudence, dans les principes du droit romain surtout, lorsque la puissance paternelle n'était qu'une sorte de droit de propriété des pères sur leurs enfants, qui n'étaient pour ainsi dire pas considérés comme des personnes, mais comme des choses dont ils pouvaient user et abuser, la femme n'avait pas cessé d'être sous la puissance de son père ; il n'était point étonnant qu'elle ne participât pas alors à cette magistrature de famille ; mais ces principes ont changé avec nos mœurs ; c'est un pouvoir de protection, d'intérêt pour les enfants, et la mère est à juste titre admise

[186] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence*, Paris, Larose, 1898, p. 44.
[187] Samisa Bilcesco, *De la condition légale de la mère, op.cit.*, p. 179 :
[188] Real., *Exposé des motifs au Corps législatif*, t.3, Paris, Firmin Didot, p. 190.

à le partager. Ceux qui ont le même intérêt doivent jouir des mêmes droits : il serait bien difficile de justifier la proposition contraire »[189].

La puissance paternelle étant ainsi organisée, il n'y avait aucune raison de ne pas associer la mère au devoir qui incombe au père d'élever ses enfants ; la nature elle-même impose en effet cette obligation à la mère aussi bien qu'au père[190].

Tels sont les fondements de l'autorité dans la famille en 1804. Or, par la suite, c'est dans une tout autre direction que l'évolution se poursuit au cours du XX^e^ siècle, sous l'impulsion de la jurisprudence, des mœurs et du législateur jusqu'à arriver à la loi du 4 juin 1970 qui va définitivement abolir la notion de puissance paternelle au profit de la notion d'autorité parentale[191]. Ainsi : « En substituant la notion d'autorité parentale à celle de la puissance paternelle, cette nouvelle loi traduit dans les mots cette mutation qui s'est produite entre le XIX^e^ et le XX^e^ siècle »[192] **(Section 2)**.

[189] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 527

[190] Alexandre Auguste de Campagne, *Principes d'un bon gouvernement ou réflexions morales et politiques*, Georges Louis Winter, Berlin, 1774, p. 141.

[191] Laurent Leveneur, « Le choix des mots dans le droit des personnes et de la famille », in Les mots de la loi, Paris, Economica, 1990, p.25.

[192]Françoise Dekeuwer-Defossez, *L'autorité parentale en question*, Vielleneuve d'Asq, Presse universitaire septentrion 2003, 237 p.50 : « L'adjectif paternelle n'avait d'ailleurs jamais été très heureux car dès 1804 la puissance en question appartenait déjà à la fois au père et à la mère (…) et il arrivait même que l'exerice en soit conféré à la mère ».

Section 1. Le caractère commun de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

> « Parce que nos mœurs ne privent pas les mères des droits que la nature leur donne sur leurs enfants »
>
> Réal.[193]

Faire ressortir la puissance paternelle de la mère dans le Code civil revient essentiellement à faire ressortir si, pendant la durée du mariage, une prépondérance est reconnue au père légitime quant à l'exercice des droits inhérents à la puissance parentale ou si, à l'inverse, les deux époux sont placés sur un pied d'égalité. De toute évidence, la puissance paternelle en dépit de son nom appartient à la fois au père et à la mère[194].

Il est alors aisé de s'interroger sur la nature même de cette autorité conjointe. Quels sont les éléments qui constituent et fondent cette autorité ? Comment la puissance paternelle a-t-elle été comprise par le Code civil ? Quelles modifications la législation a-t-elle subies depuis lors sur ce point ?

En tout état de cause, c'est bien la première fois que la puissance paternelle de la mère est formellement reconnue dans les textes du Code civil (**§1**), mais cette puissance demeure cependant nuancée quant à la plénitude de son exercice en raison de l'article 373 du Code civil (**§2**).

---

[193] Laurent Leveneur, « Le choix des mots dans le droit des personnes et de la famille », in *Les mots de la loi*, *op. cit.*, p. 481.

[194] Ambroise Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Librairie Dalloz, t. 1er, 1930, p. 442.

§1. La reconnaissance formelle de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

Pour la première fois, les droits de la mère sont formellement reconnus dans le Code civil. L'étude de l'évolution de la nature de la puissance paternelle et la métamorphose de ses caractères permettent de comprendre l'intention des rédacteurs du Code civil qui effectuent une transaction entre les règles du droit romain et celles du droit coutumier. Ils cherchent à limiter l'autorité paternelle dans ses attributs et dans sa durée, mais ils en investissent surtout, non pas uniquement le père, mais aussi la mère. Cependant, et malgré l'opposition de Berlier, ils lui conservent encore son nom de puissance paternelle.

Les auteurs du Code sont ainsi les premiers à fonder sur ses véritables bases nouvelles « son caractère de bienfaisante protection, tout en évitant le double écueil d'une excessive autorité et d'une trop grande faiblesse »[195]. Jadis, la mère ne participait pas à la puissance paternelle et seul l'article 372 l'investit, pour la première fois aussi bien que le père d'une autorité qui leur est commune.[196]

D'après Felix Bouchot, il est d'ailleurs « nécessaire de faire ressortir la gloire du Code civil pour avoir donné à la mère et à la femme le rôle auquel elle est destinée depuis tant d'années »[197] .

Il s'agit dès lors de faire ressortir les caractères nouveaux de la puissance paternelle dans le Code civil **(A),** avant de déterminer les principes qui régissent les attributs de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil **(B).**

---

[195] Charles Demolombe, Cours de Code civil, op. cit., p. 300.

[196] Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programme officiel des facultés de droit*, t. 1, n°2379, Paris, F. Pichon et Durand-Auzias, 1922-1924; Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle op.cit.*, p. 101.

[197] Felix Bouchot, *De la puissance paternelle en droit romain et en droit français*, thèse pour le doctorat, Université de Paris, C. de Mourgues frères, 1866, p. 123.

A. Les caractères nouveaux de la puissance paternelle dans le Code civil

Chemin faisant, la puissance paternelle revêt de nouveaux caractères qui la définissent et encadrent sa réalisation. Elle est désormais d'ordre public, hors du commerce, indisponible et intangible, mais également relative et aménagée dans l'intérêt de l'enfant, voire dans l'intérêt de la famille et prend fin lors de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant[198].

Comme énoncé, la loi reconnait à l'autorité qu'elle établissait en faveur du père et de la mère un caractère d'ordre public, et ce, car « elle constitue une des bases de la famille et fait partie intégrante de l'état des personnes »[199]. Elle ne peut, de ce fait, comme le précise Henry Taudière « être élargie ou encore réduite par la seule volonté du père ou de la mère qui ne peuvent la modifier ou y déroger par leurs conventions particulières. La puissance paternelle est également hors du commerce pour les mêmes raisons que celles qui lui confèrent un caractère d'ordre public »[200]. De facto, celui qui détient la puissance paternelle ne peut en faire une monnaie d'échange, la céder, soit en totalité, soit en partie, dans tel ou tel de ses attributs.

Cette autorité des parents nouvellement envisagée par le Code civil est également un droit relatif désormais conçu et aménagé dans l'intérêt des enfants, et non plus dans celui du père[201]. Par conséquent, de cette protection de l'enfant,

---

[198] *La Gazette du Palais*, Volume 90, partie 2, 1970, p. 44.
[199] *Les novelles, coprus juris civilis Belgici*, 1938, p. 701.
[200] Henry Taudière*, Traité de la puissance paternelle, op. cit.*, p. 152.
[201] Julie Pascal, *Les perspectives d'évolution du droit de la filiation en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant*, mémoire, p. 6 : « L'intérêt porté à l'enfant par le droit est assez récent. Avant de s'intéresser à la protection et au bien-être de l'enfant, il a d'abord fallu faire évoluer la perception que les adultes avaient de celui-ci. Ce n'est qu'à la Renaissance et c'est seulement au cours du XIX e siècle que la notion d'enfance a fait son apparition. Jusqu'à cette période, l'enfant entait totalement soumis à la puissance du *pater familias*. Celui-ci avait droit de vie et de mort sur ses enfants sous la Rome antique, tandis qu'il avait le pouvoir de les faire enfermer sous l'Ancien Régime. Dans ce contexte, il apparaissait utopique de voir émerger un droit protecteur de l'enfant, et soucieux de son intérêt. Cet intérêt est pourtant devenu source de réflexion au début du XXe siècle, avec le développement de politiques éducatives et sanitaires concernant les mineurs. Mais la notion d'intérêt de l'enfant telle

nombreux sont les corollaires et les manifestations qui en découlent et notamment le fait que la puissance paternelle n'appartient plus exclusivement au père, la mère est désormais investie de cette autorité[202] : « Puisque l'intérêt de l'enfant est une des causes uniques de cette autorité octroyée aux parents, il est tout à fait normal que la mère en soit investie en même temps que le père[203].

D'autre part, cette puissance n'est plus perpétuelle puisqu'elle est instituée dans l'intérêt de l'enfant et prend fin à sa majorité ou par son émancipation, ni intangible, car le père n'est plus investi de fonctions inamovibles, comme l'avait déjà institué la législation de la Révolution française[204].

---

qu'elle est comprise aujourd'hui est bien différente de ce qu'elle était auparavant. Son évolution s'est avérée exponentielle, passant de l'intérêt pour les enfants, à l'intérêt de l'enfant. Elle est le fruit d'une longue réflexion, marquée à la fois par l'évolution des formes et des fondements de la famille, de la conception même de l'enfant, des savoirs sur l'enfance, ainsi que de la place qu'il occupe dans la famille et dans la société. il a législation française a peu à peu prévu des dispositions relatives aux mineurs et à leur intérêt c'est sous l'impulsion de M. Janus Korczak que la réflexion s'est réellement engagée au niveau international. En effet, ce pédiatre polonais a écrit au début du XX[e] un ouvrage sur le droit des enfants au respect, et sur la manière dont il convient de les aimer. Si, de prime abord, il ne semble pas y avoir de lien avec le droit, c'est pourtant bien à partir de ses idées que les Nations unies ont fondé leurs travaux en matière de droit des mineurs. C'est ainsi qu'en 1959 est élaborée une déclaration de l'ONU sur les droits de l'enfant suivie vingt ans plus tard par « L'année de l'enfance », décrétée par cette même Organisation en 1979. Cet élan vers les enfants et leur prise en considération plus aboutie s'est expliquée par la réaction des nations aux horreurs des génocides perpètres au cours du siècle dernier. Suite à cela, c'est la Pologne, patrie de M. Korczak, qui a demandé aux Nations unies de transformer la déclaration de 1959 en Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) ».

[202] Tribun Jean Albisson, Proposition faite par le tribun Albisson, dans la séance du 29 floréal an XII, après la présentation et la lecture faite par les orateurs du gouvernement, du sénatus-consulte organique de la veille qui défère le titre d'empereur au premier consul, Paris, Imprimerie nationale, an XII, t.11, p. 114 et 115 : « L'autorité des pères et mères sur leurs enfants n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas, à proprement parler, un droit, mais un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. Il est seulement vrai que ce devoir une fois rempli, donne aux parents, un véritable droit commun, le droit légal d'exiger de leurs enfants, pendant tout le temps de leur vie, du respect et des secours ».

[203] Louis Delzons, *La famille française et son évolution*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1913, p. 79.

[204] Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français,* Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, p. 591 et 592.

Enfin, dès lors que la puissance paternelle est devenue divisible, elle n'y constitue plus comme le droit romain un privilège d'une application exclusive et inflexible. Enfin, l'intérêt de l'État est également mis en exergue, comme le souligne Charles Demolombe « Car le bon ordre des familles est la première condition et la plus sûre garantie du bon ordre de la société. La puissance paternelle étant le meilleur auxiliaire de la puissance publique tout comme l'intérêt social qui est également mis en avant et qui exige le bon ordre dans l'État, qui doit au besoin protéger l'enfant contre les abus d'une autorité originairement sans borne ni contrôle »[205]. En effet, si cette puissance est véritablement considérée comme un droit naturel des parents, elle ne constitue pas, pour ceux-ci, un droit discrétionnaire. Son exercice doit tendre vers le but unique évoqué ci-dessus, du bien-être de l'enfant. En d'autres termes, la puissance paternelle, dans le Code civil est assimilée à une fonction ou une mission qui est confiée aux parents dans l'intérêt du mineur[206]. Or, il semble qu'à cette époque les rédacteurs aient surtout fait confiance aux parents et c'est ce qui ressort de l'exposé des motifs fait par Portalis lors de la séance du 16 ventôse an XI :

« Dira-t-on, que les pères peuvent abuser de leur puissance ! Mais, cette puissance n'est-elle pas éclairée par leur tendresse ? Il a été judicieusement remarqué que les pères aiment plus leurs enfants que les enfants n'aiment leur père. Chez quelques hommes, la vexation et l'avarice usurperont peut-être les droits de l'autorité paternelle : mais, pour un père oppresseur, combien d'enfants ingrats ou rebelles ! La nature a donné aux pères et aux mères un désir de voir prospérer leurs enfants que

[205] Charles Demolombe, *Cours de Code civil, op.cit.*, p. 300.
[206] René Savatier, *L'art de faire des lois, Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dalloz, 1927, pp. 16 -17 : « Or les notions mêmes de fonction et de mission font immanquablement appel au concept complémentaire de contrôle. Il est d'ailleurs aisé de constater que le lien entre les deux idées n'est pas passé inaperçu des législateurs contemporains. En France, à vrai dire, les rédacteurs du Code civil ne prévoient rien initialement à cet égard alors même qu'une telle attitude peut paraitre en contradiction avec la conception qu'ils avaient de la puissance paternelle ».

ceux-ci sentent à peine pour eux-mêmes. La loi peut donc s'en rapporter à la nature »[207].

Tels sont les caractères nouveaux qui régissent la puissance paternelle dans le Code civil. Il s'agit alors d'en étudier les principes régissant les attributs de la puissance paternelle de la mère à travers l'analyse des différents articles du Code qui l'investissent d'une certaine autorité sur ses enfants.

B. Les principes régissant les attributs de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

« La puissance paternelle se présente comme l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, tant qu'ils sont mineurs et non émancipés, pour faciliter l'accomplissement des devoirs d'entretien et d'éducation dont ils sont tenus »[208].

Les attributs de cette puissance sont des moyens d'action mis au service de devoirs que le Code impose ou indique aux parents, et qui ont tous pour but la protection, l'éducation et la direction de l'enfant et dont les dispositions ne se limitent pas au Titre IX. En effet, la puissance paternelle de la mère ressort également à travers grand nombre d'articles épars, empruntés à différents titres du Code puisqu'un certain nombre d'attributs traditionnellement attachés à la magistrature domestique apparaissent en divers endroits du Code, ce qui sera fait à travers le développement de la seconde partie qui a trait à l'exercice de la puissance paternelle de la mère.

---

[207] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, p. 160. Exposé des motifs fait par Portalis, orateur du Gouvernement, lors de la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI soit le 10 mars 1803.

[208] Ambroise Victor, Charles Colin, Julliot de la Morandière, Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, 1931, p. 455.

L'autorité domestique de la mère imposée par l'article 203 du Code civil

Article 203 du Code civil : « Les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. »

Cet article 203, bien que ne se trouvant pas au titre de la puissance paternelle, mérite une attention particulière puisqu'il est en étroite corrélation avec les articles du Titre IX du Code. En effet, c'est à travers l'article 203 que sont établis de véritables devoirs communs que devront remplir les père et mère vis-à-vis de leurs enfants. Ces devoirs ont pour objet l'éducation de leurs enfants, ce qui comprend la nourriture et l'entretien, et l'éducation intellectuelle et morale[209].

A travers cet article, la mère a, pendant le mariage, les mêmes obligations que le père de nourrir, entretenir et élever ses enfants. Il faut savoir que l'obligation de nourrir et d'entretenir comprend tout ce qui est nécessaire à la vie matérielle ainsi qu'au développement moral et intellectuel de l'enfant comme l'exprime Portalis : « Les aliments et l'entretien ont pour objet de la conservation et le bien-être de la personne ; l'éducation se rapporte à son avantage moral »[210].

Il semblerait cependant paradoxal que l'article 203 insinue que cette obligation ne pèse que sur les parents légitimement mariés, or, le devoir d'éducation découle de la filiation comme le soulignait déjà, en 1607, Antoine Loisel : « Qui fait l'enfant doit le nourrir »[211]. Cette règle n'est finalement que le résultat d'un principe de morale naturelle qui attribue autant de pouvoir au père qu'à la mère.

En effet, l'obligation de « nourrir et entretenir » semble revenir à la mère tout comme au père, lorsqu'il s'agit de pourvoir aux besoins de l'enfant. De toute évidence, pendant les premières, il s'agit surtout de ces soins journaliers que seule la

[209]Charles Beudant, *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau, 1936, p. 46.
[210] Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon*, *tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunal, des exposés de motifs, des rapports et discour*s, t. IV, p. 158.
[211]Antoine Loisel, *Institutes coutumières*, *op. cit.*, 160.

mère peut donner à l'enfant. Par conséquent, la législation, avant de reconnaitre les droits de la puissance paternelle, s' occupe d'abord d'assurer la vie même de l'enfant. Plus tard, lorsque l'enfant grandit, « l'obligation de l'article 203 prend peu à peu de nouveaux caractères. Elle devient à la fois plus complexe et plus difficile à sanctionner. Quand l'enfant grandit, elle ne comprend plus seulement le strict nécessaire, elle s'étend à toutes les dépenses qui peuvent contribuer au bien-être matériel et au développement moral de l'enfant. Les parents sont alors maîtres d'en apprécier la forme et l'étendue, leur droit de choisir naît de l'extension même de leurs devoirs »[212].

Ainsi, de ce principe résulte une autre conséquence louable pour la mère. Puisque le devoir est commun, les moyens de l'accomplir doivent l'être de même et c'est ce qu'a fait la loi en soumettant l'enfant à l'autorité de ses parents jusqu'au jour de sa majorité ou de son émancipation. De là, les articles 371 et 372, sont unis à l'article 203 par une étroite corrélation.

Le devoir de respect et d'obéissance envers la mère imposé par l'article 371

En tête du titre de la puissance paternelle, est instituée la reconnaissance formelle du devoir qu'ont les enfants de respecter leur père et leur mère, pendant toute leur vie aux termes de l'article 371[213] : **«** L'enfant, à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ».

Dans le premier article que le Code édicte sur la puissance paternelle, le législateur s'inspire du précepte du *Deutéronome* : « *Honora patrem tuum et matrem tuam, ut*

[212] Edwige Rude-Antoine, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leur enfant majeur : Le contentieux civil et le contrôle des comportements familiaux par le juge », in *Éthique et Famille,* L'Harmattan, 2011, pp. 73-102.
[213] Françoise Dekeuwer-Defossez et Christine Choain, *L'autorité parentale en question*, Presses universitaires septentrion, Paris, 2003, p. 85.

sis longaevus super terram quam Dominus Deus datarus est tibi » qui signifie : « Honore ton père et ta mère afin de vivre longtemps sur la terre que le Seigneur Dieu doit te donner[214] ». Tout comme dans le *Deudétonome,* ces paroles contiennent une obligation, celle d'honorer ses père et mère. Cette obligation est réciproque ; c'est-à-dire qu'elle impose aux enfants certains devoirs à l'égard de leurs parents, et aux parents certains devoirs à l'égard de leurs enfants. Lorsque le législateur place cet article en tête du titre IX de la puissance paternelle, cela signifie qu'il veut en faire, pour ainsi dire, la base de l'édifice qu'il va élever, en plaçant cet article en « frontispice » comme base de toutes ses dispositions sur cette matière.

Par conséquent, les enfants pourront honorer leurs parents à travers le consentement au mariage[215] ou encore l'obligation imposée aux enfants qui veulent se donner en adoption, de demander le consentement de leurs père et mère[216] et enfin d'obtenir le consentement des parents pour le fils mineur qui veut entrer dans les ordres sacrés, et pour la fille mineure qui veut prononcer ses vœux[217].

Cependant, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la portée de la maxime écrite dans l'article 371[218]. Certains d'entre eux n'ont vu dans cet article qu'une valeur morale, dépourvue de toute portée juridique. D'autres ont pensé que quoique cet article ne contienne pas de dispositions législatives, il indique parfaitement les devoirs qui sont imposés aux enfants. Afin de comprendre au mieux la teneur de cet article il faut une nouvelle fois s'immerger dans la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État.

---

[214] *L'enseignement catholique, journal des prédicateur*s, Paris, Cassette, 1856, p. 643 : Le quatrième commandement dans le livre du Deutéronome chapitre 5, verset 16.
[215] Article 148, 149, 150.
[216] Article 346.
[217] Décret du 18 février 1809, article 7. – Décret du 28 février 1810, article 4.
[218] Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon*, *tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du projet de Code civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunal, des exposés de motifs, des rapports et discour*s t. 7, p. 67, et le discours d'Albisson Locré, t. 7, p. 84.

En effet, c'est en ce lieu et place que Bérenger, le président du Tribunat, exprime le désir que cet article, qui ne contient aucune disposition législative, soit retranché du projet. Boulay répond alors qu'il est utile de placer à la tête du titre les devoirs qu'impose la qualité de fils alors que l'orateur du Tribunat Albisson, en présentant au Corps législatif le vœu d'adoption, s'exprime alors ainsi « Au sortir de la tourmente qui a tant bouleversé de têtes, tant menacé d'une subversion totale toute idée de subordination et de révérence filiale, ce précepte devait précéder des dispositions toutes relatives à une autorité temporaire, pour rappeler sans cesse aux enfants que, si la loi les affranchit, à des époques fixes de leur âge, de l'autorité de leurs parents, il n'est point de moment de leur vie, point de circonstance, point de situation où ils ne leur doivent honneur et respect »[219].

C'est également en ce sens que Bigot-Préameneu affirme que cet article 371 « contient le principe dont les autres ne font que développer et fixer les conséquences et que, d'ailleurs, en beaucoup d'occasions, il deviendra un point d'appui pour les juges »[220]. De même, Vesin, dans son rapport au Tribunat précise que « Quoique cet article ne contienne pas, à proprement parler, de disposition législative, et que, sous ce rapport, dans la discussion au Conseil d'État, il ait été proposé de le rejeter, on a observé avec raison qu'il contenait le principe dont les autres ne font que développer les conséquences, et qu'il doit aussi devenir un point d'appui pour les juges »[221].

L'affirmation de l'autorité commune à travers l'article 372

Aux termes de l'article 372, l'enfant reste « sous l'autorité de ses pères et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation ».

---

[219] Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.,* t. 7, p. 84.
[220] *Ibid.*, p. 28.
[221] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 524.

C'est ainsi que les droits de la mère apparaissent pour la première fois dans le Code civil qui investit communément les parents de la puissance paternelle. La puissance paternelle ou l'autorité est ainsi déférée par le Code à la mère légitime, ce qui n'est pas sans rappeler l'idée de la législation coutumière comme le souligne Réal : « Parce que nos mœurs ne privent pas les mères des droits que la nature leur donne sur leurs enfants»[222] ; « Le législateur a dû établir un droit égal là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affections ; il répare, par cette position, l'injustice de plusieurs siècles ; il fait, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille, et la rétablit dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature ; droits sacrés, trop méprisés par les législations anciennes, reconnus, accueillis par quelques-unes de nos coutumes, et notamment par celle de Paris, mais qui, effacés dans nos codes, auraient dû se retrouver écrits en caractères ineffaçables dans le cœur de tous les enfants bien nés »[223].

Toutefois, cette puissance paternelle commune octroyée au père et à la mère dans les articles 371 et 372 du Code civil semble nuancée dès lors que ses droits sont à certains égards, moins étendus que ceux du père en raison de l'article 373 du Code civil qui investit seul le père de cette autorité durant le mariage. Dès lors, cela parait assez paradoxal que la qualité d'épouse puisse faire perdre à la mère des droits précédemment octroyés.

§2. Une dérogation apportée aux droits de la mère en vertu de l'article 373

Article 373 du Code civil : « Le père seul exerce cette autorité pendant le mariage ».

---

[222] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 481.
[223] Réal, *Exposé des motifs, op.cit.*, p. 614.

À en croire les termes de cet article, lorsque l'épouse devient mère, celle-ci n'a en présence du père, aucun droit sur ses enfants. Or, une telle formulation indique dans quel sens, il faut entendre les termes de l'article 373.

Marcel Rougé de Chalonge, dans sa thèse consacrée en 1874 à la participation de la mère à la puissance paternelle s'interroge légitimement sur ce que devient le droit reconnu à la mère après la lecture de l'article 373 et se demande ainsi « Si elle ne lui est conférée que pour l'honneur des principes, et si l'article 372, durant la vie du père, n'est pas comme l'article 371 qu'un précepte de morale dépourvu de sanction ? Nullement ! »[224] affirme-t-il.

À cet égard, cette thèse n'aurait nulle raison d'exister si une telle idée était exacte. En effet, il ne faut pas croire que la rédaction de l'article 373 annihile totalement l'article 372. Il ne faut pas imaginer que la mère ne dispose que de la jouissance du droit et qu'elle n'en a jamais l'exercice. L'article 372 qui soumet l'enfant à l'autorité commune du père et de la mère n'est pas abrogé par l'article 373.

En effet, l'idée d'attribution exclusive au père de la puissance paternelle ne rassemble pas tous les droits de la puissance paternelle puisqu'elle n'a trait qu'au droit de direction et d'éducation entrainant comme conséquence, le droit de garde, le droit de correction en vertu de l'article 373 **(A),** on retrouve également le droit d'usufruit légal et d'administration légale traités dans le titre « *De la tutelle* » à l'article 389. Ces divers attributs forment la puissance paternelle dite *stricto sensu* comme évoqué précédemment **(B)**.

Enfin, ces développements concernant l'exclusion de la mère ne traitent que de la situation ou le père est présent et tout à fait apte à exercer cette puissance paternelle. En effet, il faut comprendre que les droits des père et mère sont égaux, et que toutes les fois que, par une circonstance quelconque, la présence du père ne fait

[224] André-Lucien Haas, *Les droits de la mère*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, Arthur Rousseau, 1902, p. 57.

plus obstacle à l'exercice par la mère de l'autorité paternelle, la mère exerce cette autorité avec la plénitude des pouvoirs qui sont donnés au père, à moins toutefois de trouver un texte formel qui en dispose autrement. Or, afin de ne pas effectuer de répétition dans la seconde partie, ne seront envisager ici que les situations où le père est apte à exercer cette puissance, excluant la mère de certains droits de puissance. La seconde partie quant à elle fera ressortir les cas où le père ne peut plus exercer ces droits et que la mère reprend la plénitude de l'exercice de la puissance paternelle.

A. L'exclusion de la mère en matière de droit de garde, d'éducation et de droit de correction

L'attribution exclusive au père de la puissance paternelle n'est relative qu'aux droits de garde, de correction, d'administration et d'usufruit. Pour autant, force est de constater que cette puissance comprend d'autres attribut qui se retrouvent dans divers titres du Code et relativement auxquels la loi, reconnait à la femme une situation égale à celle du mari, tel est pour la mère le droit de consentir à l'adoption et d'être consultée pour le mariage de ses enfants[225] où encore des droits que la mère pourra exercer de manière directe, à défaut d'exercice de la puissance paternelle par le père.

Ces divers attributs de la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartiennent au père et à la mère collectivement. Toutefois pendant le mariage l'exercice en appartient exclusivement au père d'après l'article 373. La loi a souhaité trancher d'avance toutes les difficultés et prévenir tous les conflits en donnant d'une manière générale la prépondérance au mari. Ainsi, « pendant le mariage, le père a seul la garde de l'enfant : détermination de l'hygiène à suivre, des études littéraires, artistiques, scientifiques, professionnelles, philosophiques, religieuses ; proportion

[225] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.*, p. 122.

des travaux et des récréations, tout tombe sous le domaine de cette puissance ; seul il ordonne ou requiert l'incarcération de l'enfant quand la discipline domestique lui serait impuissante à faire plier une nature rebelle et seul il a l'administration de ses biens et la jouissance de ses revenus ; aucune part n'est attribuée à la mère ni dans l'exercice ni dans l'émolument du pouvoir paternel »[226].

Par conséquent, lorsque le père est apte à exercer la puissance paternelle et que la mère est mariée à ce dernier ne pourra pas exercer le droit de garde et le droit de correction. Elle ne pourra aussi exercer ces droits seulement à défaut du père. Il est donc de ces droits que la mère ne peut jamais exercer lorsque le père est présent et apte à jouer son rôle. En effet, le droit de garde et le droit de correction sont indispensables pour mener à bien la tâche d'éducation, que le législateur a imposée aux parents. Ce sont en quelque sorte les conditions d'exercice du devoir d'éducation

---

[226] Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, t. 5, Paris, Delamotte et fils, p. 402 : « Rodière et Pont enseignent que ce n'est pas au mari seul qu'il appartient de déterminer et de diriger la religion l'instruction morale et religieuse des enfants, mais bien au mari et à la femme simultanément. Ils fondent cette idée sur l'article 203qui impose aux deux époux l'obligation d'élever les enfants, et faisant remarquer que, si le devoir est commun, le droit corrélatif doit aussi, ils en concluent que la mère partage ainsi l'autorité avec le père d ou la conséquence que, dès qu'il y a dissentiment à cet égard entre les époux, il y a lieu de recourir aux tribunaux pour déterminer le *quid meliùs*. Duranton et Zacharie enseignent quant à eux que la convention, assez fréquente de la part d'époux de religion différente, d'élever les filles dans la religion de la mère et les fils dans la religion du père, est dénuée de toute efficacité civile. Mais en refusant ainsi toute espèce d'effet aux conventions des parties sur les deux points dont il s'agit, comment ces deux points doivent il se décider au fond ? Faut-il sous cette réserve et pour le surplus, admettre à cet égard la doctrine de Rodière et Pont ? C'est, selon Marcadé une erreur puisque s'il est très vrai que l'autorité sur les enfants appartient simultanément aux deux époux qui, dans le désir de la loi civile comme dans le vœu de la loi divine, ne doivent faire qu'un seul esprit comme ils ne font qu'une seule chair, et qu'ils devraient ainsi marcher toujours d'un commun et parfait accord. Mais comme cet accord parfait ne saurait toujours exister, il a bien fallu prévoir le cas de dissentiment, et, pour cela conférer à un seul des deux parents l'exercice exclusif de l'autorité, telle est en effet la théorie du Code, théorie manifestée à chaque pas dans la loi en vertu de l'article 373. C'est donc au père en cas de dissidence entre les époux qu'il appartient de diriger l'éducation et l'instruction des enfants, sous le rapport de la religion à embrasser comme sous tout autre rapport. Sans dote l'abus n'est pas plus permis ici qu'ailleurs et si le père sous le nom de la religion voulait inculquer à ses enfants des doctrines que la saine morale condamne, la mère pourrait réclamer devant les tribunaux. ».

et il est donc nécessaire qu'ils aient le même titulaire. Par conséquent la mère ne peut avoir l'exercice qu'à défaut du père, lorsque celui-ci se trouve dans l'impossibilité morale ou physique d'exercer son autorité.

Ainsi, l'exercice de la puissance paternelle de la mère à défaut du père sera étudié au sein du titre premier de la seconde partie faisant ressortir le fait que la mère ne peut exercer la puissance paternelle concurremment avec le père, que dans des occasions graves où il s'agit pour l'enfant, mineur ou arrivé à sa majorité, de prendre une décision dont les conséquences vont influer sur sa destinée tout entière.

Quant à l'éducation proprement dite, nous avons déjà observé combien l'influence maternelle est prépondérante, ayant son principe en dehors de la loi. Pour autant, la législation n'a pas reconnu que ce droit appartient de concert aux parents, ce dernier craignant qu'un véritable esprit de contradiction ne succède au sein du ménage à l'union des premiers jours.

Marcel Rouge de Chalonge se demande alors « A quel résultat est-on conduit par cette force d'inertie ? Ou bien à la négation de toute direction, c'est-à-dire un déni de justice pour l'enfant, qui a droit et besoin de recevoir une impulsion active : ou bien à la guerre civile perpétuée au foyer de famille par l'opiniâtreté de chacun des conjoints : ou bien à la désintégration par le tribunal de celui des époux auquel appartiendra la suprématie »[227].

[227] Marcel Rouge de Chalonge*, De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op.cit.*, p. 123.

Le droit de garde et de surveillance de l'enfant

Le droit de garde comporte le droit de fixer la résidence de l'enfant de conclure pour lui les contrats de tutelle officieuse d'apprentissage, de louage de services, de l'autoriser à contracter un engagement décennal dans l'instruction publique. D'une façon plus générale, il comprend la faculté de déterminer les personnes auxquelles le mineur pourra être confié, sinon de le retenir à la maison paternelle[228].

Comme le souligne Henry Taudière : « Aux droits de garde et d'éducation, on a voulu rattacher la règle de l'article 108, du Code civil fixant le domicile du mineur non émancipé « chez ses père et mère ou tuteur ». C'est chez lui que celui-ci a son domicile légal, qu'il ne saurait quitter sans autorisation sous peine de s'y voir ramener par la force publique »[229]. Enfin, alors que l'article 372 ne règle que la durée de l'autorité à laquelle est soumis l'enfant en laissant aux mœurs, aux usages, le soin d'en tirer les conséquences, l'article 374 quant à lui définit et règle cette autorité : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle, sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus ». A travers la rédaction de cet article, ma mère n'a en principe aucun droit de contrôle sur les décisions paternelles ; en matière de droit de garde et ne peut efficacement s'opposer à ses décisions.

La loi a cependant posé deux exceptions formelles au droit de garde des père et mère. L'article 476 déclare émancipés de plein droit, tous les mineurs qui ont contracté mariage. Il a été supposé que, si les parents jugeaient leur enfant apte de fonder et de diriger une nouvelle famille, ceux-ci, devaient être considérés comme également aptes à se diriger eux-mêmes, et à accomplir les actes de la vie civile.

[228] Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle*, op. cit., p. 82.
[229] *Ibid.*, p. 83.

L'article 374 permet également au mineur de quitter la maison paternelle pour enrôlement volontaire dès lors qu'il va défendre la patrie[230].

Le droit de correction

Comme l'analyse Gabriel Baudry-Lacantinerie, « Le droit de correction est considéré comme le complément et la sanction du droit de garde et d'éducation dans l'esprit du législateur de 1804 » [231]. Ce moyen de correction est réservé pour les cas d'une extrême gravité : « Le père qui aura des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de corrections suivants » dit l'article 375.

Ce texte semble supposer que le droit de correction ne peut être exercé que par le père ; mais, ainsi qu'on le verra, l'exercice en appartient quelquefois à la mère. En effet, le droit de faire détenir l'enfant est accordé aux père et mère légitimes, mais si le père vit, c'est lui qui est investi du droit. Ce droit il peut l'exercer de deux façons bien distinctes : par voie d'autorité prévue à l'article 376 ou par voie de réquisition en vertu de l'article 377.

En revanche, les insuffisances et les lacunes du Code se sont vite fait ressentir à l'égard de ce système puisqu'il a été essentiellement reproché au Code de n'avoir pas réellement proclamé le droit de correction comme étant le corollaire du droit de

---

[230] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil, des personnes op. cit.,*p. 149 : « L'âge auquel l'enfant devient maître de son sort au point de vue de l'enrôlement volontaire a été modifié de dix-huit ans il a été porté à vingt ans par l'article 32 de la loi du 21 mars 1832, dont la disposition a été reproduite successivement par la loi du 27 juillet 1872, par la loi du 15 juillet 1889 et par la loi du 21 mars 1905 sur *le recrutement de l'armée ».*

[231] *Ibid.,* p. 151 : « Par droit de correction, la loi n'entend point parler de ces punitions légères que les père et mère peuvent infliger à leurs enfants, en vertu de leur autorité domestique et dans l'intérieur de la maison. Sur ce point, elle s'en remet aux usages et à l'affection des parents. Le droit de correction dont il est question à notre titre est tout autre chose que le droit de punition domestique. Sous ce nom, le législateur attribue au père et à la mère à défaut du père un droit extrêmement rigoureux, qui consiste à faire emprisonner l'enfant ou plutôt, car il ne s'agit pas d'un véritable emprisonnement, à le faire enfermer hors de la maison paternelle. ».

garde et d'avoir laissé de ce fait dans l'ombre une série de questions, à l'inverse des propos avancés par Baudry-Lacantinerie.

On peut alors se demander si on doit accorder le droit de correction quand le père est fou, absent ou encore interdit ? Certains auteurs pensent qu'à défaut du père l'exercice du droit de correction peut être attribué à la mère, mais rien, en 1804 ne saurait appuyer légalement cette pensée. Afin d'éviter toutes répétitions, ces situations seront développées dans la seconde partie consacrée à l'exercice de la puissance paternelle.

La guerre mondiale et les profondes perturbations de tous ordres vont finalement avoir pour résultat d'entrainer l'État à intervenir de plus en plus activement dans les affaires privées et cette tendance s'est encore accentuée à la suite de la crise économique.

À cet égard, Jacques Bourquin fait remarquer dans son article consacré à la génèse de l'ordonnance du 23 décembre 1958 sur l'enfance en danger « qu'on sait combien pendant la guerre et l'après-guerre, le gouvernement de Vichy et les gouvernements qui suivent la Libération attachent une grande importance à l'enfance, à la jeunesse. Une enfance qu'il faut protéger, une jeunesse qu'il faut guider, encadrer, une jeunesse qui avait traversé toutes les vicissitudes de la guerre et sur laquelle allait s'appuyer le pays pour sa reconstruction »[232].

Le gouvernement de Pierre Laval[233] va promouvoir le décret-loi du 30 octobre 1935 qui va mettre fin à l'emprisonnement des enfants à travers la correction paternelle[234]. Le même jour un autre décret va modifier l'article 2 de la loi de juillet 1889 en instaurant des « mesures de surveillance ou d'assistance éducative à l'égard des enfants, dont la santé, la sécurité, la moralité sont

[232] Jacques Bourquin, « Génèse de l'ordonnance du 23 décembre 1958 et l'enfance en danger », *Revue de l'enfance irrégulière*, Hors sérié , 2007, p. 151.
[233] Pierre Laval, chef du gouvernement de Vichy.
[234] Décret portant modification des articles 376 et suivants du Code civil (placement des enfants), *JO*, Lois et décrets, 31 octobre 1935, p. 11.467.

insuffisamment sauvegardées par les parents.[235] Enfin, un troisième décret va dépénaliser le vagabondage des mineurs.[236]

Cependant, force est de constater que dix ans plus tard, ces établissements n'existaient toujours pas. A cet égard, Françoise Liévois, dans sa thèse sur l'enfance délinquante soutenue en mai 1944, évoque la position de l'Assistance publique « très hostile à recevoir ce type de mineurs, elle ne voulait pas confondre les orphelins, les enfants malheureux et abandonnés avec les vagabonds et les prostitués déjà pervertis » ; « La réponse éducative de principe apportée par le décret-loi de 1935 s'avère catastrophique », poursuit Françoise Liévois. « Il n'existe aucun établissement habilité susceptible d'accueillir des mineurs vagabonds et l'Assistance publique n'en veut pas »[237].

Il faudra alors attendre la période de Vichy et plus particulièrement l'année 1942 pour que le problème de l'enfance « irrégulière », dans laquelle s'inclut l'enfance en danger, devienne une préoccupation majeure « dans une optique d'encadrement et de moralisation de la jeunesse »[238].

Il faudra donc attendre l'ordonnance sur la correction paternelle, en date du 1er septembre 1945, pour que la mère soit placée sur le même pied d'égalité que le père au sein de l'article 375 du Code civil : « Le père, la mère ou la personne investie du droit de garde d'un mineur de vingt et un ans, peut, quand celui-ci lui donne des sujets de mécontentement très graves, adresser une requête au

---

[235] Décret portant modification de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889 (assistance éducative), *JO*, Lois et décrets, 31 octobre 1935.

[236] Décret relatif à la protection de l'enfance et abrogeant les dispositions de l'article 270 alinéa 2 et de l'article 271 alinéa 2, 3 et 4 du Code pénal relatif au vagabondage des mineurs de 18 ans, *JO*, Lois et décrets, 31 octobre 1935, p. 11.465 : « Ce décret qui reprenait le texte d'une proposition de loi de Louis Rollin, devenu en 1935 ministre des Colonies, est parfois appelé décret Rollin » ; « Ce dernier prévoyait même des établissements spécialement habilités pour recevoir les mineurs, au même titre que l'Assistance publique. Les enfants vagabonds étaient ainsi assimilés aux orphelins et aux enfants moralement abandonnés. »

[237] Françoise Liévois, *La délinquance juvénile. Cure et Prophylaxie*, Paris, PUF, 1946, p. 29.

[238] Jacques Bourquin, « Genèse de l'ordonnance du 23 décembre 1958 sur l'enfance en danger », in *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, Hors-série, 2007, p. 151.

président du tribunal pour enfants du lieu du domicile du mineur pour demander qu'il soit pris à l'égard de ce dernier une mesure de correction paternelle »[239]. Dès lors, à travers cette ordonnance, la mère de famille pouvait présenter une requête au même titre que le père et sur un pieds d'égalité à lui[240].

B. Les répercussions de l'article 373 à l'égard de la responsabilité de la mère sur ses enfants

Le Code civil de 1804 va reconnaitre la responsabilité du fait d'autrui et donc la responsabilité des père et mère. L'article 1384 alinéa 2 énonce que : « Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

Dans l'ancien droit, c'est généralement la responsabilité du père, maître du ménage, qui est engagée, mais les auteurs associent pratiquement toujours le père et la mère dans leur raisonnement comme le précise le Professeur Virginie Lemonnier-Lesage[241]. Dans le Code civil, la mère y est assimilée également, mais ne sera tenue pour responsable qu'après la mort du père.

---

[239] L'article sera ensuite modifié par l'Ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger. : « Les mineurs de vingt et un ans dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises peuvent faire l'objet de mesures d'assistance éducative dans les conditions prévues aux articles 375-1 à 382 ci-après » puis par l'ordonnance n° 60-1245 du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme. Les mineurs de vingt et un ans dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises peuvent faire l'objet de mesures d'assistance éducative dans les conditions prévues aux articles 375-1 à 382 ci-après. Ces mesures seront obligatoirement prises lorsqu'il s'agit de mineurs de l'un ou l'autre sexe se livrant à la prostitution ».

[240] Hélène Campinchi, « L'ordonnance du 1er septembre 1945 sur la correction paternelle », in *Pour l'enfance coupable*, n°63, mars-avril 1946.

[241] Virginie Lemonnier-Lesage, « La responsabilité des père et mère du fait de l'enfant dans l'ancien droit » : *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, p. 149.

L'argumentation de l'autorité paternelle fondement de la responsabilité des pères se retrouve chez Tarrible qui présente le projet de Code civil devant le corps législatif : « les premiers (père et mère) sont investis d'une autorité suffisante pour contenir les subordonnés dans les limites du devoir et du respect dû aux propriétés d'autrui. Si les subordonnés les franchissent, ces écarts sont attribués avec raison au relâchement de la discipline domestique qui est dans la main du père, de la mère. Ce relâchement est une faute : il forme une cause de dommage indirecte, mais suffisante pour faire retomber sur eux la charge de la réparation[242] ».

Dans l'exposé des motifs fait devant le même corps législatif, Treilhard affirme également que : « cette obligation se rattache à la puissance, à l'autorité que la loi accorde aux parents sur leurs enfants en minorité, aux devoirs qu'elle leur impose pour la perfection de leur éducation, à la nécessité où ils ont de surveiller leur conduite »[243].

Pour le conseiller Réal, la puissance paternelle donne au père et à la mère « la surveillance de la personne » ; « cette puissance, dans les mains des auteurs de nos jours, est un moyen de défense et de direction »[244] et cette surveillance est véritablement envisagée comme un droit. De ce droit découle ainsi une sanction : « C'est parce que les pères et mères ont le devoir d'éduquer leurs enfants et de les corriger pour les maintenir sur le chemin de la vertu qu'ils pourraient être sanctionnés pour avoir failli dans cette éducation »[245].

Toutefois, la mère ne peut être tenue pour responsable en vertu de l'article 373 et de l'article 1384 alinéa 2 qui, de par leur rédaction, laisse peser cette responsabilité sur le père de famille uniquement. En effet, la responsabilité de la

---

[242] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 488.
[243] *Ibid*, p. 475.
[244] Merlin, *Répertoire et raisonné de jurisprudence*, t. IV, v°Education, §1, p. 525.
[245] Virginie Lemonnier-Lesage, « La responsabilité des père et mère du fait de l'enfant dans l'ancien droit » in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I, op. cit.* p. 162.

mère du fait de ses enfants ne pourra être engagée qu'après la mort du père, dès lors que ce dernier a l'exercice de la puissance paternelle pendant le mariage.

En effet, la responsabilité étant la conséquence de l'exercice d'un pouvoir, la mère, lorsqu'elle n'était encore que remplaçante, ne voyait pas sa responsabilité engagée que dans des cas exceptionnels où le père ne pouvait affirmer son autorité : décès, impossibilité de l'article 373 et dès que la garde était accordée après dissolution du mariage[246]. Par conséquent, comme le souligne Marie-France Callu :

« La position de la mère se veut être assez avantageuse. Alors qu'elle joue déjà un rôle capital et quotidien dans l'éducation et la surveillance de ses enfants, elle n'est cependant pas tenue personnellement en cas d'accident provoqué par eux, sauf en cas de faute personnelle prouvée par la victime sur la base de l'article 1382 du Code civil. Sa propre action étant couverte par la responsabilité de son mari et ce peu importe que le père soit absent au moment de l'accident et n'ait donc pu l'empêcher[247]. En exerçant la puissance paternelle à sa place, la mère n'exonère pas le père, elle ne fait que le remplacer matériellement »[248].

Cette exclusion de la mère quant à certains droits sur la personne s'étend également sur les biens de ces derniers quant à l'administration légale et l'usufruit.

[246] Rapport Tisserand, p. 66.
[247] Marie-France Callu*, Le nouveau droit de la femme*, op.cit., p. 208.
[248] Cass. Civ. 20. 12. 1960, *D.* 1961, 141, note P. Esmein.

C. L'exclusion de la mère quant à l'administration légale et à l'usufruit des biens de ses enfants

Si les attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne de l'enfant sont communs aux deux époux, en telle sorte que l'exercice cessant dans la personne du père commence aussitôt dans celle de la mère, il en est autrement en ce qui touche l'attribution des droits relatifs aux biens. Ces droits, surtout l'usufruit légal, sont en quelque sorte étrangers à la puissance paternelle proprement dite, envisagée exclusivement comme pouvoir de protection.

Aussi ne sont-ils conférés que par un texte formel, qui se trouve d'ailleurs en dehors du titre de la puissance paternelle et voici en quels termes restrictifs disposent les articles 384 et 389[249] : « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. » ; « Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. »

Force est de constater que le double droit d'administration et de jouissance appartient au père en vertu d'une attribution directe et personnelle et qu'un droit semblable ne prend naissance au profit de la mère, qu'en vertu d'une disposition spéciale de la loi[250], lorsque le père n'est plus en mesure de remplir ces fonctions, ce qui sera étudié dans la seconde partie[251].

Cette solution se justifie par le fait qu'en aucun cas la mère n'est autorisée par la loi à gérer les biens de ses enfants mineurs et à les représenter dans les actes puisque pendant le mariage, le père seul reçoit cette qualité. Quoi qu'il en soit, la mère ne se voit confier les intérêts pécuniaires de ses enfants que moyennant toutes

---

[249] Jules Dedebat, *De la puissance paternelle en droit romain et en droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1868, p. 138.
[250] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.,* p. 139.
[251] *Ibid*, p. 140.

les garanties exigées en matière de tutelle. De même, pour la jouissance légale, l'article 384 est aussi formel que possible, et c'est uniquement à la mère survivante que l'usufruit peut appartenir[252]. Ainsi, dans tous les cas où le droit de jouissance cesse d'appartenir au père avant le terme légal, il prend fin au profit de l'enfant seul, à qui l'administrateur de ses biens devra compte désormais de l'intégralité de ses revenus. Il en est ainsi dans plusieurs hypothèses : « si le père est déclaré déchu pour abus de jouissance en vertu de l'article 618, si l'usufruit lui est dénié sur les biens d'une succession dévolue à ses enfants, et dont lui-même a été écarté comme indigne, de même, sur le bien légué à ses enfants sous la condition qu'il n'en jouira pas d'après l'article 387 et enfin s'il a renoncé au droit de jouissance ouvert à son profit »[253]. Dans tous les cas, l'usufruit éteint dans la personne du père se réunit à la propriété au profit des enfants, pour renaître s'il y a lieu, lors de la dissolution du mariage, au profit de la mère survivante[254].

Par la suite, la loi du 8 avril 1910 fixera pour la première fois les règles applicables à l'administration des biens des enfants mineurs qui ont encore leur père et leur mère[255].

De plus, les rédacteurs du Code ne trouvaient aucune indication dans les auteurs dont ils faisaient leurs guides habituels. Pothier ne dit rien de cette administration ; parlant de la puissance paternelle, dans son *Traité des personnes et des choses*[256], il ne s'occupe que des droits qu'elle donne sur la personne de l'enfant

---

[252] Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, op. cit.* p.39.
[253]Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, op.cit.,* p.130.
[254] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.*, p. 141 : Ces propos seront développés dans la seconde partie.
[255]Henri Capitant, *La Loi du 8 avril 1910 complétant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père,* Paris, Larose et Tenin, p. 30 : « les rédacteurs du Code civil n'avaient pas donné grande attention à cette question ; elle leur paraissait sans doute offrir peu d'intérêt, car il est rare qu'un enfant acquière des valeurs avant le décès de l'un de ses parents. Le projet de l'an VIII ne l'avait même pas prévue. C'est la seconde législation du Tribunat qui proposa d'y consacrer un article. Il faut, disait-elle, donner l'administration au père et le soumettre aux mêmes obligations que le tuteur sans toutefois le placer sous la surveillance d'u leurs guides habituels ».
[256] 1ère partie, titre 6, sect. 2, édit. Bugnet, t. IX, p. 50.

et de la garde noble et bourgeoise, institution d'ordre exceptionnel, qui dit-il, donne au survivant des deux conjoints le droit de percevoir le revenu des biens que ses enfants mineurs ont eu de la succession du prédécédé, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge[257]. Puis il passe à la tutelle qui s'ouvre au décès de l'un des père et mère et quand il n'y a pas lieu à la garde. Domat de son côté, se contente de déclarer que le père a l'administration légale des biens de ses enfants et qu'il est à cet égard de tuteur légitime[258].

À cet égard, le silence du Code civil ne tarda pas à susciter des difficultés et la jurisprudence s'est retrouvée fort embarrassée pour les trancher. Un seul point paraissait certain, c'est que les rédacteurs n'avaient pas voulu appliquer au père les dispositions du titre « *De la tutelle* », et les tribunaux l'ont assez vite admis d'une façon unanime. Ces solutions et divergences, fort préjudiciables aux intérêts du mineur, rendaient nécessaire une intervention législative. Elle fut promise dès 1880, mais elle a mis trente ans à se produire. À travers la loi du 8 avril 1910 aucune nouveauté particulière à déclarer pour la mère de famille en matière d'exercice de l'administration légale puisque pendant le mariage et tant que dure la vie commune, l'administration appartient au père, mais elle passe à la mère lorsque celui-ci est hors d'état de l'exercer ou qu'elle lui a été retirée parle tribunal. La loi apporte cependant une nouvelle limitation à la puissance paternelle, en autorisant la justice à prononcer la déchéance de l'administration légale contre les parents.

Mais ceci n'est pas à proprement parler une innovation. Le contrôle de la justice a toujours été dans la tradition de nos pays de coutume et la jurisprudence a reconnu par maintes décisions que les juges avaient le droit, en cas de mauvaise

---

[257] Robert-Joseph Pothier, *Œuvres de Pothier : annotées et mise en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle. Traités du contrat de mariage*, Paris, Videcoq Père et fils, 1846, p. 530.
[258] *Les lois civiles*, livre 2, titre 1, des Tuteurs, sect. 1, §10.

administration des biens et pour prévenir leur dissipation, d'enlever la gestion au père ou à la mère, qu'ils aient ou non l'usufruit, et de la confier à un tiers[259].

Par la suite, la loi du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation va refondre les chapitres II et III du titre X du livre premier du Code, articles 389 à 487. L'une des principales innovations de la loi consiste dans l'extension du régime de l'administration légale aux dépens de celui de la tutelle. Alors que jusqu'ici la tutelle s'ouvrait pour les enfants mineurs légitimes, lors du décès de l'un des époux, l'article 389 l'ouvre désormais « lorsque le père et la mère sont tous les deux décédés ou se trouvent dans l'un des cas prévus à l'article 373 ». La tutelle ne s'ouvre plus qu' au décès du dernier mourant des père et mère , le survivant demeurant administrateur légal[260]. Cette extension du régime de l'administration légale a conduit le législateur à refondre totalement le fonctionnement de ce régime, ce qui sera développé dans la seconde partie.

[259] Cons. Paris, 29 août 1825., Cass., 16 déc. 1829., Sir. Chron. ; Cass. 19 avril. 1843, S. 43.1. 385 ; Trib. Civ. Du Puy, 10 déc. 1869, D. P. 70.
[260] Léon Page et André Raison, *Le nouveau statut des mineurs après la loi du 14 décembre 1964*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, p. 1.

Section 2. La substitution de l'autorité parentale à l'ancienne notion de puissance paternelle de la mère

« Les désignations commandent les mœurs parce que les appellations suscitent le réel. »

Frédérique Granet[261].

Sous l'impulsion de la jurisprudence, des mœurs et du législateur, la puissance paternelle va subir une nette évolution. Les lois nouvelles consacrent un adoucissement continu de l'autorité paternelle qui ne mérite plus d'être qualifiée de puissance. Peu à peu, l'ancien Code civil de 1804 est l'objet de rénovations et c'est à travers la loi du 4 juin 1970 que la notion de puissance paternelle va être abolie au profit de la notion d'autorité parentale.

Plus d'un siècle et demi sera nécessaire pour qu'une réelle mutation du droit de la famille vienne bouleverser les relations entre la femme et son mari, le père, la mère et ses enfants. Il est certain que la loi du 4 juin 1970, qui met en place la réforme de l'autorité parentale, innove dans de nombreux domaines, mais parachève un mouvement entrepris entre le XIX^{e} et le XX^{e} afin d'octroyer toujours plus de droits à la mère de famille.

A travers le changement de vocabulaire, l'ancienne puissance paternelle se pare désormais de mots nouveaux au profit de l'autorité parentale afin d'asseoir une égalité entre les père et mère, mais également pour modifier leur rôle éducatif[262].

Sous l'impulsion du Garde des Sceaux Jean Foyer, l'élaboration de la loi du 4 juin 1970 va modifier le titre IX du livre 1er du Code qui s'intitule désormais « *De*

[261] Tiré de Marcel Granet, *La pensée chinoise*, Paris, Albin-Michel, réed.1974, p. 365.
[262] François Terré et Dominique Fenouillet, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996, n° 1015 : « Ils font place ainsi à une « autorité complexe de droits et de devoirs ».

l'autorité parentale » **(§1)**. Sa date d'entrée en vigueur est fixée au 1er janvier 1971 et ses dispositions sont, sauf exception, d'application immédiate.

Désormais, les parents n'exercent plus une domination, le droit jusque-là discrétionnaire est transformé en une fonction faite de droits, de devoirs et de responsabilités, destinée à satisfaire non l'intérêt personnel ou familial de ses titulaires, mais celui de son destinataire pour le présent comme pour l'avenir **(§2)**.

§1. Les débats animés autour de l'élaboration de la loi du 4 juin 1970

Si l'effacement des règles traditionnelles et l'adaptation progressive du droit familial à des structures sociales plus égalitaires attribuent aujourd'hui à la « cellule familiale une configuration juridique nouvelle »[263], celle-ci met des années à pénétrer les esprits. Les idées nouvelles cheminent longtemps dans les esprits avant de transparaitre dans la législation. Ce sont des théoriciens du droit naturel moderne qui forgent les premiers concepts « d'autorité conjugale » et « d'autorité parentale », lesquels mettent près de deux siècles à entrer dans les législations civiles européennes[264].

On ne peut alors manquer de rapprocher le nouveau texte de la loi du 4 juin 1970 de ceux qui l'ont précédé puisque la loi nouvelle s'insère dans l'effort d'adaptation entrepris depuis quelques années par le Professeur et Garde des Sceaux Jean Foyer et poursuivi par son successeur, Louis Joxe. En effet, la loi du 4 juin 1970 constitue, comme l'a souligné le rapporteur de la Commission des lois à l'Assemblée nationale « le troisième volet d'un triptyque dont l'ensemble tend à consacrer l'égalité de l'homme et de la femme »[265].

---

[263]François Rigaux, *Les personnes*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 124 et suiv.
[264]Alfred Dufour d'Astafort, *Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne*, Archives de philosophie du droit, t. 20, Paris, Sirey, 1975, p. 90.
[265] Revue de droit, Volume 5, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1974, p. 178.

Le premier volet se retrouve dans la législation de 1945 qui sera reproduite par de nombreux textes constitutionnels et insérée dans l'article 2 du Code électoral. A travers cette évolution va naître une égalité politique de l'homme et de la femme en assimilant, sur ce point, les personnes des deux sexes pour leur conférer des droits d'électorat et d'éligibilité identiques.

Par la suite, c'est en 1952 que la Commission de réforme du Code civil propose d'instaurer l'égalité entre les époux dans l'exercice de la puissance paternelle. Mais ce projet sera critiqué par de nombreux juristes pour finalement ne pas aboutir. Par ailleurs, quand la Chancellerie relance en 1967 le processus de réforme de la puissance paternelle, le texte gouvernemental se heurte à un avis négatif du Conseil d'État[266]. Ainsi, « la remise en cause des formes traditionnelles d'autorité par le mouvement de mai 1968 et la prise de conscience de l'inadaptation croissante de la législation aux mœurs eurent raison, après l'élection du président Pompidou, des résistances qui s'étaient signalées en haut lieu contre le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale »[267]. Le deuxième volet se place vingt ans après le premier, dans la loi de 1965 qui, refondant les régimes matrimoniaux, tend à rétablir une égalité entre les époux dans la gestion des biens de leur ménage. Enfin, le troisième volet, sans lequel il n'y aurait aucune harmonie, est constitué par la loi du 4 juin 1970 qui consacre l'égalité presque complète des époux[268] .

Cela étant, pour mieux appréhender les raisons qui conduisent à l'adoption de la loi de 1970, il est nécessaire de replacer cette loi dans le contexte politique et social auquel elle appartient comme le précise Raymon Legeais « les forces créatrices sont diverses, notamment les associations féministes ainsi que les partis de gauche, qui réclament depuis fort longtemps déjà, une égalité parfaite de

[266] Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, p. 310.
[267] *Ibid.,* p. 312.
[268] Claude Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *Dalloz,* 1971, Chronique. p.1.

l'homme et de la femme dans leur propre rapport, mais également dans leur rapport à leurs enfants, agissent comme de véritables groupes de pression et sont à l'origine de plusieurs propositions de loi. Celles-ci attachent peu à peu, à la réforme de la puissance paternelle, l'attention des politiques »[269]. Ce cheminent sera long puisque plusieurs années seront nécessaires avant l'adoption d'un texte définitif dont le garde des Sceaux Jean Foyer décidera que la réforme envisagée comprendra trois phases, une phase scientifique **(A),** une gouvernementale **(B)** et enfin une parlementaire **(C)** qui seront détaillées au sein de l'ouvrage de Raymond Legeais *L'autorité parentale, étude de la loi du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*[270].

[269] Raymond Legeais, *L'autorité parentale*, Paris, Répertoire Défrenois, 1973, n°145.

A. La phase scientifique de l'élaboration de la loi

La conception et la rédaction de la loi du 4 juin 1970 ont été confiées au Doyen Jean Carbonnier[271], lequel usant d'un néologisme, au risque de provoquer de l'émotion au Conseil d'État, substitue la notion « d'autorité parentale » à celle de « puissance paternelle»[272]. Raymond Legeais[273] révèle d'ailleurs qu' « on retrouve ainsi dans l'élaboration du texte les méthodes de Carbonnier à travers des attentions multiples aux données historiques, doctrinales, comparatives, sociologiques, philosophie égalitaire, tolérante, à la recherche des conditions sociales d'une liberté personnelle préservée, mais aussi contrainte »[274]. Il ajoute également qu' « Au sein même de l'exposé des motifs présenté au nom du Premier ministre par le Garde des Sceaux, René Pleven, on laisse entrevoir assez clairement dans quelles sources le maître d'œuvre de la loi a su puiser »[275].

Des textes élaborés par la Commission de réforme du Code civil sont repris, tout comme les droits étrangers qui se sont avérés être une véritable source d'inspiration dans cette transformation du droit familial[276]. La loi allemande a fait

[271] François Terré, « A propos de l'autorité parentale » : *Réformes du droit de la famille, archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1975, t.20, p. 45.
[272] Raymon Legeais, *L'autorité parentale*, op.cit., p. 24 : « Lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 4 juin 1970, le garde des Sceaux, René Pleven, et Jean Foyer, Président de la Commission des lois, ancien Garde des Sceaux, ont rendu hommage au doyen Carbonnier, en évoquant ses droits de paternité légitime. (V. l'intervention de R. Pleven, *J.O.*, Deb. Parl. Ass. Nat., 1970, p. 849) ou de propriété littéraire (V. l'intervention de. J. Foyer, *J.O.*, Déb. Parl. Ass. Nat., 1970, p. 860) à l'égard de la loi. »
[273] Raymond Legeais, *L'autorité parentale*, *op. cit.* p. 24.
[274] Ces méthodes et cette philosophie, sans être jamais dogmatiquement formulées, sont exprimées cependant, assez nettement peut-on penser dans les volumes des Thémis de Droit civil et de manière plus systématique, dans l'ouvrage publié par le doyen Carbonnier, Flexible droit.
[275] Raymond Legeais, *L'autorité parentale*, *op. cit.* p. 24.
[276] Annexe I, du document n°1032, mis à la disposition des membres de l'Assemblée nationale, (p.50) les *Éléments de droit comparé relatifs à la puissance paternelle dans les pays européens.*

preuve d'une attention particulière de part sa loi du 18 juin 1958 sur l'égalité entre époux, tout comme la loi belge du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse [277].

Enfin, dans la première rédaction, le texte établit une stricte égalité entre le père et la mère et le mari et son épouse. Le changement de mot lui-même est important sur le plan politique, psyhologique et juridique puisque comme le précise une nouvelle fois Raymond Legeais, dans son analyse sur la loi du 4 juin 1970[278] : « pour formuler des règles, il ne faut pas seulement harmoniser les influences, les commandements de la loi impliquent un choix politique et philosophique ».

B. La phase gouvernementale de la loi

Dès sa première rédaction, le projet de loi consacre une stricte égalité en même temps que le plus de liberté possible. À l'instar des solutions déjà préconisées par la Commission de réforme du Code civil le père et la mère reçoivent exactement les mêmes droits et les mêmes obligations dans l'exercice de l'autorité parentale. Le projet du doyen Carbonnier n'est pas immédiatement soumis à la procédure parlementaire puisqu'une phase intermédiaire va lui faire connaitre des retards et différentes retouches [279].

Dans une seconde phase gouvernementale, le Conseil d'État est appelé en 1967 à se prononcer sur le projet et estime nécessaire de rétablir une certaine prééminence du père. Il décide donc qu'en cas de désaccord, son opinion prévaut, sauf recours de la mère devant un tribunal. René Pleven devait résumer ainsi l'avis donné au Gouvernement par la Haute Assemblée : « Finalement, tout en

[277] Exposé des motifs du projet de loi présenté au nom de Jacques Chaban-Delmas, Premier Ministre, par René Pleven, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Document n°858, p. 2.
[278] Raymond Legeais, *L'autorité parentale*, *op. cit.*, p. 25.
[279] Travaux de la Commission de réforme du Code civil, volume des travaux des années 1951-1952.

admettant qu'il était nécessaire d'insister sur l'idée que les époux exercent en commun l'autorité parentale, le Conseil d'État, à l'époque, a estimé préférable de rétablir une certaine prééminence du père en décidant que, en cas de désaccord, son opinion prévaudrait, sauf recours de la mère au Tribunal »[280]. De nombreux ministres se rallient à cette décision au motif que cette solution qui s'apparente comme étant la plus prudente pour voir la réforme de l'autorité parentale approuvée par un nombre aussi élevé que possible d'élus de la Nation[281].

C. La phase parlementaire de la loi

En raison de l'importance des principes mis en évidence par cette loi, les débats sont longs et particulièrement animés et ce, à chaque temps fort de la procédure parlementaire. Par conséquent, l'Assemblée nationale en première lecture consacre à la loi plusieurs jours de débats[282].

Le projet de loi est alors introduit par le rapport du député André Tisserand et sera soutenu par le Garde des Sceaux en exercice, René Pleven, puis par Jean Foyer, alors Président de la Commission des lois, qui avait antérieurement pris l'initiative de la réforme lorsqu'il était lui-même Garde des Sceaux.

Ce projet gouvernemental est tout à fait bien accueilli puisque seul un député, Pierre Mazeaud[283], y marque avec une certaine fermeté une opposition, en demandant le maintien de l'attribution au mari de « la qualité de chef de

[280] V. l'intervention du garde des Sceaux, Pleven, *J.O.,* Déb.parl. Ass. Nat., 1970, p. 851.
[281] Raymond Legeais*, L'autorité parentale*, *op. cit.*, p. 26.
[282] V. le compte rendu intégral au *J.O.*, Déb. Parl., Ass. Nat., n°.8, 9, 10 et 17 avril 1970 : Pierre Mazeaud a insisté sur les raisons d'une direction ferme dans la famille et les risques de mésentente plus fréquente qui résulteraient de la consécration d'une autorité partagée. Les débats furent animés, plusieurs amendements ont été déposés.
[283] Bertrand Pauvert, Droit constitutionnel : théorie générale, V^e^ République, Paris, Studyrama, 2004, p. 426 : « Né en 1929, magistrat, membre du Gouvernement entre 1973 et 1976, député à de nombreuses reprises, il fut président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, il a été nommé au Conseil en 1998. Le 24 février 2004, le président de la République l'a nommé président du Conseil constitutionnel ».

l'association conjugale », en insistant sur les raisons d'une direction ferme dans la famille, et les conséquences inéluctables de mésentente plus fréquente comme le résultat de la consécration de l'autorité partagée [284].

Dans une toute autre direction, la sénatrice Jacqueline Thome-Patenôtre souhaite vivement aller jusqu' au bout de l'égalité et propose que l'administration légale des biens de l'enfant soit confiée aux deux parents, sans privilège pour le père comme dans le projet du gouvernement[285].

Lors de la dernière phase parlementaire, l'avis des deux Commissions est demandé, celui de la Commission des lois et celui des affaires culturelles, familiales et sociales. Le Sénat va à son tour débattre du projet dans sa séance du 13 mai 1970[286] et c'est une nouvelle fois autour de l'article 372 que les débats s'enveniment sur le recours à la justice en cas de désaccord du père et de la mère sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant. « Reprenant la formule suggérée ou tout du moins favorablement commentée par Jean Foyer, les sénateurs souhaitent que la pratique que les parents avaient pu suivre précédemment leur tienne de lieu de règle »[287].

En définitive, les députés vont modifier et compléter l'article 372 pour tenir compte de la volonté des sénateurs et faire jouer, en cas de désaccord des parents, la pratique antérieure des époux[288]. C'est ainsi que, le 20 mai 1970, l'Assemblée nationale adopte de manière définitive, en seconde lecture, l'ensemble du projet en tenant compte de la volonté des sénateurs[289]. Suivra ensuite la promulgation des nouvelles dispositions législatives sur l'autorité parentale opérées par décret du 4

---

[284] V. l'intervention de P. Mazeaud, *J.O.*, Déb. Parlem., Ass.Nat. 1970, pp. 813 et s.
[285] Raymond Legeais, *L'autorité parentale*, *op. cit.,* p. 27.
[286] V. le compte rendu intégral au *J.O.*, Déb.parl., Sénat, n° du 14 mai 1970, pp. 378 et s.
[287] *Ibid.,* p. 27 : *J.O.* Déb. Parl. Sénat, n°du 17 mai 1970, p. 378 et suivantes.
[288] *Ibid.,* p. 28.
[289] Seconde lecture devant l'Assemblée Nationale du 20 mai 1970. J. O. Déb. Parl. Ass. Nat. n°21 mai 1970. P. 1804 et suiv.

juin 1970 et la publication intervient au Journal officiel du 5 juin. Cela étant, l'application effective de la loi est différée jusqu'au 1er janvier 1971.

Ainsi, l'élaboration de la loi de 1970 provoque moins de remous que d'autres modifications du droit de la famille. Toute la réforme de la loi consiste à faire apparaitre « un couple là où il n'y avait qu'un père »[290], à l'image de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux qui l'a déjà fait là où il n'y avait qu'un mari[291].

Mais une fois appliquée, quelle sera la portée effective de cette nouvelle loi à l'origine de la transition moderne de la législation familiale ?

[290] Michelle Gobert, « L'autorité parentale, une législation devenue inadaptée ?» : *Seconds entretiens juridiques de l'Université de Jean Moulin*, Lyon III, 1984, p.41 : « Auparavant, le couple était réduit au père dans ses rapports avec ses enfants, de même qu'il était réduit au mari dans les rapports des époux entre eux et avec les tiers ».

[291] Bonneaudeau, « Le statut de la femme mariée après 1970, relative à l'autorité parentale » : *Revue de la Gendarmerie Nationa*le, n°88, 1975, p. 17.

§2. Les apports de la loi du 4 juin 1970

Avec la loi du 4 juin 1970, le Parlement français enrichit d'un nouvel apport l'œuvre considérable par lui entreprise depuis quelques années à travers la totale refonte de la partie du Code civil consacrée à la famille. A cet égard, Marie-France Callu, dans son ouvrage sur le droit de la femme affirme que « Dans le cadre de la famille légitime, le problème fondamental à résoudre ne se trouve pas dans l'attribution de l'autorité. Sous l'empire de la loi de 1942, la mère est déjà considérée comme titulaire de la puissance paternelle. La difficulté réside plutôt dans la pratique de cette autorité accordée au mari pendant le mariage en sa qualité de chef de famille. C'est pourquoi l'association de la mère à l'exercice de l'autorité parentale vient rendre effectifs des droits qui n'étaient jusque-là que virtuels »[292].

L'accélération du processus réformateur va se manifester dans la remise en cause de certains équilibres réalisés seulement cinq ans plus tôt par la loi de 1965 sur les régimes matrimoniaux. La remise en cause des formes traditionnelles d'autorité par le mouvement de mai 1968 va conduire au remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale **(A)**. Dès lors, la loi du 4 juin 1970 va rayer, en effet, l'expression chef de famille de l'article 213 du Code qui affirme désormais que « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». Le principe nouveau est le terme d'une évolution déjà décrite, dont les étapes les plus

[292] *D.,* 1971, Chron. P. 1, notamment n°25 et suiv : « La puissance paternelle a vécu bien longtemps, il ne s'agit désormais plus de puissance, ni de prérogatives exclusivement concentrées entre les mains du père. Le nouvel écheveau de droits et de devoirs change de coloration et mêle ses effets égalitaires, personnalistes, pragmatiques, dont les différentes implications sont bien précisées au fil des articles et des alinéas. A cet effet, l'un des premiers et des plus importants commentaires de la loi du 4 juin 1970, celui de Claude Colombet, a pu être construit sur une mise en valeur systématique de l'autorité parentale comme fonction ».

marquantes ont été celles de 1938, 1942 et 1965, aboutissant à instituer une égalité plus complète des époux dans la direction de la famille.

La législation de 1970 opère deux mutations essentielles, d'une part, elle transforme la puissance en autorité, et d'autre part, cette autorité n'est plus paternelle, elle est parentale et de toute évidence le passage n'est pas seulement dans les mots, l'autorité est partagée et nuancée[293](**B**). La législation française, forte de cette nouvelle loi, s'éloigne donc peu à peu de ce qui avait été voulu en 1804, même si, force est de constater qu'il y a déjà bien longtemps que la puissance paternelle, malgré le nom qui continuait à être le sien, avait profondément changé de sens. Cet état de choses avait pris fin bien avant la loi de 1970 dans la mesure où la puissance paternelle avait déjà perdu son aspect de pouvoir presque absolu, pour ne plus être considérée que comme un devoir vis-à-vis de l'enfant[294]. Par conséquent en ce qui concerne le contenu et les limites de la puissance paternelle, la réforme de 1970 n'apporte finalement rien de bien nouveau, malgré les premières apparences.

En effet, par beaucoup de ses dispositions, elle se borne à introduire dans le droit codifié des solutions depuis longtemps admises en pratique alors que par d'autres points, elle va rajeunir la lettre des textes antérieurs dont l'esprit demeure intact comme l'illustre Jean Maury dans son étude consacrée à la puissance paternelle et à l'autorité parentale qualifiant ces modifications de « toilette » des dispositions existantes[295]. De ce point de vue, il est évident que le changement du

---

[293] François Terré, "A propos de l'autorité parentale", *op. cit.*, p. 47.

[294] *L'intérêt supérieur de l'enfant : Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, 15 décembre 2017, 172 p : « Après la Seconde Guerre mondiale, beaucoup d'enfants orphelins partout dans le monde avaient besoin de protection, et l'influence de la communauté internationale sur notre vision de l'éducation des enfants s'est régulièrement renforcée. Dans cette évolution, l'ONU a joué un rôle majeur. Avec la Convention internationale des droits de l'enfant est né, en 1989, un cadre juridique normatif de portée mondiale en faveur des droits de l'enfant. Cette convention met en avant les obligations des Ètats à protéger le bien-être etle développement des enfants. »

[295] Jean Maury, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », in *Annales de la faculté de droit*, Paris, Dalloz, 1971, p. 37.

nom de l'institution en des termes mieux appropriés au contenu réel de la chose était nécessaire Ce n'est plus une puissance, c'est une autorité, un changement de mot qui traduit un véritable changement d'esprit[296].

Toutefois, son ajout essentiel se trouve ailleurs, sur le terrain non pas du contenu, mais de l'attribution de l'autorité parentale. Le rôle respectif reconnu au père et à la mère dans l'exercice de cette autorité n'est désormais plus le même dans les textes alors qu'il l'était dans les faits. On a affiné le statut juridique de la mère au sein de la famille légitime où toute suprématie reconnue au père disparait dès lors au profit des époux qui sont mis sur un pied d'égalité.

[296] Jean Maury, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », in *Annales de la faculté de droit*, *op.cit.*, p. 169.

A. Les lendemains législatifs de mai 1968 favorables aux droits de la mère

Si les lendemains de mai 68 sont si favorables à la mère, il faut également constater que si les époux ont désormais à l'égard des enfants la même fonction, les mêmes droits et les mêmes devoirs, c'est que la motivation dans les choix qui conduisent au mariage a changé[297].

Une mutation législative de forme à travers le passage d'une puissance à une autorité

Cette nouvelle conquête en matière de droit de la femme, et de la mère plus particulièrement, est le reflet de l'aboutissement d'une lente évolution. En effet, le législateur français va progressivement tenir compte des enseignements du droit

[297] Rapport n°1032 de Tisserand fait au nom de la Commission des lois n°858 relatif à l'autorité parentale et portant réforme de différentes dispositions du Code civil concernant le droit de la famille, déposé le 2 avril 1970, p. 8. : La situation est finement exposée par le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale : « Il semble bien que les motivations du mariage ne soient plus pour les jeunes époux les mêmes que celles qui présidaient au choix des générations passées ; il y a peu de temps encore, la jeune fille qui choisissait la voie du mariage avait souvent, pour ne pas dire presque toujours, le désir de trouver une protection lui permettant de fonder une communauté et d'éduquer ses enfants. L'accès d'un plus grand nombre de jeunes filles chaque année à la vie professionnelle, l'indépendance donnée à chacun des époux par le revenu tiré d'un travail effectué par le couple doit avoir pour corollaire un choix nouveau qui consiste dans une association dises efforts en vue de la réalisation d'une société familiale où chacun apporte, avec son travail et son affection, la possibilité de contribuer matériellement et moralement aux responsabilités du ménage et des choix importants pour l'éducation des enfants. En résumé, la femme, par son travail et par une connaissance plus étendue des choses de la vie due au moyen d'informations modernes, a acquis l'égalité financière et d'information avec l'homme ; dès lors, il serait illogique et sans doute dangereux de maintenir la notion de protection comme motivation du mariage ; il convient de lui substituer la notion d'association ».

comparé « alors même que la France est l'un des derniers pays d'Europe occidentale à poser ce principe, déjà connu de la plupart de nos voisins »[298].

La France va à son tour introduire cette égalité dans son droit positif. Une évolution en corrélation avec l'évolution des structures familiales françaises, nécessaire pour aligner le droit aux faits. L'analyse des travaux préparatoires, notamment celle de l'exposé des motifs, montre que l'intention particulière du législateur, en modifiant le titre IX du livre I du Code civil, correspond à des motifs qui sont à la fois de fond et de forme.

Quant au fond, le but spécial et principal de la loi reste l'aménagement de l'exercice de l'autorité parentale et de rendre effectif ce qui n'étaient jusqu'alors que des droits virtuels de la mère, et ainsi de mettre sur un pied d'égalité l'homme et la femme. Quant à la forme, il s'agit de mettre fin à une règlementation assez éparse. Il est cependant évident que la modification essentielle qu'impose l'évolution est le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale.

Ce n'est dès lors plus une puissance mais une autorité, le changement de mot traduit un changement d'esprit. En effet, le mot puissance fait inévitablement penser à la *potestas* romaine qui s'apparente à un pouvoir de domination alors que le mot autorité renvoie à l'idée de droits et de devoirs, ce qui « est également dénommé une fonction pour qualifier tout ce qui n'est pas droit pur ou obligation

[298] Jean Maury, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale, loi n°70-459 du 4 juin 1970 », *Annales de la faculté de droit de l'université de Clermont, op. cit.*, p.170 : « À titre d'exemple, en Allemagne fédérale, le Code civil prévoit une légère prééminence paternelle, mais la Cour constitutionnelle ayant déclaré ce texte contraire au principe de l'égalité des sexes, une complète égalité du père et de la mère a été finalement réalisée par la loi du 18 juin 1958 qui a établi l'égalité entre époux et la loi Belge du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse ont retenu son attention. En Italie, le projet de réforme du droit de la famille, présenté en 1967, prévoit également l'élimination de tout ce qui, dans la formulation employée, pourrait faire songer à une quelconque supériorité du mari sur la femme dans la famille ».

pure, destinés à protéger l'intérêt de l'enfant »[299]. On observe là une évolution sociétale qui fait désormais prévaloir l'intérêt de l'enfant sur la défense des droits des pères.

D'autre part, cette autorité n'est plus paternelle, elle est parentale et la prérogative n'appartient plus exclusivement au père, elle sera exercée de concert par les deux parents. C'est là, l'option fondamentale du nouveau texte : « La notion d'autorité a des connotations différentes de celle de la puissance ; sérénité, dignité, fermeté sans violence, intégrité, impartialité, bienfait, bienfaisance et pas seulement force[300] ». Le Rapport Tisserand ajoute d'aileurs qu'il était choquant que « la France, qui inscrivit avant tout autre la notion d'égalité dans ses principes généraux du droit, ne soit pas parmi les premières à établir cette égalité essentielle entre les citoyens de sexe différent[301].

Ainsi, la loi du 4 juin 1970 a permis une meilleure définition de la fonction d'autorité axée sur un but de protection de l'enfant et partagée en droit comme dans les faits par les deux parents. Cette réforme a de ce fait modifié considérablement les droits et les devoirs du père et de la mère à l'égard de l'enfant[302].

Les opposants et détracteurs à la notion d'autorité parentale

Comme toutes nouvelles lois, cette conquête vers l'égalité entre les parents n'est pas exempte de certaines critiques à l'égard même de la philosophie du

[299]Michel Brazier, « L'autorité parentale », *J.C.P.* 1970, 1, 2362, n°37 : Déjà Jean Jacques Rousseau dans *L'Emile* s'était levé contre cette inégalité : « les lois toujours si occupées des biens et si peu des personnes, parce qu'elles ont pour objet la paix et non la vertu, ne donnent pas assez d'autorité aux mères » en 1762.

[300] Gerard Cornu, *Droit de la famille. Droit civil*, *La famille*, t. 2, Paris, Précis Domat, Montchrétien. 1984, n°72, p. 121.

[301] Projet de loi, Doc. *Ass. Nat.*, 1ere session 1969-1970, n°858, Rapport, t, 1, *Ass.nat.* 1ere session, n°1032.Rapport Sénat, 2e session, n°197. Rapport Tisserand, p. 14.

[302] Loi n°70-459 du 4 juin 1970, *J.O* du 5 juin et rectificatif du 21 août 1970.

texte[303]. Toutefois, on va rapidement se rendre compte qu'aucun des arguments présentés par les défenseurs du chef de la famille n'est en définitive déterminant. Les adversaires de la loi présentent, en effet, deux critiques liées l'une à l'autre.

La première s'insurge contre le changement fondamental réalisé au sein de la famille qui découle de la disparition de son chef. « L'émotion n'est pas difficile à susciter, il suffit d'agiter le spectre de l'anarchie introduite dans la famille. Le refrain est connu, la famille doit avoir un chef, car en partageant l'autorité, on multiplie les risques de conflit et ces désaccords se traduisent rapidement par une séparation de corps ou pire par un divorce[304] ». En revanche, de la part de ses détracteurs, « la solution égalitaire est envisagée ans une perspective conflictuelle[305] ».

En effet, les opposants à la notion d'autorité pensent que la famille doit constituer une cellule à l'abri du contentieux juridictionnel et que les liens d'affection ou d'autorité inhérents au cercle familial doivent suffire à régler les contentieux virtuels. Indirectement, on craint alors que le père ou que la mère, du fait de cette autorité partagée, puisse avec grande facilité contester et dénoncer le comportement de son conjoint vis-à-vis de ses enfants.

De ces mêmes citriques développées vingt ans avant la loi du 4 juin 1970, à la Commission de réforme du Code civil, le Doyen Julliot de la Morandière avait répondu que: « L'autorité d'un chef se justifie si la famille a à se défendre par les armes ; elle s'explique encore si, en raison de l'ordre social ou économique,

---

[303] Spécialement avec l'intervention de Pierre Mazeaud, *J.O.* débats Ass. Nat., 8 avril 1970, p. 813 et s :les mêmes critiques avaient été exprimées par Henri Mazeaud, *Travaux préparatoires de réforme du code civil*, 1949-1950, p.49 et s. Puis, dans sa chronique virulente « une famille sans chef » dans laquelle il stigmatise les conséquences dramatiques d'une famille décapitée : « Est-elle viable la famille dans laquelle ni le mari, ni la femme ne commande ? ». *Dalloz*, 1951, 1, Chron. 141.

[304] François Terré, « A propos de l'autorité parentale » : *Réforme du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1975, t. 20, p.45. On se rapproche des idéologies du XVIII[e] siècle développées par Frédéric Le Play et De Bonald, *Théorie de l'éducation sociale*, 1796, Edition par Colette Capitan, 10/18, p. 243-244.

[305] *Ibid.,* p. 45.

l'homme est plus fort socialement et seul à agir dans la vie, si l'épouse est plus faible que lui. Or, il n'en est pas ou il n'en est plus ainsi ; ce n'est plus l'homme seul qui gagne la vie du ménage ; la femme a généralement une instruction équivalente à la sienne, elle a les mêmes droits politiques. La qualité de chef de famille devient un contresens et une contrevérité. La vraie cohésion ne dépend pas, dans ces conditions, de l'autorité que l'on donne à l'un des époux, cette conception autoritaire ne pouvant que conduire à des conflits ; elle dépend de l'union des deux époux. Si ceux-ci s'entendent, et leur entente sera plus difficile, si vous exigez la soumission de l'un, le ménage tiendra ; s'ils ne s'entendent pas, l'exercice d'une autorité non acceptée ne fera qu'envenimer les choses »[306].

Cette démonstration révèle ainsi que le Garde des Sceaux rend hommage à l'auteur de la loi et insiste sur le fait qu'une autorité partagée n'est pas « une autorité abolie »[307].

B. Les retouches apportées aux articles du Code civil en matière d'autorité parentale

L'autorité parentale, institution d'ordre public, consacre la place nouvelle de la mère dans la famille légitime. Le père et la mère disposent chacun d'un droit au gouvernement de l'enfant, égal, conjoint et concurrent. Michel Brazier, dans son étude sur l'autorité parentale révèle que « Le caractère altruiste de l'autorité confiée

[306] Texte cité par le Garde des sceaux, *J.O.* débats *Ass. Nat.* 9 avril 1970. p.850.

[307] Pierre Blondy, Georges Morin, Michel Morin, Jean Carbonnier, « La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation », *Répertoire du Notariat Defrénois*, 1966, p. 10 : « Cette autorité conjointe correspond à la conception que les jeunes ont aujourd'hui du mariage et de l'éducation de leurs enfants. Ils considèrent leur vie conjugale comme une œuvre commune ou l'éducation des enfants résulte d'une action concertée et d'une responsabilité partagée. Loin de détruire la famille, une telle conception et sa concrétisation dans un texte paraissent propres à la renforcer. Le Code civil peut, à cet égard, faire œuvre éducative, en incitant les époux à échanger leurs points de vue sur toutes les questions importantes qui se posent à l'intérieur de leur foyer et au sujet de l'éducation de leurs enfants, ainsi qu'à se mettre d'accord, avant de contracter mariage, sur une éthique commune ».

aux parents est désormais conçu comme un complexe de droit et de devoirs destinés à protéger l'enfant[308] ».

L'autorité parentale est donc redéfinie dans son contenu et dans son exercice. En ce qui concerne son contenu, elle apporte surtout des précisions qui faisaient défaut dans la loi ancienne tout en reprenant la technique propre du Code civil selon laquelle le contenu de l'autorité parentale est divisé formellement avec d'une part l'autorité relativement à la personne de l'enfant et d'autre part l'autorité relativement à ses biens.

Le renouveau des articles du Code

En matière de droits et de devoirs des parents, l'article 371 reste fidèle à l'ancien texte du Code qui énonce un grand principe moral : « L'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère ». Au sein de son alinéa 1er il reprend également dans son intégralité l'ancien article 372 qui limite dans le temps l'autorité parentale en lui fixant le terme extinctif de la majorité ou de l'émancipation de l'enfant.

Quant à l'article 371-2, il rappelle le principe selon lequel l'autorité appartient aux père et mère et définit la finalité et le contenu de cette autorité tout en précisant qu'elle a pour but de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. La description de cette finalité montre bien que le pouvoir de domination est remplacé par une réelle fonction de protection.

Cette fonction de protection est également mise en lien avec une véritable égalité que l'article 372 vient promouvoir en ces termes : « Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité ». De ce fait, la mère est amenée à jouer un rôle sans cesse accru dans la protection de l'enfant d'autant que le législateur la désigne volontiers comme actrice principale de l'autorité familiale.

[308] Michel Brazier, « L'autorité parentale », *J.C.P.* 1970, 1, 2362, n°37.

La direction de la famille est donc aménagée sur une autre idée que celle d'un partage individualiste, la direction est maintenant collégiale. L'égalité se renforce également d'une manière corrélative aux droits dès lors que les devoirs et les engagements vont être les mêmes pour chacun des époux à l'égard de l'enfant ou à cause de lui.

En effet, l'article 371-2, précise nettement que le père et la mère ont également à l'égard de l'enfant le « droit », mais aussi le « devoir de garde, de surveillance et d'éducation ».

C'est toutefois au sujet de la garde que le texte nouveau apporte quelques changements par rapport au Code civil. En effet, l'ancien article 374 disposait que : « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de dix-huit ans révolus ». Le nouvel article 371-3 dispose désormais que « L'enfant ne peut sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi ». Ainsi, la permission du père est substituée par celle des père et mère, conséquence logique du fait que l'autorité parentale est exercée désormais par les deux parents dans les textes et non plus seulement dans les faits.

À l'égard de cette prérogative familiale, force est de constater que cette double autorisation a été mise en évidence lors de la discussion du texte à la Commission des lois, qui souhaite que la règle de l'article 371-3 ne soit pas être séparée de celle de l'article 372-2 selon laquelle « à l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant »[309].

Enfin, la maison n'est plus paternelle, elle est familiale et c'est une conséquence normale du fait que la résidence de la famille est désormais fixée d'un commun

[309] En ce sens, voir le rapport Tisserand, *op.cit.*, p. 22 : « Si l'un des époux conteste l'autorisation donnée par l'autre époux à l'enfant de quitter la maison, il pourra saisir le tribunal qui appréciera le caractère usuel de l'acte ».

accord des époux d'après l'article 215. L'article 215 alinéas 1 et 2 dispose désormais que « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ; faute d'accord, au lieu choisi par le mari. Toutefois, si la résidence choisie par le mari présente pour la femme des inconvénients graves, la femme peut être autorisée par le tribunal à avoir une résidence distincte. À l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari et à l'obligation pour celui-ci de la recevoir succède une perspective plus égalitaire dans la mesure où les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie ».

Tourtefois, l'idée d'une égalité absolue entre les époux à fait caindre au législetur une mésentente possible qui pourrait se répercuter sur les enfants. De ce fait, il a dû prévoir l'encadrement de l'autorité des parents en cas de désaccord de ces derniers.

L'encadrement de l'autorité en cas de désaccord des parents

D'après l'article 213 du Code civil, les époux doivent assurer en commun la direction morale et matérielle de la famille. Ce nouvel article établit un équilibre dans la famille dans la mesure où la direction morale et matérielle de celle-ci est assurée par les deux époux[310]. Cette règle conserve le caractère d'une affirmation de principe, caractère convenant à un article lu traditionnellement lors des mariages et dont Tisserand émet l'avis suivant : « dans un ménage où règne normalement l'entente, la discussion entre époux sur les problèmes essentiels de leur vie de chaque jour aboutit à la transaction nécessaire, gage de cette bonne entente conjugale. Mais il était bon d'écrire et de dire aux jeunes mariés qui se présentent, à l'aube de leur vie, devant

[310] Léon Jozeau-Marigné, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles*, 5 mai 1970, p. 5.

l'officier d'état civil, que la femme a acquis désormais l'égalité avec son mari, et qu'il lui appartiendra de rechercher avec lui les conditions d'exercice de ce droit[311] ».

Une nouvelle conception du mariage est donc entrée dans les mœurs afin d'établir l'égalité complète des époux dans la direction du ménage. Toutefois, le texte initial du projet selon l'avis exprimé par le Conseil d'État en 1967 va maintenir une certaine prééminence au mari. Puisqu'en cas de désaccord persistant, c'est lui qui devait prendre la décision la plus conforme à l'intérêt du ménage et des enfants.

Cette prudence dans la réforme se justifie une fois de plus par l'idée qu'une égalité absolument complète entre les époux pourrait aboutir, en cas de désaccord, à des immixtions trop fréquentes du juge dans la vie privée des ménages. Cette réserve importante a finalement été exclue de l'article 213[312] pour être renvoyée à l'article 372, où elle a ensuite disparu[313].

La Commission des lois juge préférable de prévoir le règlement des désaccords dans le texte même de l'article 372 pour conserver à l'article 213 le caractère d'un énoncé de principe qui, lors d'une deuxième délibération, va amender le texte initial en supprimant la prééminence du mari. Si les époux ne parvenaient pas à un accord, l'un ou l'autre pouvait saisir le juge d'instance pour qu'il soit pris la décision la plus conforme à l'intérêt des enfants. C'est cette dernière disposition que retient finalement l'Assemblée nationale[314], malgré les très vives critiques qui sont présentées en séance à l'égard de l'immixtion du juge au sein de la famille qui va être appelé à intervenir fréquemment et à remplir les fonctions de chef de famille.

---

[311] Intervention Tisserand, J. O. débats Ass. Nat., 8 avril 1970.

[312] Un amendement de Tisserand, qui fut adopté, avait renvoyé l'examen de cette disposition à l'article 372 qui a pour objet de régler les rapports entre parents et enfants et non pas les rapports entre époux, tandis que l'article 213, lui, ne règle que les rapports entre époux tandis que l'article 213, lui, ne règle que les rapports entre époux (J. O. débats Ass. Nat., 9 avril 1970, p. 852). Au surplus Tisserand avait fait observer que s'il convenait d'apporter une solution aux désaccords entre époux relativement aux enfants, il était utopique de vouloir résoudre les conflits personnels (Rapport, p. 63).

[313] Claude Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *op. cit.*, p. 13.

[314] Projet de loi transmis au Sénat, Doc. Parl. Séant, 2ème session 1969-19670, n°190, p. 3.

Les dispositions mêmes de la loi pour résoudre les éventuels conflits se veulent être parfaitement égalitaires, et pour cause, l'article 372-1 envisage que : « Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle. À défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, l'époux le plus diligent pourra saisir le juge des tutelles qui statuera après avoir tenté de concilier les parties »[315]. En somme, le législateur a voulu limiter ou plus exactement « reculer » le plus possible dans ce domaine l'intervention du juge, c'est-à-dire, en définitive de l'État.

Quant au devoir de nourriture et d'entretien, il est fixé par l'article 203 du Code civil et par l'article 385 comme une des charges de la jouissance légale. Garde et surveillance sont ainsi étroitement liées, puisque le droit de garde est généralement défini comme comportant notamment « la direction de la personne de l'enfant, le droit de surveiller sa correspondance, ses relations, de lui interdire tous rapports que les parents jugeraient dangereux ou inopportuns, réserve faite du droit de visite à reconnaitre aux grands-parents, le droit de permettre ou d'interdire la reproduction publique de photographies de l'enfant[316], le droit de veiller sur la mémoire de l'enfant et de régler sa sépulture »[317].

Enfin, force est de constater que le législateur de 1970 « n'a pas souhaité modifier l'analyse jurisprudentielle et doctrinale qui faisait depuis longtemps de la garde une obligation autant qu'un droit, puisqu'elle liait à celle-ci la responsabilité résultant pour les parents du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux »[318].

---

[315] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille, op.cit.*, p. 737.
[316] Paris, 13 mars 1965, *J.C.P.* 1965. II. 14223 ; *D.* 1965. Somm. 114.
[317] Paris, 24 mars 1922, *D.*1922. 2.108.
[318] Claude Colombet, Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, *D.*, 1970, Ch, p. 7, n°3.

C. La responsabilité de la mère du fait de ses enfants

La disparition de la puissance paternelle ayant provoqué un élargissement légal des fonctions maternelles, la notion de responsabilité solidaire va se développer parallèlement au pouvoir décisionnel égalitaire.

C'est ainsi que la mère, depuis la loi du 4 juin 1970, en obtenant légalement le pouvoir d'éducation, est devenue en même temps coresponsable des faits et gestes de son enfant mineur en vertu de l'article 1384 alinéa 4 : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

La règle instituée en 1804, qui a été évoquée précédemment a été remplacée par celle de la loi de 1970 qui a introduit une nouvelle exigence : « le droit de garde, et a étendu à la mère une responsabilité jusque-là limitée au père. Mais pour le reste, le texte demeure inchangé. Il instaure ainsi une présomption qui joue contre les parents. En effet, l'article 1384 alinéa 4 déroge au droit commun de la preuve, et dispense la victime de prouver la faute des père et mère »[319].

Cette disposition apparaît d'ailleurs comme étant en parfaite harmonie avec la Convention internationale des droits de l'enfant qui aura lieu en 1989 : « Parce que l'enfant est un adulte en devenir, il est sous la surveillance (de ses parents) qui ont la charge de l'éduquer et de prévenir les dommages qu'il pourrait commettre »[320]. De ce fait, comme par le passé, la mère continue à élever et à surveiller ses enfants mais en pratique, tout est différent. La responsabilité parentale autrefois alternative est devenue cumulative. Il n'est plus question du père ou de la mère, mais du père et de

[319] Marie-Christine Lebreton, *L'enfant et la responsabilité civile*, Publication Université Rouen Havre, 1996, p. 43 : « Mais l'article 1384 article 4 n'exclut pas l'article 1382 du Code civil. Les parents peuvent engager leur responsabilité pour faute prouvée ».
[320] Guy Raymond, Droit de l'enfance et de l'adolescence, Paris, Litec, 1995, p. 264.

la mère[321] comme l'affirme Marie-France Callu : « Si les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité n'ont pas changé pour les tiers, les conséquences applicables aux intéressés sont particulièrement importantes»[322].

Cependant , il ne s'agit pas là d'une simple présomption irréfragable, puisque selon l'alinéa 7 de ce même article 1384, les parents peuvent dégager leur responsabilité en prouvant qu'ils n'ont vraiment commis aucune faute c'est-à-dire en prouvant qu'ils n'ont pu éviter le fait dommageable. Par conséquent, la présomption légale simple découle directement de l'autorité parentale[323].

Au-delà de la personne de l'enfant, il s'agit également d'envisager le contenu de l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant.

Le contenu de l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant

On a pu constater que la consécration légale du pouvoir de décision de la mère sur la personne de l'enfant : « ne s'est accompagnée que d'un pouvoir sur les biens de cet enfant, pouvoir d'administration et non de gestion »[324].

Dès lors, il est important de préciser que sur le plan patrimonial, dans les aspects de l'autorité parentale qui concernent les biens, il a été attribué une dévolution préférentielle au mari de l'administration légale des biens du mineur et, corrélativement, du droit de jouissance légale, la mère y prêtant seulement son concours. En effet, jusqu'en 1975, si la mère avait obtenu la reconnaissance de ses droits sur la personne de l'enfant, en revanche, il n'en était pas de même pour l'administration des biens de ce dernier. Ceci constituait dès alors une véritable

[321] Cass. Civ. 11. 10. 1972, *D*. 1973, 75.
[322] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.*, p. 203.
[323] Michel De Juglart, *Cours de droit civil*, t.1, Paris, Montchestien, 1966, p. 244.
[324] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.*, p. 203.

rupture dans la symétrie des fonctions parentales égalitaires en faisant de la mère « un simple contrôleur de l'administration paternelle des biens de l'enfants »[325].

Il faut alors distinguer d'une part l'administration légale et d'autre part, la jouissance légale. En matière d'administration légale, la loi du 4 juin 1970 opère une distinction entre l'existence et l'exercice de cette fonction. Selon l'article 382 « les père et mère ont, sous les distinctions qui suivent, l'administration et la jouissance des biens de leur enfant ». L'administration légale est en principe confié au père et mère d'après cet article, mais, selon l'article 383, « l'administration légale est exercée par le père avec le concours de la mère dans le cas de l'article 389-1 et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge, soit par le père, soit par la mère, selon les dispositions du chapitre précédent ». Le texte nouveau maintient donc une prééminence au père, puisque celui-ci exerce la fonction d'administration et que la mère lui apporte seulement son concours.

Il ne s'agit ici que d'énoncer les principes fondamentaux puisque les dispositions détaillées se trouvent dans le titre X du Code civil au Livre I intitulé *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*. Les nouveaux textes appellent tout de une certaine réflexion. En effet, dans la mesure où l'autorité parentale est aujourd'hui exercée, dans le cadre d'une famille légitime non dissociée, par les deux parents, il convenait donc de modifier l'article 389, qui liait l'administration légale à l'exercice par le père ou par la mère de la puissance paternelle. Dès lors, l'article 389 dispose désormais que « si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, le père est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale ».

Cependant, force est de constater que le nouvel article 383 alinéa 1, maintient une certaine prééminence du père, puisque celui-ci exerce lui-même la fonction d'administration et que la mère ne fait que lui apporter son concours. La règle contraire a-t-on dit , à l'égalité absolue des époux dans la gestion des affaires du

[325] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.*, p. 210.

ménage et dans la responsabilité à l'égard des enfants, a été critiquée dans son illogisme[326] « puisque contraire-a-t-on dit à la règle de l'égalité absolue des époux dans la gestion des affaires du ménage et dans la responsabilité à l'égard des enfants. La critique est discutable puisque la loi du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux, a laissé au mari l'administration des biens de la communauté »[327].

À la supposer illogique, elle n'en est, selon Claude Colombet, pas moins nécessaire. Selon lui, il est en effet indispensable, dans le domaine des biens où les tiers veulent trouver un responsable, que « l'enfant ait un seul et unique mandataire en matière contentieuse »[328].

Quant à la jouissance légale, droit reconnu aux père et mère de percevoir et de s'approprier les revenus des biens de l'enfant mineur, à charge de les utiliser pour pourvoir à l'entretien de celui-ci, est maintenue par la loi du 4 juin 1970 dont l'article 383 alinéa 2, dispose « la jouissance légale appartient à celui des père et mère qui a la charge de l'administration » ; ce maintien peut a priori surprendre alors que la Commission de réforme du Code civil, dont beaucoup de solutions préconisées en

---

[326] Cf. les amendements proposés par le groupe communiste à l'Assemblée nationale (*J.O.* débats *Ass. Nat.*, 1à avril 1970, p. 900) et au Sénat (*J.O.* débats Sénat, 14 mai 1970, p. 396). De tels amendements, qui prévoyaient un exercice conjoint de l'administration légale, auraient ainsi que l'a fait observer le Garde des Sceaux, entrainé une réforme de la tutelle, ébranlé celle des régimes matrimoniaux et institué un déséquilibre dans le système adopté à l'unanimité en 1964-1965 pour la gestion du patrimoine familial (CF. *J.O.* débats *Ass.nat.*, 1à avril 1970, p. 900).

[327] Mireille Delmas-Marty, *Le droit de la famille*, PUF, Paris, 1980, p. 68.

[328]Claude Colombet, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 », *op. cit.*, p. 10 : « L'intervention du père et de la mère alourdirait cette procédure. L'illogisme de la loi sur ce point est en vérité très discutable, puisque la loi du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux, a laissé au mari l'administration des biens de la communauté. Enfin, il ne convient pas d'oublier que l'article 383 spécifie que le père exerce l'administration légale avec le concours de la mère, ce qui signifie que, comme l'exige la loi du 14 décembre 1964, le consentement du conjoint est requis pour les actes de disposition, mais encore que ce conjoint doit être consulté pour les actes d'administration. Cependant, en dehors des hypothèses où les deux parents sont vivants et en état d'exercer l'autorité, c'est le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire qui doit s'appliquer, l'administration étant le fait du parent investi de l'autorité parentale ».

1952 ont été reprises en 1970, en avait proposé la suppression, en estimant qu'il était fâcheux que des parents utilisent les revenus excédentaires de leurs enfants à leur usage personnel.[329] À cette suppression, la Commission ajoutait la dispense par le père de subvenir aux besoins d'enfant qui aurait des revenus personnels[330].

Enfin, l'attribution du droit de jouissance légale est déterminée par l'article 383, alinéa 2 : « La jouissance légale appartient à celui des père et mère qui a la charge de l'administration ». En ce qui concerne le titulaire du droit de jouissance, on observe toutefois une innovation : ce droit est la contrepartie de l'administration légale. Dès lors, ainsi que le prévoit l'article 383, alinéa 2, la jouissance légale appartient à celui des père et mère qui a la charge de l'administration[331]. La solution a un avantage pratique que l'exposé des motifs a mis en valeur : la jouissance légale a pour immense utilité de simplifier considérablement le règlement des comptes de l'administration légale. D'ailleurs, ce fondement pratique explique que, dans la loi, le droit de jouissance soit plus nettement qu'auparavant, lié à l'administration légale. L'article 386, qui a repris l'essentiel du contenu de l'ancien article 386, sanctionne par la perte du droit de jouissance légale celui qui aurait omis de faire inventaire, authentique ou sous seing privé, des biens échus au mineur. Il a seulement supprimé les dispositions relatives au divorce, qui ne se justifiaient plus en raison des règles nouvelles sur l'autorité parentale en cas de divorce[332].

---

[329] Mireille Delmas-Marty, *Le droit de la famille, op. cit.* p. 71.

[330] Jean Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, vol. 2, op. cit. § 133 : « Quant à ceux-ci, ils devaient être employés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Mais le législateur a sans doute été sensible aux arguments présentés par la doctrine, selon laquelle la jouissance légale est une institution féministe évitant à la femme dont le mari est décédé un brusque changement dans ses habitudes et son train de vie et qui, par ailleurs, permet d'éviter les clauses d'usufruit dans les contrats de mariage, usufruit qui ne serait plus limité aux dix-huit ans des enfants mineurs. Quant aux modalités de ce droit, elles ne sont que peu modifiées par rapport au droit antérieur, la loi précise les règles relatives à l'attribution de la jouissance légale et définit d'un autre côté l'étendue de ce droit ».

[331] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.,* p. 381.

[332] Annales de l'Assemblée nationale, Doc. Parlementaires, 1969-1971, Paris, 1972, p. 892.

Ainsi, l'évolution de l'autorité de la mère dans la législation française peut également être comparée à la condition de la mère et au statut de la femme dans les systèmes juridiques étrangers.

§3. L'évolution de la condition de la mère et du statut de la femme dans les systèmes juridiques étrangers

« L'étude des législations comparées a manqué aux rédacteurs du Code civil » déclare De Pradines, substitut du Procureur général à la Cour du roi, dans un rapport adressé le 14 janvier 1880, à la Société de Législation comparée[333].

Afin d'ouvrir le champ d'études de cette puissance paternelle de la mère, il s'agit de considérer l'état des choses dans les systèmes juridiques étrangers. Au-delà de la simple étude du droit français, il n'est pas sans intérêt d'étendre l'analyse de la puissance paternelle de la mère aux codes étrangers afin d'établir des points de comparaison[334].

Il faut reconnaître d'ailleurs qu'à cette époque peu de législations étaient codifiées, et que c'est au contraire la France qui a fait preuve de précurseur sur ce point en promulguant un Code civil, dont l'ensemble a été adopté par, nombre de pays. Dans son analyse sur *Le droit civil, un outil de domination masculine*, Gerhard Ute souligne le fait que : « Le Code civil français, premier code libéral et bourgeois d'Europe, modèle de la législation moderne a une influence durable dans de nombreux pays. Pourtant, comparées à d'autres codifications européennes et au droit coutumier de son temps, ses dispositions conjugales et familiales sont particulièrement rigides et consolident la domination masculine, comme le montrent

[333] De Pradines, « Etude sur les limites apportées à la puissance paternelle par les législations étrangères dans les principaux pays d'Europe », *Bull. Société législation comparée*, The society, 1889, p. 113.
[334] Julien Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, Paris, E. De Boccard, 1928, p. 2.

aussi les droits prussien, autrichien, anglais et scandinave. Ces aspects du droit civil ont eu un impact considérable sur la vie des femmes »[335].

Il faut alors attendre la fin du XIX[e] pour trouver des monographies qui sont consacrées aux études de droit comparé[336]. Au XX[e] siècle, au contraire, presque toutes les législations sont codifiées, et une évolution particulièrement intéressante démontre que l'on en vient de plus en plus à considérer que les intérêts de l'enfant sont aussi ceux de la société, et qu'il y a lieu de soustraire à l'autorité paternelle, chaque fois que celle-ci use de ses pouvoirs d'une manière contraire à cet intérêt ou vient à manquer à ses devoirs de protection. Dès lors, comme le souligne Thérèse Traizet « malgré un ancrage historique très différent, le droit de la famille montre des traits communs entre les différents pays européens jusqu'au milieu du XIX[e] siècle, le plus caractéristique étant la difficile émergence du droit des femmes dans le couple alors qu'au cours du XX[e] siècle, la convergence des modèles juridiques s'effectue à partir des principes d'égalité et de liberté »[337].

Afin d'appréhender au mieux la conception de la puissance paternelle dans les législations étrangères **(A)**, il s'agira de faire ressortir les droits de la mère dans les différents systèmes étrangers **(B)**.

---

[335] Gerhard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe,* 2016 *:* « Dans le sillon des mutations sociales et culturelles dans les rapports entre les sexes, l'Union européenne agit contre la discrimination de sexe à côté d'autres facteurs d'exclusion. Par sa jurisprudence, elle fait de l'égalité hommes-femmes un des objectifs principaux de la politique communautaire et définit des standards d'équité communs à toutes les Européennes au-delà des différences entre les histoires et les cultures juridiques de leurs pays ».

[336] Dragoutine Protitch*, De la puissance paternelle en droit international privé,* thèse pour le doctorat, Droit*,* Université de Paris*,* 1892.

[337] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage*, *op.cit.,* p. 191.

A. Les législations étrangères et la puissance paternelle

Dans son article consacré aux fondements historiques de la famille en Europe, Jean-Louis Halperin fait remarquer que « Sans remonter aux origines médiévales antérieures à la formation des États modernes, il est possible d'identifier la présence, à la fin de l'Ancien Régime, différentes traditions juridiques en matière familiale. Celles-ci résultent du jeu complexe des divisions religieuses, des spécificités coutumières, enfin de l'opposition entre les pays de droit civil ayant reçu le droit romain, et l'Angleterre avec la spécificité du *Common law*. Il serait bien difficile de dessiner une cartographie exacte de ces droits de la famille qui manquent d'homogénéité et dont les limites territoriales ne recoupent pas celles des États. La pénétration du droit romain est la source d'autres lignes de fracture»[338].

À ces modèles familiaux, caractérisés globalement par le poids d'une autorité imposée, les révolutionnaires français ont tenté d'opposer un projet fondé sur le volontarisme. La laïcisation du mariage et l'institution du divorce en 1792, les réformes audacieuses sur le partage des successions et le statut des enfants naturels en l'an II (1793-1794) étaient autant de ruptures avec l'ancien droit, mais une partie de ce nouveau droit familial égalitaire est restée à l'état d'ébauche. La gestion commune des biens du ménage par les deux époux n'a fait l'objet que d'une proposition en 1793, et l'incapacité de la femme mariée n'a jamais été abolie pendant la période révolutionnaire.

---

[338] Jean-Louis Halpérin, « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. La lente évolution vers l'égalité », *Informations sociales*, CNAF, 2006/1 (n° 129), pp. 44-55 : « Dans les pays les plus romanisés ceux du sud de l'Europe, mais aussi les Pays-Bas et l'Allemagne prévaut en principe la puissance paternelle perpétuelle. Celle-ci subsiste, quel que soit l'âge des enfants, jusqu'à la mort du père. En réalité, dans de nombreux territoires, cette puissance s'éteint lors du mariage des enfants suivi d'une habitation séparée ou à l'arrivée d'une majorité émancipatrice, souvent fixée à vingt-cinq ans par les coutumes. La *Common law* anglaise n'est pas très différente sur ce terrain, sinon pour reconnaître une majorité plus précoce à vingt et un ans. Partout en Europe, par l'effet de la puissance maritale ou de l'absorption de la personnalité de l'épouse dans celle de son mari, la femme mariée est considérée comme juridiquement incapable. ».

Par la suite, la première vague de codification, qui a donné lieu à la promulgation du Code général prussien (1794), du Code civil français (1804) et du Code civil autrichien (1811), puis des codes inspirés par ces modèles, est beaucoup moins audacieuse en matière de droit de la famille : elle réalise un compromis, variable d'un pays à l'autre, entre la tradition et certains apports des Lumières[339].

B. Les droits de la mère dans les différents systèmes juridiques

La chute du Premier Empire qui avait imposé le Code civil français de 1804 aux territoires conquis et la recomposition de l'Europe politique au congrès de Vienne en 1815 « complexifient la géographie des droits civils qui allie héritage napoléonien, coutumes transmises sous forme de droit commun dit *ius commune*, statuts locaux et droits civils nationaux, tels le Code prussien de 1794 (ALR) et le Code civil général de l'empire d'Autriche de 1811 (ABGB) »[340].

Dès lors, les principaux systèmes juridiques à savoir le droit français, le droit prussien, le droit autrichien, le droit scandinave et le droit anglais vont marquer la différence des sexes en définissant notamment le statut juridique de l'épouse comme celui de la « fille-mère » et de ses enfants[341].

Le Code prussien de 1794 (ALR)

Le Code civil allemand devra attendre 1900 pour être unifié tout en se fondant sur le Code prussien de 1794 : « Mélange d'absolutisme éclairé, de dirigisme des

[339]Jean-Louis Halpérin, « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe », *op.cit.,* pp. 44-55.
[340] Gerhard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? » : *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe*
[341] Gerhard Ute, « Droit civil et genre en Europe au XIX^{e} siècle » : *CLIO. Femmes, Genre, Histoire*, 43/2016, p. 250-273.

autorités et de bienveillance paternaliste, il prend une position intermédiaire entre le droit civil et celui de la société d'ordres. Abondant en détail et hautement complexe, il est d'abord boycotté et massivement décrié par les juristes. Il est par ailleurs étonnamment favorable aux femmes et à leurs droits »[342].

Toutefois, ce Code est surtout favorable aux mères non-mariées et à leurs enfants. Dès lors les détracteurs de la loi vont souligner le fait que ce code risque de faire de la Prusse, « un véritable paradis pour les femmes » pour reprendre les propos du juriste et fonctionnaire de l'État Johann Georg Sclosser[343]. Pour les femmes mariées, le BGB consolide véritablement le statut de chef de famille du mari puisque la décision finale lui revient dans toutes les affaires conjugales notamment dans les questions relatives à l'éducation des enfants et ce, bien que soit employé le terme d'autorité parentale. L'article 1634 dispose bien, en effet : « Tant que dire le mariage, la mère a, concurremment avec le père, le droit et le devoir de prendre soin de la personne de l'enfant ». Mais il s'empresse d'ajouter « Elle n'a pas qualité pour représenter l'enfant, sans préjudice de la disposition de l'article 1685, alinéa 1 ; en cas de divergence d'opinions entre le père et la mère, c'est l'opinion du père qui prévaut ».

[342] Gerhard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? » *op.cit* : Ce sont surtout les droits accordés aux mères non mariées et à leurs enfants, vis-à-vis des pères ou, à défaut, des grands-parents paternels, qui font de l'ALR un code bienveillant et favorable aux femmes. Il leur accorde en effet des frais de couches et une pension alimentaire, mais aussi, en cas de rupture de promesse de mariage, une indemnité équivalente à celle due à une divorcée ayant obtenu gain de cause (§§ 1028-9, 1049 II.1. et 592sq. II.2. ALR). Dès leur promulgation, ces réglementations suscitent l'émoi et sont jugées « laxistes » et « frivoles » par les conservateurs comme par le clergé de Prusse, au motif que les relations illégitimes mettent en péril l'ordre fondamental de la société bourgeoise et son pilier central, la famille. Après l'échec de la révolution de 1848, les députés de la Chambre des seigneurs de Prusse, en référence explicite aux directives du Code civil français, adoptent une loi qui rogne considérablement les droits de la mère célibataire. Cette loi autorise en particulier l'exception *plurium concubentium* – cas où on affirme que la mère a eu des rapports avec d'autres hommes et supprime en plus la responsabilité des grands-parents. ».

Toutefois, ce système va évoluer en faveur de la mère légitime puisque le droit allemand fait partie des systèmes précurseurs en la matière. La Cour constitutionnelle allemande, le 29 juillet 1959, va annuler le paragraphe 1628 nouveau BGB qui réservait au père le pouvoir de décision en dernier ressort et le paragraphe 1629 nouveau BGB qui lui confiait celui de représenter l'enfant, comme contraires au principe constitutionnel de l'égalité des époux. L'égalité de droits entre les sexes est certes inscrite dans l'article 3 de la constitution allemande (RFA), appelée Loi fondamentale (1949), mais la réforme du droit conjugal et familial n'intervient qu'en 1957, suivie d'une réforme plus poussée en 1977, qui introduit l'égalité formelle des droits entre hommes et femmes dans la famille[344].

Le Code civil général de l'Empire d'Autriche de 1811

L'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) reflète lui aussi l'absolutisme éclairé qui cherche à unifier la diversité des sources juridiques dans l'empire d'Autriche. Il aspire également à surmonter, comme le disait Marie-Thérèse d'Autriche (1717-1780) en 1750, « les "mauvaises" traditions charriées par la société d'ordres féodale » en vertu du principe de l'égalité des droits de l'homme. En effet, le Code civil autrichien offre aux femmes une véritable autonomie eu égard aux autres grandes codifications civiles. D'après sa législation, l'épouse peut, comme la célibataire, ester en justice et contracter. Le droit autrichien prévoit également que l'homme est le « chef de la famille », sans toutefois posséder de « puissance maritale » sur la femme. La préeminence ne se retrouve qu'à travers l'idée qu'il lui revient simplement de « diriger le ménage »[345].

[344] Gerhard Ute, « Le statut juridique de la femme dans la société bourgeoise du xix^e^ siècle. Comparaison entre la France et l'Allemagne », in *Jürgen Kocka (dir.), Les bourgeoisies européennes au xix^e^ siècle*, Paris, Belin, 1996, p. 333-362.
[345] Gerhard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? *op.cit.*

Le Code civil général établit que seul le père détient la puissance paternelle et que la mère n'y est pas associée en vertu de l'article 144. Mais en ce qui concerne la puissance paternelle, deux mesures peuvent être prises : la déchéance et la suspension. La déchéance est encourue en cas de prostitution, de mariage incestueux, si les enfants sont maltraités. La suspension peut être prononcée si le père est dément ou prodigue ; s'il a été condamné à une peine d'emprisonnement de plus d'un an pour crime, et enfin si les enfants ont été négligés. Dans ce cas le père perd tous pouvoirs sur ses enfants en vertu de l'article 177.

Enfin, « le Code autrichien refuse aux parents le droit de jouissance légale des biens de l'enfant ; cependant ceux-ci auront le droit de retenir une somme correspondant aux dépenses qu'entraîne l'entretien de l'enfant, puis le surplus des revenus de l'enfant sera placé. Pour finir, les parents n'ont pas le droit de déshériter totalement leurs enfants qui sont réservataires pour la moitié des biens composant leur succession »[346].

La Common Law anglaise

Dans son analyse consacrée au droit civil en Europe, Gerhard Ute précise que dans le droit médiéval anglais, la femme non mariée est un sujet de droit indépendant ; en se mariant, elle perd sa capacité d'exercice, notamment de contracter et d'ester en justice. « Jusqu'au XIX^{e} siècle, le mariage est donc pour elle synonyme de « mort civique. L'époux anglais possède des droits sur la personne de sa femme, ses acquisitions et ses biens, dénommés *coverture* et impliquant sa perte de personnalité juridique. De plus, la puissance parentale revient au seul père. Le mariage reste placé

[346] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage, en l'absence de séparation de corps*, *op. cit.*, p. 194.

sous l'autorité de l'Église d'Angleterre et le divorce est autorisé uniquement sur requête individuelle et acte du Parlement d'Angleterre »[347].

Au début du XIX[e] siècle, les tribunaux vont substituer ce manque et accorder des droits de propriété aux femmes ou autorisent le divorce pour des motifs déterminés[348]. Au cours du XIX[e] siècle, la société anglaise va se transformer au rythme d'une industrialisation rapide ce qui impliquera la naissance de nombreuses critiques à l'encontre de l'absence marquante de droits des épouses[349].

Ainsi, d'après l'ancien droit commun anglais, la puissance paternelle, pendant le mariage, est exclusivement remise aux mains du père. L'exercice de ce pouvoir n'est d'ailleurs soumis à aucun contrôle de la justice[350]. Mais une évolution intéressante va se produire dans la législation. En effet, un contrôle judiciaire est prévu en dehors de toute instance en déchéance. Ce principe du contrôle des tribunaux est admis dès 1839, mais ne s'exerce cependant qu'à propos du droit de garde. Une loi de 1839 a donné à la Cour de la Chancellerie, le droit de confier à la mère seule la garde des enfants, jusqu'à l'âge de 7 ans, lorsque cette mesure paraît conforme aux intérêts de l'enfant[351] : « Cette latitude a été considérablement élargie par une loi de 1873, qui abroge la précédente et porte à 16 ans l'âge auquel les enfants peuvent être confiés aux soins exclusifs de leur mère »[352].

Par la suite, un nouveau projet est déposé devant la Chambre des Communes sous le nom de « *Guardianship, Maintenance, Custody and Marriage of Infants Bill* ». Ce projet prévoit tout d'abord l'abrogation pure et simple de la loi de 1886, qu'il est

---

[347] Gerhard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? », *Encyclopédie pour une histoire nouvelle de l'Europe,* 2016.

[348] « Une nouvelle loi sur le divorce en Angleterre », in *Revue internationale de droit comparé*, volume 21, n°4, octobre-décembre 1909,p. 799.

[349] Gerhard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? », *op.cit.*

[350] Victor Alexis Désiré Dalloz, *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, Bureau de la jurisprudence, 1895, p. 30.

[351] Neil Davie, *L'évolution de la condition de la femme en Grande Bretagne à travers les textes juridiques fondamentaux de 1830 à 1975*, NS édito, 2011, p. 27.

[352] Gerhard Ute, « Le statut juridique de la femme dans la société bourgeoise du xix[e] siècle », *op.cit.* p. 340.

destiné à remplacer. Puis il pose de façon absolue le principe de l'égalité des parents à travers son article 3 : « La mère de tout enfant légitime aura la tutelle et la garde de cet enfant, conjointement avec le père, et aura, à l'égard dudit enfant la même autorité, les mêmes droits et responsabilités »[353].

L'article 4 va quant à lui consacrer le fait que : « Le père et la mère de tout enfant légitime seront responsables du prix de l'entretien et de l'éducation de cet enfant, en proportion des ressources respectives du père et de la mère ; et, d'après la présente loi, le père, la mère ou le tuteur de tout enfant pourra faire établir cette responsabilité à l'encontre du père ou de la mère ». Les droits et les responsabilités des deux époux se parent alors d'une égalité certaine. Or il faut évidemment songer à résoudre les conflits qui pourront s'élever. À cet égard, l'article 5 organise, dans ce but, un recours aux tribunaux[354].

Ce projet de loi réalise donc l'égalité absolue entre le père et la mère dont l'adoption marque l'achèvement d'une longue évolution du droit familial, à l'image des transformations de la famille dans les textes ultérieurs à la promulgation du Code civil de 1804 en France.

Enfin, Gerard Ute souligne l'effet de l'essor du mouvement féministe anglais à partir de 1870 et de leurs revendications du droit de vote, appuyées par le parlementaire John Stuart Mill (1806-1873), débouchent sur l'adoption de divers *Married Women's Property Acts* : « Adoptées entre 1870 et 1882, ces lois garantissent uniquement le patrimoine familial de la femme mariée, sans postuler son égalité juridique. Mais cette émancipation juridique en matière de patrimoine crée des conditions plus favorables pour les femmes, puisque la théorie libérale des droits de l'individu lie sa liberté à sa capacité de disposer de ses biens. Alors que, en matière de droits civiques, les femmes de plus de trente ans obtiennent en Angleterre le droit de

[353] Yannick Ripa, *Femmes d'exceptions : les raisons de l'oubli*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2018, 240 p.
[354] Neil Davie, *L'évolution de la condition de la femme en Grande Bretagne à travers les textes juridiques fondamentaux de 1830 à 197, op.cit,* p. 27.

vote dès 1918, droit étendu à toutes celles de plus de vingt et un ans en 1928, il faut attendre la fin des années 1960 pour que le droit de la famille accorde l'égalité juridique à la femme mariée »[355].

La législation italienne

Le Code civil italien de 1806 pose, en principe, l'égalité du père et de la mère. Son article 220 est ainsi rédigé : « L'enfant doit à tout âge honneur et respect à ses père et mère. Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation ». Suivant en cela l'exemple de notre Code, il ajoute aussitôt : « Durant le mariage, cette autorité est exercée par le père ». Ce parallélisme entre les deux législations subsiste quant au mariage des enfants mineurs et les deux époux doivent être consultés, mais, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit en vertu de l'article 63[356].

Sur un point cependant, le code italien se montre plus libéral que la loi française initiale, telle est la disposition de l'article 82 « Le père, la mère, et à défaut des deux, les aïeuls et aïeules peuvent faire opposition au mariage de leurs enfants ou descendants, pour toute cause admise par la loi comme obstacle à la célébration du mariage ». Le droit d'opposition est donc reconnu à la mère en même temps et dans les mêmes conditions qu'au père, bien avant qu'il ne le soit légalement reconnu en France.

La législation italienne se montre également plus libérale que la loi française lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue des droits de la mère qui exerce la puissance paternelle puisque le Code italien de 1866 ne fait aucune différence entre le père et la mère. Contrairement au Code français qui en 1804 avait fait de la femme une personne à la situation juridique très diminuée.

---

[355] Gerard Ute, « Le droit civil, un outils de domination masculine ? *», op.cit.*
[356] Guidi Alpa, « Le Code civil et l'Italie »*,* in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, p. 579.

Le droit italien se rapproche donc beaucoup, dans ses grandes lignes, du droit français par des principes analogues, mais il se montre dans son application beaucoup plus libérale, dès 1866, que ne l'est notre législation initiale.

Par la suite, une importante réforme du droit de la famille va être réalisée en Italie le 19 mai 1975. Cette loi va abandonner l'expression « puissance paternelle » au profit de « l'autorité parentale » qui appartiendra au père et à la mère en vertu de l'article 316 nouveau, alinéas 1 et 2 du Code civil italien[357]. ·

La législation portugaise

La législation portugaise offre de grandes analogies avec la législation italienne. Elle marque cependant davantage la prééminence du père. Le Code civil portugais est promulgué le 1er avril 1867. Il entre en vigueur le 1er janvier 1868. Son article 137 pose le principe de l'autorité paternelle et la remet entre les mains de l'époux, chef de famille : « C'est au père qu'il appartient de diriger la personne des enfants mineurs, de les protéger et d'administrer leurs biens ; l'ensemble de ces droits constitue la puissance paternelle»[358]. À la lecture de cet article, cette puissance est confiée exclusivement au père. Or, l'article suivant déroge à cette sévérité et atténue, d'une certaine mesure, cette impression. « La mère participe à la puissance paternelle et doit être entendue dans tout ce qui concerne les intérêts des enfants ». Or il ne faut pas s'y méprendre car la suite de l'article énonce que : « c'est au père qu'il incombe spécialement pendant le mariage, comme chef de famille, de diriger, de représenter et de défendre ses enfants mineurs, tant en justice qu'autrement »[359].

---

[357] Marc Ancel, *La condition de la femme dans la société contemporaine*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1938, p. 288.
[358] *Revue de droit international et de législatio comparée*, Institute of international law, Volume 12, p. 71.
[359] André Isoré, *La guerre et la condition privée de la femme*, Paris, E. de Boccard, 1919, p. 202.

En revanche, « on retrouve dans le Code portugais, certaines mesures libérales que le législateur français avait, à l'origine ignorées. C'est ainsi en cas d'absence, ou même de simple empêchement du père, ses pouvoirs passent à la mère sans aucune restriction »[360].

La législation espagnole

La législation espagnole reflète elle aussi le même type général de puissance paternelle. En effet, elle appartient aux deux époux mais elle est exercée par le mari pendant le mariage et passe à la mère à défaut du père.

Une particularité ressort de cette législation puisque l'obligation d'entretien pèse exclusivement sur la mère, jusqu'à ce que ses enfants aient trois ans révolus. L'épouse conserve cependant un recours contre le mari lorsqu'elle est absolument hors d'état de subvenir aux besoins de ses enfants. C'est seulement à partir de la troisième année que cette obligation incombe normalement au père. Et pourtant, c'est le père seul qui exerce les droits de la puissance paternelle, sur la personne et sur les biens de l'enfant.[361].

Enfin, la loi 11/1981 du 13 mai 1981 a profondément réformé le droit de la famille en modifiant les articles 154 à 161 du Code civil, qui traitent des relations entre parents et enfants, en accordant conjointement aux deux parents, mariés ou non, l'exercice de l'autorité parentale dans la mesure où ils vivent ensemble[362] .

---

[360] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage*, op. cit. p. 202-203.

[361] *Ibid.*, pp. 226-230 : Mais il est un point où le législateur espagnol a marqué assez curieusement l'infériorité de la femme. Il s'agit du consentement au mariage. Ce consentement est exigé jusqu'à 25 ans pour les garçons et 23 ans pour les filles, lorsque c'est le père qui doit le donner.

[362] Françoise Dekeuwer-Defossez et Christine Choin, *L'autorité parentale en question*, *op.cit.*, p. 195.

Le Code civil Suisse

L'hypothèse selon laquelle les parents sont sur un pied d'égalité avec cependant une volonté du père supérieure à celle de la mère en cas de désaccord joue également en Suisse.

Les principes établis par le Code civil suisse, promulgué en décembre 1907 et mis en pratique depuis le 1er janvier 1912, se rapprochent beaucoup de ceux du Code civil allemand puisque les père et mère exercent en commun la puissance paternelle pendant le mariage et c'est seulement à défaut d'accord que le père pour faire valoir sa décision finale.

Signalons une particularité, tout en faveur de la mère, le droit de jouissance légale appartient concurremment au père et à la mère et les revenus doivent être d'abord employés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le surplus revient aux conjoints, pour chacun dans la mesure où il supporte les charges de la famille. Cette notion de répartition proportionnelle est particulièrement intéressante « Tous les commentateurs admettent que, par simple application du principe posé dans l'article 274, la mère exerce entièrement et pleinement la puissance paternelle, dès que le père se trouve dans l'impossibilité, non seulement légale, mais même simplement physique ou morale, de le faire »[363].

Les transformations successives du droit de la famille en Suisse ont fait passer de la puissance paternelle à l'autorité parentale en 1978[364].

[363] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage, op. cit.* pp. 222-223.
[364] Guy Follet, « Le nouveau droit suisse de la filiation », in *Revue internationale de droit comparé,* 1977, pp. 675-687.

L'espace juridique scandinave

Dans les pays nordiques, l'unification de la législation a d'abord permis d'unifier le droit des affaires et celui des contrats. L'unification du droit de la famille, qui, plus que d'autres domaines juridiques, est étroitement lié aux coutumes et aux valeurs des peuples, se heurte à de plus grandes difficultés. Le droit scandinave, écrit Marc Ancel, « n'a reposé jusque vers la fin du XIX^e^ siècle que d'une manière très limitée sur la législation écrite »[365].

Il faudra attendre le milieu du XIX^e^ pour que la tutelle des femmes, c'est-à-dire leur absence complète de droits personnels, célibataires ou mariées, soit abrogée qu'au milieu du XIX^e^ siècle. Cet assujetissement sera supprimée pour les femmes non mariées en 1857 au Danemark, en 1863 en Norvège et en Suède, et en 1864 en Finlande[366].

Quant aux femmes mariées, les droits de propriété et l'égalité en matière de succession leur sont accordés relativement tôt, en Suède entre 1845 et 1874, en Norvège en 1888 et au Danemark en 1899. Comme le dit le Professeur Peterson[367] dans une étude qu'il fit sur les traits caractéristiques du droit scandinave, les deux caractères essentiels de cette nouvelle législation sont « la grande liberté dans l'organisation du mariage et l'égalité complète des époux »[368]. Cette égalité des époux résulte pour l'auteur du fait que les femmes ont conquis en Scandinavie l'égalité politique. La femme n'est pas subordonnée au mari, elle a le droit de choisir le domicile commun. D'un autre côté, les époux ont le même devoir, en proportion de leurs facultés de contribuer à l'entretien de leurs enfants. La puissance sur les enfants légitimes appartient aux parents ensemble, de sorte qu'à cet égard le père et la mère

[365] Marc Ancel, *La situation de la femme dans la société contemporaine, op. cit.* p. 16.
[366] Gerard Ute, « Le droit civil, un outils de domination masculine ? », *op.cit.*
[367] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage, op. cit.* p. 231.
[368] *Bulletin de la Société de législation comparée*, Volume 51 à 58, The society, 1928, p. 156.

sont tout à fait égaux et le contrôle de la puissance est exercée par des autorités administratives d'ordre local, dont l'organisation diffère selon les pays.

De toute évidence, l'obtention du droit de vote entre 1906 en Finlande et 1919 en Suède est un facteur d'accélartion de l'égalité de principe des femmes en droit privé, c'est-à-dire matrimonial et familial : « Cette évolution particulière s'explique notamment par le contexte politique de ces conquêtes juridiques ainsi que par la transformation des sociétés agraires en sociétés industrielles appelant des réformes juridiques devenues incontournables. Mais surtout, les féministes dans les pays nordiques parviennent à la différence des autres pays européens à former des alliances avec le mouvement ouvrier ou les socialistes, et donc à limiter davantage les effets du patriarcat bourgeois »[369].

Peu à peu, l'Union européenne fera évoluer sa législation vers l'égalité des droits entre les sexes en l'inscrivant dans ses traités, dans diverses directives sur l'égalité de traitement, ou encore dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en vigueur depuis 2009. A travers l'analyse de la jurisprudence on constatera également que depuis les années 1970 l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, mais aussi la race, l'origine ethnique, la religion et les opinions et, plus récemment encore, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Pourtant « l'égalité des droits n'est à maints égards toujours pas acquise, car on ne possède pas des droits

[369] Gerard Ute, « Le droit civil, un outil de domination masculine ? », op.cit : « Dans toutes les régions d'Europe, les féministes du XIX^e^ siècle protestent vigoureusement contre le statut juridique indigne et dépassé des femmes, et lancent, au niveau national et transnational, des mouvements de masse pour réclamer plus de droits dans la sphère privée et publique. Mais ce n'est qu'après deux guerres mondiales et une courte phase de conservatisme dans les années 1950 que, dans tous les pays industriels occidentaux, les mouvements sociaux, en particulier le mouvement féministe, imposent progressivement de nouveaux standards d'équité. Une fois le droit de vote universel acquis, pour les femmes comme pour les hommes, un des objectifs majeurs est d'inscrire l'égalité dans les textes de lois du droit privé. La transformation des constellations familiales et des modèles de vie privée d'une part et la prise en compte des droits des enfants d'autre part entraînent, à la fin du XX^e^ siècle, une réforme complète du droit familial dans toute l'Europe. La manifestation la plus évidente de cette évolution est la perte de signification du mariage comme institution. ».

comme on possède un objet, il faut régulièrement, en fonction des nouveaux besoins et des exigences du moment, les négocier, les défendre, les conquérir à nouveau»[370].

[370] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants pendant le mariage*, *op. cit.* pp. 231-232.

Conclusion chapitre II

Le 4 juin 1970 la loi sur l'autorité parentale, en mettant fin à la puissance paternelle rompt avec des années de suprématie juridique du père et de l'époux. Cependant, la mort du pater familias ne s'est pas faite soudainement. Elle a été préparée par un long affaiblissement des pouvoirs du père en une centaine d'années.

Sans vouloir remonter à la Révolution française, qui a posé le cadre d'un renouveau social, Balzac écrit « en coupant la tête de Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille ». Et pour cause, plusieurs lois vont dans le sens d'un amoindrissement de la puissance paternelle qui seroint les prémices de l'autorité parentale de 1970 dont la loi du 4 juin est « le résultat d'une jurisprudence saturée qui a continué d'aménager les rapports familiaux selon les besoins du moment et les espèces particulières qui lui étaient soumis »[371].

Au-delà du changement total des rapports dans la famille, le législateur en 1970 regroupe tous les textes qui concernent les différents aspects que peuvent prendre les relations personnelles des parents avec leurs enfants en effet, la loi de 1970 comprend plus de cinq cent articles regroupant des textes auparavant dispersés[372].

L'importance de la réforme entreprise en 1970 n'est pas contestable puisque « d'absolus, les droits de la puissance paternelle sont devenus « fonctionnels » et trouvent leur justification et leur limite dans le concept de l'intérêt de l'enfant.

[371] Raymond Le Guidec*, La notion de l'intérêt de l'enfant en droit civil français*, thèse de doctorat, droit, Université de Nantes, 1973, p. 48.
[372] La loi de 1970 comprend plus de 500 articles regroupant des textes auparavant dispersés.

D'autre part, la loi de 1970 fait disparaitre la primauté du mari et met la mère sur un pied d'égalité avec le père vis-à-vis de l'enfant[373].

Cependant, la loi de 1970 ne fait que prolonger un mouvement déjà largement engagé. En effet, il est indispensable, avant d'entamer l'étude de l'exercice de la puissance paternelle, de préciser l'évolution de l'épouse qui a une répercussion directe sur l'évolution même du rôle juridique octroyé à la mère de famille « Épouse et mère, tels sont les deux rôles que la femme est susceptible de tenir dans la famille. Il nous faut distinguer les deux occurrences afin de mieux les rapprocher »[374] .

[373]Claude Colombet., « La loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *Dalloz*, 1971, Chr n°135, p. 14.
[374] André Isoré, *La guerre et la condition privée de la femme*, Paris, E. de Boccard, 1919, 511 p.

Titre II : Une puissance paternelle subordonnée

> « Droits des femmes et droit de la famille ont longtemps entretenu des relations houleuses, voire d'opposition. S'il est un fait avéré, dans l'histoire des femmes, c'est que la principale source et cause de leur aliénation juridique a toujours résidé dans le souci de consolider la famille et de lui donner stabilité et sécurité »
>
> Françoise Dekeuwer-Defossez[375]

Longtemps l'autorité a régné dans la famille à travers la puissance paternelle et la puissance maritale, deux formes d'autorités qui régissaient les rapports entre époux d'une part et les relations entre les parents et les enfants d'autre part. D'ailleurs, Régine Beauthier souligne que : « Les historiens du droit, de la vie privée et de la famille tendent le plus souvent à présenter la puissance maritale comme une réalité intangible de l'ordre familial durant tout le XIX^e^ siècle »[376].

De toute évidence, les rôles d'épouse et de mère sont les deux fonctions que la femme est susceptible d'endosser dans la famille au XIX^e^ et XX^e^ siècle[377], dès lors « L'autorité du mari et père, de même que l'obligation de fidélité de l'épouse étaient garantes du bon fonctionnement de l'institution, pour le plus grand bien de ses membres. Dans une organisation de ce type, l'égalité des sexes comme la liberté de l'épouse n'avaient guère de sens »[378].

Pourtant si ces rôles lui sont dévolus depuis des siècles, ils ne lui ont pas toujours donné un état identique et ne lui ont pas toujours fourni les mêmes droits,

---

[375] Françoise Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille » in *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 175

[376] Régine Beauthier, *Le secret intérieur des ménages et le regard de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1444 p.

[377] André Isoré, *La guerre et la condition privée de la femme, op.cit.,* p. 34.

[378] *Ibid.,* p. 175.

ni infligé les mêmes charges. En fonction de l'évolution du statut de la femme, « peu à peu l'épouse-mère voit son pouvoir dans le ménage se développer et son infériorité vis-à-vis de son conjoint diminuer. S'inscrivant dans la continuité sociale, son sort se relève à travers davantage de considération et plus d'importance »[379].

Eu égard à ces considérations : « le Code civil de 1804 peut véritablement être considéré comme un modèle achevé de l'équilibre d'une famille patriarcale »[380]. Pour autant, il ne cessera de se métamorphoser pour s'adapter aux évolutions de la société en consacrant à la femme dès le début du XXe siècle des droits plus importants en matière familiale. Cependant, la prépondérance du père dans la famille en tant que chef de famille ne donnera initialement à la mère qu'un rôle de « subordonnée » en matière de droit au sein du foyer familial. Dans la subordination, il y a ainsi l'exclusion de compétence pour la mère comme précédemment étudié à travers l'article 373 et la primauté du chef de famille.

Ce titre second permettra de mieux comprendre la persistance de la supériorité du père, à travers l'analyse de la place qui lui est faite au sein de la famille en 1804 et sa conséquence directe sur le rôle subordonné de la mère **(Chapitre 1)** à travers l'analyse des différents courants politiques et de leur influence sur l'organisation de la famille.

Cela étant, alors que le modèle de la famille légitime traditionnelle s'accommodait assez aisément d'une « puissance paternelle » attribuée au père seul, qui se combinait en définitive plutôt bien avec une prééminence maternelle dans la vie domestique quotidienne, ce modèle ne pouvait cependant subsister dans un

---

[379] André Isoré, *La guerre et la condition privée de la femme, op.cit.,* p. 34.

[380] Françoise Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille » in *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 176 : « Titulaire de la puissance paternelle et de la puissance maritale, le mari est seigneur et chef de la communauté. Il est seul juridiquement capable, l'épouse ne pouvant donc pas gérer ses biens, même si elle a hérité une fortune de sa propre famille. Le cœur du mariage est la présomption de paternité qui lie les enfants de l'épouse au mari et donne donc une descendance à celui-ci ».

système juridique où l'égalité des sexes devenait progressivement une norme fondamentale. En effet, « cette promotion des droits des femmes dans la famille s'est construite sur le modèle général de l'égalité des sexes, qui est l'indifférenciation des rôles. Le combat de l'émancipation féminine s'étant déroulé par la démonstration de ce que les femmes étaient capables d'assumer les mêmes fonctions et responsabilités que les hommes dans la cité, l'égalité s'est aussi réalisée en droit de la famille par le biais d'une indifférenciation des rôles du mari et de la femme, du père et de la mère »[381]. L'évolution a été particulièrement importante en la matière puisque la loi du 18 février 1938 va supprimer l'incapacité de la femme mariée, mais sans toucher à la puissance maritale, ce que fera la loi du 22 septembre 1942 qui l'a fait disparaitre. Chemin faisant, il est nécessaire de comparer l'évolution de la condition de l'épouse à celle de la mère dans la famille au XX^{e} siècle[382] **(Chapitre 2)**.

[381] Françoise Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille » in *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 194, *op.cit.*, p. 177.
[382] Françoise Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille » in *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 194.

Chapitre I. La prédominance du père de famille dans le Code civil

« Les femmes, êtres inférieurs irrémédiablement »

Roger Martin du Gard[383].

Ayant constitué la famille, le législateur doit l'organiser, c'est-à-dire préciser son fonctionnement alors qu' « il était autrefois banal de penser que la paix de l'État reposait sur le bon ordre dans les familles. La tradition juridique de l'Ancien Régime appuyée sur un prétendu ordre naturel des choses attribue au mari et père toute autorité sur sa femme et sur ses enfants et en fait en quelque sorte le policier de la famille. Par conséquent, à cette famille légitime qui sert de modèle aux rédacteurs du Code civil, il faut un gouvernement dont le mari est le chef »[384].

Le Code civil de 1804 se veut fidèle à la tradition coutumière en octroyant l'autorité maritale au mari sur sa femme qui lui doit obéissance. En effet, la condition de la femme mariée édictée par le Code civil français est une des plus mauvaise dans la mesure où le Code adopte le principe de l'incapacité de la femme mariée et c'est ce qui a fait dire au jurisconsulte Paul Gide que « La liberté de la femme finit où le mariage commence »[385]. Cette solution admise par le Code civil peut s'expliquer par la méfiance qu'avait le premier consul à l'égard des femmes « Il faut que la femme

[383]Roger Martin du Gard, *Jean Barois*, Paris, Galimmard, 1913.
[384] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit,* Paris, PUF, 1991, p. 555.
[385]Leila Saada, « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *Napoleonica. La Revue*, 2012/2 (N° 14), p. 25-49.
[385]Henri Vialleton, *L'autorité maritale sur la personne de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1919, p. 40.

sache, disait-il, qu'en sortant de la tutelle de sa famille, elle passe sous celle de son mari. Un mari doit avoir un empire absolu sur les actions de sa femme »[386].

Par conséquent, dès que la femme se marie elle devient incapable et le mari acquiert alors tous les droits sur sa personne et sur ses biens. Dès lors : « la femme ne peut plus accomplir aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari, ou celle de la justice au cas où le mari refuse ou s'il est dans l'impossibilité de lui fournir une autorisation »[387].

De ce fait, la prépondérance de l'homme s'affirme, d'après l'organisation familiale du Code, « dans tous les aspects de la famille, l'autorité du père sur ses enfants répond ainsi à celle du mari sur sa femme et toutes deux forment un système homogène dont les parties ne doivent pas être séparées »[388]. Or, dans les faits, l'affection réciproque assortie à l'intérêt de l'enfant et de la famille, assure une collaboration dans l'éducation de ce dernier et cela répond bien à la nature des choses. On doit dès lors envisager cette règle comme une notion permettant de résoudre, par l'autorité d'un seul, les conflits qui peuvent se produire.

Tout autre est le rapprochement qu'il est possible de faire en ce qui concerne l'influence sur la famille, entre l'autorité domestique et les courants politiques. En effet, Bonaparte opère un parallèle entre les institutions politiques et la vie familiale (**Section 1**).

Par la suite, l'évolution va se poursuivre dans le sens du paternalisme juridique de 1870 à 1970 avant l'avènement d'une démocratie familiale (**Section 2**).

---

[386] Louis Vivien de St-Martin, *Histoire de Napoléon, du Consulat et de l'Empire*, E et V. Penaud Frères, Paris, 1847, p. 168.
[387] Charles Bonaventure, Marie Toullier, Alexandre Duranton, *Cours de droit civil suivant le Code civil*, Paris, H. Tarlier, 1835, p. 310.
[388] Henri Vialleton, *L'autorité maritale sur la personne de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, Imprimerie de Firmin et Montane, 1919, p. 40.

Mais quelle est l'origine ou encore la justification de cette supériorité maritale ? Quels en sont les fondements ?

Section 1. Les justifications politiques et sociales de la prédominance de l'autorité du père de famille de Napoléon à Pompidou

« Aux hommes, la fabrication des lois, aux femmes, la réforme des mœurs »

Isabelle Gatti de Gamond[389].

Depuis toujours, les relations familiales s'organisent en fonction de l'évolution des sociétés et des cultures. En France, « les relations entre l'État et la famille s'inscrivent en France dans une longue et complexe histoire faite de tensions et de compromis. La distinction entre le domaine politique et le domaine civil est historiquement le premier argument avancé pour soutenir l'adéquation du Code avec le régime de Napoléon »[390]. Pour les penseurs de l'Ancien Régime comme pour Napoléon Bonaparte lui-même qui en exprime l'idée au Conseil d'État, l'organisation de la famille est au « premier chef une question politique »[391].

En effet, la structure juridique de la famille imposée par le Code civil correspond parfaitement avec les aspirations des milieux catholiques et royalistes présents sur la scène politique jusqu'en 1848. La Restauration et la Monarchie de Juillet, offrent quant à elles des conditions politiques plus favorables à l'affirmation d'un pouvoir domestique fort. En effet, en 1817 une proposition de loi vise à « mettre en harmonie les effets du pouvoir paternel avec nos institutions

[389] Cet adage est emprunté à l'ouvrage d'Isabelle Gatti de Gamond, *De la condition des femmes aux dix-neuvième siècle et de leur éducation publique et privée*, Bruxelles, Berthot, 1834, cité par Marie Thérèse Coenen, *Corps de femmes : sexualité et contrôle social*, Bruxelles, De Boeck, p. 203.
[390] Michel Fize, *La famille*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2005, p. 124 : « C'est en 1939 à l'initiative du gouvernement Paul Raynaud qu'un ensemble de dispositions concernant la famille sont adoptées et réunies dans le Code de la famille ».
[391] Robert Savatier, *L'art de faire des lois, Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dalloz, 1927, p. 25.

monarchiques, la dignité de la paternité, l'honneur et l'intérêt des familles »[392]. On va même jusqu'à dénoncer une crise de la famille consécutive à l'affaiblissement du pouvoir domestique[393].

Jean Maitron offre un véritable état des lieux de la pensée sociale dans la première moitié du XIX[e] siècle au sein de son article sur « *Les penseurs sociaux et la famille dans la première moitié du XX[e] siècle* », où il invoque que « L'autorité paternelle devient alors le symbole de l'archétype de toute autorité politique ! » [394].

D'ailleurs, à en croire les penseurs sociaux et les juristes qui s'expriment sous le Second Empire, un véritable consensus se dégage en faveur d'un pouvoir paternel fort. À cet égard, Le Play, désigné comme l'un des fondateurs de la sociologie moderne et dont les ouvrages ont un sérieux impact dans le dernier tiers du XIX[e] siècle, ne se prive pas de faire l'apologie du modèle familial patriarcal de type romain, et prétendre même que les seules sociétés stables sont celles qui reposent sur ce type d'organisations familiales[395].

Néanmoins, comme se questionne Jerôme Ferrand « lorsque les juristes et les théoriciens chevronnés interviennent avec autant de vigueur pour défendre une institution, en l'occurrence la puissance paternelle, c'est bien souvent parce que cette dernière est menacée. Aussi, les louanges appuyées à la gloire de la puissance domestique seraient-elles moins un témoignage de sa force que la marque de son déclin imminent ? »[396]. En effet, l'état de grâce de l'institution paternelle ne va pas

---

[392]Proposition de Dubrue, Chambre des députés, 1[er] février 1817, dans *Arch.parl.*, 2[ème] série, XVIII, 486.

[393] Raymond Deniel, *Une image de la famille et de la Société sous la Restauration*, Paris, éditions ouvrières, 1965, p. 101.

[394] Jean Maitron, « Les penseurs sociaux et la famille dans la première moitié du XIX[e] siècle », in *Renouveau des idées sur la famille*, R. Prigent, 1954.

[395] Georges Austin, « Comment se perpétuer », In *Société d'éthnologie,* Paris, 1989, p. 104.

[396] Jérôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle, op. cit.*, p. 435 : Il ne faut pas en déduire pour autant que le déclin de la puissance paternelle est l'effet direct de la chute du régime impérial. Toutefois, on ne saurait nier qu'elle n'ait eu un effet indirect tant avait « été souligné le rapport entre le pouvoir paternel et le pouvoir monarchique ou impérial ».

perdurer au-delà de la fin du Second Empire. De ce fait, même s'il demeure difficile de mesurer le degré d'influence réciproque entre le modèle d'organisation familiale et la structure du régime politique sous lequel il se développe, force est de constater que le régime monarchique s'accorde particulièrement bien avec un pouvoir domestique de même nature.

Ainsi, dans les deux premiers tiers du XIX^e^ siècle, rien ne peut laisser présager une quelconque remise en cause du pouvoir paternel puisque « Le monde politique est dominé par les milieux catholiques, royalistes et bonapartistes, lesquels imposent leurs vues »[397]. Pour ces derniers, la puissance domestique, celle du mari et du père, est la seule qui puisse réeelement préserver la famille et la société. Elle s'inscrit dans le cadre du mariage auquel la loi du 8 mai 1816 va redonner une certaine vigeur en instaurant à nouveau la suppression du divorce.

Concernant l'incapacité de la femme mariée, il faut également savoir qu'à l'époque du Code civil, ce n'était pas tant la femme que l'épouse qui se voyait ainsi mise en tutelle, les « filles majeures » et les veuves avaient en effet, la capacité juridique de gérer leur patrimoine. Toutefois, « la cohésion de la famille nécessitait l'exercice d'une autorité qui ne pouvait être dévolue qu'au mari »[398]**(§1)**. Pour autant, le respect indéniable des dispositions du Code civil concernant la puissance paternelle va cesser et la tendance va progressivement s'inverser. Le mouvement de profonde réforme qui s'affirme alors dans le dernier tiers du XIX^e^ siècle conduit la puissance paternelle lentement vers son terme **(§2)**.

---

[397] Jérôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle, op. cit.*, p. 434.

[398]Françoise Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année sociologique* 2003/1 (Vol. 53), p. 176.

§1. L'esprit conservateur du Code civil

« On a rétabli la magistrature des pères » exposait le Discours de présentation du Code civil en l'an XII[399]. L'année précédente, en 1803, devant le Conseil d'État, lors des travaux préparatoires du Code civil, Portalis s'en était déjà expliqué dans l'Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage : « Il nous a paru utile aux mœurs de faire revivre cette espèce de culte rendu par la piété filiale au caractère de dignité, et j'ose dire, de majesté que la nature elle-même semble avoir imprimée à ceux qui sont pour nous, sur la terre, l'image et les ministres du Créateur »[400].

En la matière, les législateurs du Consulat marquent un tournant radical avec le droit révolutionnaire. En effet comme le souligne Alain Desraynaud : « les assemblées de la Révolution, inspirées par les idées de Pufendorf et de Locke, avaient cherché à faire triompher une conception égalitaire de la famille »[401] alors que l'une des vocations premières du Code civil était de réagir contre une conception de la famille fondée sur le principe d'égalité.

Dans ce nouvel ordre ainsi établit, le principe d'autorité trouve sa véritable représentation en la personne du chef de famille. Dès lors, il demeure intéressant de comprendre comment « la nécessité de relier juridiquement un homme aux enfants nés d'une femme peut aboutir à instituer une autorité du père sur la mère ? »[402].

Ainsi, il est nécessaire d'étudier les raisons qui justifient cette prédominance du père de famille en 1804 à travers une famille qui se veut restaurée à l'image de l'État **(A)** et dont la direction unique de la famille se justifie à travers la nécessité de prévenir les conflits **(B)**.

---

[399] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.* p. 498.
[400] Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, p. 383.
[401] Alain Desraynaud, *Le père dans le Code civil un magistrat domestique, op.cit.,* p. 3.
[402] Françoise Dekeuwer-Defossez, « Les droits des femmes face aux réformes récentes de la famille », in *L'année sociologique*, Paris, Puf, 2003, p. 176.

A. La famille restaurée a l'image de l'État

Pour le régime consulaire de 1801, la famille doit avoir la même rigueur que l'État a fait preuve après la Révolution dès lors que la législation du Code se veut tout à fait différent de celle du système Révolutionnaire[403].

Sous le système révolutionnaire, c'est à la demande de la Législative puis de la Convention que Cambacérès élabore trois projets qui ne seront jamais adoptés, mais qui montrent bien les intentions révolutionnaires et plus spécialement de la bourgeoisie montagnarde. À l'égard des femmes mariées, aucun de ces projets n'admet l'autorité maritale ni l'incapacité de la femme mariée. C'est alors que des hommes comme Danton, Camille Desmoulins ou encore Couthon défendent la nécessité de « rétablir les femmes dans leurs droits naturels » et d'abolir la puissance maritale, considérée comme la « création des gouvernements despotiques »[404]. Dès lors, ils partagent les idées de Condorcet qui à la même époque demande « l'entière destruction des préjugés qui ont établi entre les deux sexes une inégalité des droits funestes à celui même qu'elle favorise »[405].

Quant aux orateurs de la Montagne, ils soutiennent en vain Cambacérès et les articles discutés sont tous ajournés. Toutefois, au sein du nouveau projet, la puissance maritale est d'ores et déjà partiellement rétablie, et ce dès le début du Directoire au détriment de l'égalité entre époux. On constate dès lors que si les Révolutionnaires hésitent à supprimer l'autorité de l'époux sur sa femme, ils sont en revanche bien décidés à détruire la puissance paternelle. Il est vrai que philosophes et

---

[403] Leila Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 2007, p 29.

[404] Philippe Sagnac, *Législation civile de la Révolution*, Genève, Mégariotis, 1979, pp. 300-301 ; Marc Ancel, *Traite de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938, op. cit.*, p.13 ; Charles Morizot-Thibault, « De l'autorité maritale », in *Renouveau des idées sur la famille*, Paris, R. Prigent, 1954, pp. 50-58.

[405] Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, J. Vrin, 1970, p. 274. Voir également Xavier Lannes, « Le XVIII[e] siècle, L'évolution des idées », in *Renouveau des idées sur la famille*, I.N.E.D. t. 18, 1954, p. 34-49 ; Alfred Dufour, « Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel », in *Archives de philosophie du droit*, t. 20, Paris, Sirey, 1975, pp. 111 et suiv.

hommes politiques ont eu plus d'occasions de protester contre l'autocratie des pères que contre celle des maris. On constate ainsi que les trois projets de Cambacérès définissent exactement de la même façon l'autorité des parents. Elle est alors considérée comme un devoir de surveillance et de protection qui appartient de manière égale au père et à la mère[406]. D'après ce dernier : « La nature le veut et ce sont les régimes despotiques qui ont transformé ce devoir en puissance »[407].

Ces formules vives aux antipodes de celles des juristes d'Ancien Régime n'ont pas réellement été soutenues car : « aucun de ces projets ne fut voté et que sur le plan politique, le féminisme se déconsidéra par sa virulence. La Convention fit même décapiter l'une de ses protagonistes, Olympe de Gouge et dissoudre les clubs politiques des femmes »[408].

Dès l'époque du Directoire, on commence à faire marche arrière par rapport aux idées égalitaristes dans la famille. Le mouvement s'accélère lors de la préparation du Code civil, Bonaparte prend le pouvoir après le coup d'État du 18 brumaire an VIII et l'aventure révolutionnaire est alors close et Bonaparte va imposer rapidement la marque de son autoritarisme sur le droit familial[409]. Par conséquent, « la stratégie bonapartiste va opérer un parallèle entre les institutions politiques et les institutions sociales. Le régime consulaire va être associé à l'institution sociale la plus élémentaire, mais aussi la plus indispensable à ses contemporains : la famille »[410]. Mais le problème de l'autorité dans la famille est de ce fait plus que jamais une question politique. Faut-il alors accepter cette dépendance absolue du Code civil à l'égard du pouvoir napoléonien ? Les travaux de Xavier Martin ont démontré ce qu'avait voulu et

---

[406] Bernard Schnapper, « La correction paternelle et le mouvement des idées au XIX^e siècle », in *Revue Historique*, t. 263, 1980, p. 321-322 ; p. 525-526.
[407] Paul-Antoine Fnet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 102 : Rapport Cambacérès, 23 fructidor an II, 9 septembre 1794, sur son 2ème projet.
[408]Louis Devance, « Le féminisme pendant la Révolution française » : *Annales historiques de la Révolution française*, n°229, 1977, p. 341.
[409] Soit des 9 novembre et 21 décembre 1799.
[410] Leila Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 2007, p 28.

obtenu le chef de l'État : « une puissance paternelle à l'image de celle du père de la Nation, mais soumise à la tutelle étatique, un encadrement familial qui serve de relais à l'autorité du souverain, une propriété et une liberté contractuelles confortées sous la surveillance de la puissance publique. Il ne fait aucun doute que les ressorts autoritaires du Code, notamment dans le droit de la famille, servaient les desseins politiques du césarisme »[411].

Le père, un magistrat domestique

Lors du Discours préliminaire du Code Civil, il est dit que « Les enfants doivent être soumis au père »[412]. Pour les rédacteurs du Code civil, la puissance paternelle emporte donc la plénitude des pouvoirs sur la personne et l'administration légale des biens des enfants mineurs de vingt et un ans[413].

Dès lors Portalis, exposant les motifs du projet de loi sur le mariage déclare devant le Corps législatif que : « Les familles sont la pépinière de l'État et c'est le mariage qui forme les familles »[414]. Il est à noter que cette expression s'inspire directement d'une formule de l'ordonnance royale de 1639 présentant la famille comme « le séminaire de l'État »[415].

---

[411] Xavier Martin, *Nature humaine et Révolution française*, Paris, Morin, 1994, 277 p .
[412] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t.10, p. 519.
[413] Alain Desraynaud, *Le père dans le Code civil un magistrat domestique, op.cit.,* p. 10.
[414] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op.cit*, t.9, p. 138, présentation au Corps législatif du projet de loi sur le mariage et exposé des motifs par Portalis.
[415] Leila Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 2007, p 45 : « Ainsi la fonction de la famille est reconnue intemporelle, universelle, mais aussi cruciale dès lors que l'ordre politique repose entièrement sur la famille. Pour Bonaparte, le père et l'époux doit être un véritable relais de l'État fondant une nouvelle société à l'image du régime politique qu'il veut mettre en place. L'autorité ne doit venir que d'un seul chef qui instaure la discipline dans sa famille pour normaliser l'ordre étatique ».

C'est alors que le Premier Consul, les rédacteurs du Code civil et les conseillers d'État vont restaurer la puissance paternelle et feront du père « un véritable relais pour l'État au sein de sa famille, tel un magistrat domestique »[416]. En effet, pour le législateur de 1801, le père exerce une véritable fonction publique et c'est ce qu'affirme clairement Portalis au cours de son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, prononcé devant le Conseil d'État le 21 janvier 1801 « On a besoin que les pères soient de vrais magistrats[417] ». Il précise, également, dans ce même discours que « Chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes à savoir l'État »[418].

En somme, il est de l'intérêt de l'État que l'ordre règne dans la famille. C'est ce qui ressort des propos de Maleville, pour lequel « la puissance paternelle est la providence des familles ; comme le gouvernement est la providence de la société (…) quelle tension ne faudrait-il pas dans un gouvernement qui serait obligé de surveiller tout par lui-même, et qui ne pourrait pas de reposer sur l'autorité des pères de famille pour suppléer les lois, corriger les mœurs et préparer l'obéissance ? »[419].

Maleville précisera également le sens donné à la puissance paternelle par le Premier Consul. En effet, « celui-ci souhaite donner au père et au mari une autorité sur sa famille identique à celle exercée par le chef de l'État sur les citoyens. En d'autres termes le chef de famille doit détenir sur ses enfants et sur sa femme une puissance suprême et incontestée. »[420].

On sent encore l'attaachement à la notion de puissance paternelle pour certains alors que d'autres préconisent de s'en détacher afin de faire évoluer la législation.

---

[416] Leila Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 2007, p 41.
[417] Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil op. cit*, p. 486.
[418] *Ibid.,* p. 498.
[419] *Ibid.,* p. 486.
[420] Leila Saada, *Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'Etat sur les questions familiales*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 2007, p 41.

B. La nécessité de maintenir une direction unique afin de prévenir les conflits

Alors que le Code de 1804 rétablit une rigoureuse autorité domestique, celle-ci n'est pas identique à celle de l'Ancien régime. Malgré ses tendances autoritaires, le code fait véritablement œuvre de compromis. Les auteurs qui défendent le principe d'autorité maritale et la soumission de la femme justifient le principe dans la nécessité d'assurer à la famille une direction unique afin de prévenir les conflits familiaux. D'après ces derniers, « le renforcement de la famille n'a dès lors rien de réactionnaire en soi, mais il se trouve que les penseurs qui l'ont exalté ont tous placé l'autorité du mari au-dessus de celle de la femme »[421].

Cette pensée peut être illustrée à travers les propos de Louis de Bonald qui a écrit son principal ouvrage en 1796, *Théorie du pouvoir politique et religieux dans la société civile démontrée par le raisonnement et par l'histoire* et qui explique lors d'un discours à l'Assemblée en 1816 que : « Nous marcherons donc vers le but que la France nous indique et que nous nous sommes proposé : la destruction des doctrines révolutionnaires, le rétablissement de la religion, la sûreté du trône, le bonheur de la nation, le bon ordre dans les familles »[422].

Mais que signifie pour Bonald « le bon ordre dans les familles » ? C'est la remise en ordre des « hiérarchies naturelles » et la restitution de l'autorité au père de famille :

---

[421] Maïté Albistur, Daniel Armogathe, *Histoire du féminisme français, de l'empire napoléonien à nos jours*, Paris, Des femmes , 1977, p. 367 : « Il n'est alors pas étonnant que la pensée de Bonald et les idées de Maistre aient été taxées de réactionnaires. En effet, c'est après la Révolution, accusée de s'acharner principalement à détruire la petite lueur d'espoir que l'avènement du régime démocratique a fait naître. Mais en réalité, le courant républicain et le courant légitimiste, parce qu'ils placent l'homme au sommet de la hiérarchie sociale, se rejoignent au moins sur ce point, celui de la domestication légale de la femme. Dans l'un comme dans l'autre, la bourgeoisie au pouvoir va trouver sa caution éthique. Les rédacteurs du Code civil ont certes conseillé aux pères d'écouter la « voix de la nature », mais leur objectif primordial a été de rétablir une puissance paternelle forte, « providence des familles » sur laquelle le gouvernement peut se reposer ».

[422] Paul Savy, « Les sources et le sens de l'oeuvre de Bonald », in *Œuvres complète de M. Bonald*, Aix-en-Provence, Ad. Le Clerc, 1830, I, pp. 74-75.

« La mère de famille participe du pouvoir domestique, dont elle est l'agent nécessaire ou le moyen naturel. Son autorité est non égale, mais semblable à celle de son époux, et lui est subordonnée ; elle est inamovible, parce que le bien conjugal est indissoluble»[423]. Dès lors, c'est profondément choqué de l'ascendant que les femmes ont pris dans la société depuis le XVI[e] siècle, il voit là une des causes de la décadence de l'État[424].

Pour Joseph de Maistre, la Révolution a confirmé le retour de Satan sur la terre et les sociétés démocratiques « veulent effacer la marque du péché originel, mais tôt ou tard, elles doivent expier »[425]. Sa philosophie s'ouvre à une théorie du sacrifice. Lorsqu'une société ou un régime méconnait l'ordre naturel des choses, l'ordre théocratique est perdu. C'est la raison pour laquelle Maistre appelle de ses vœux le retour de la monarchie. La consolidation de la famille constitue un des thèmes majeurs de la pensée Maistrienne : « Parmi nous, l'autorité paternelle est à peu près ce qu'elle était chez les Romains…Les fils de famille vivent paisiblement sous le joug salutaire qui les assujettit. La naissance de la liberté ne précède pas chez eux celle de la raison… Les mariages se font sur la bonne foi des pères et l'union intérieure des familles forme le plus beau côté du caractère national (…) La paix, la tranquillité, l'utile monotonie des usages, l'honnête médiocrité, la douce obscurité et l'habitude de respecter toujours les mêmes choses, voilà votre lot »[426].

Face à ces derniers principes exposés, il est aisé de comprendre que la question du mari en plus de celle du père, car donner l'autorité à l'un des deux parents, c'est lui donner toute l'autorité qu'elle soit maritale ou paternelle. A cette époque, l'autorité ne

---

[423] Louis de Bonald, *Œuvre complète de Bonald*, volume 1, Paris, Société nationale, 1845, p. 398.

[424] Maïté Albistur, Daniel Armogathe, *Histoire du féminisme français, de l'empire napoléonien à nos jours*, Paris, Des femmes , 1977, p. 243.

[425] *Ibid.*, p. 366 : « Plus tourmenté est le génie de Joseph de Maistre, ce franc-maçon, ambassadeur du roi d'Italie en Russie est l'auteur de deux ouvrages importants : *Du Pape* (1819) et les Soirées *de Saint-Petersbourg* (publié en 1891). Il est avec Bonald l'un des doctrinaires politiques de la Restauration les plus influents ».

[426] Robert Triomphe, *Joseph de Maistre : étude sur la vie et sur la doctrine d'un matérialiste mystique*, Paris, Librairie Droz, 1938, p. 4.

se partage pas entre parents, mais on ne distingue pas entre l'autorité paternelle et l'autorité maritale.

Ainsi, la mère est « dominée légalement par un mari à la fois protecteur et chef de famille, la femme ne peut que concourir à la direction du foyer. Son rôle théoriquement ne doit être que celui d'une aide, efficace sans aucun doute, mais soumise aux volontés de son mari. Les initiatives qu'elle peut prendre sont relativement limitées puisque l'autorisation du père se trouve requise dans de très nombreuses hypothèses. S'il doit la consulter avant de prendre une décision, il ne s'agit là que d'une simple possibilité, sans contrôle judiciaire. De toute manière, en cas de désaccord, c'est à lui qu'il appartient de trancher, en raison de la nécessaire unité de direction pédagogique »[427].

Un tel autoritarisme ne pouvait aboutir à des résultats tangibles ce qui explique son recul au-delà de 1830 quand les libéraux vont accèder au pouvoir et que la pression féminisne ne cessera de prendre de l'ampleur.

[427] Marie France Callu*, Le nouveau droit de la femme*, l'Hermes, Paris, 1978, p. 201.

§2. La défense des libéraux et les intentions de la IIe République

Avec la Révolution de 1830 s'ouvre une période de plus d'un siècle où la famille ne va cesser de se transformer. Une révolution profonde dans les mœurs et dans les idées entraine une évolution parallèle de la législation familiale à travers notamment le recul de la magistrature paternelle[428]**(A)**.

Malgré cette lutte engagée contre l'autorité paternelle entre 1848 et 1852, seuls deux projets parlementaires ont été mis en exergue, l'un de gauche et l'autre mais sans qu'aucun des deux ne puissent aboutir[429] .

Arrivent alors les prémices du renforcement de cette autorité domestique renforcée sous le Second Empire **(B)**.

A. Le recul de la magistrature paternelle

D'après les rédacteurs du Code civil, il était tout simplement nécessaire de faire conduire la famille par le mari, mieux placé que la femme pour cela et non en raison d'une infériorité naturelle et générale par rapport à l'homme. Cet ordre d'idées est comparable avec ce qu'affirme Romain Cubain dont le *Traité sur le droit des femmes* fit autorité. L'incapacité n'est justifiée d'après ce dernier que « par la nécessité de fonder

[428] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.,* p. 565.

[429]Rapport Montigny sur proposition Benoit-Champy, Moniteur, 14 août 1851, p. 2384 : « En 1850, un député de gauche ironise sur cette situation : « Ne touchez jamais aux lois ; les lois sont comme une arche sainte ; si nous y touchons-nous sommes frappés démord C'est à dire que, soit en détail, soit e bloc, vous ne voulez absolument rien changer à ce qui est ; c'est) à-dire que vous êtes parfaitement contents de la vieille société… Messieurs, vous professez un immense respect pour le code civil. Vous ne voulez rien y changer… Si l'on vous proposait de rétablir le code civil en ce qui concerne le divorce ? », Paulin Durieux, député à l'Assemblée Nationale, 16 mars 1850, Moniteur du 17, p. 902, c. 1. Député de Mauriac, il siège à gauche. Réélu en 1871, il se plaça à l'extrême gauche et soutint toutes les revendications républicaines. A cet égard, un député de droit devait s'excuser de proposer une réforme du code civil ».

la puissance maritale » et l'autorisation que donne le mari est exigée uniquement dans cet intérêt »[430].

Sous la Monarchie de Juillet, une évolution de la pensée va naître à l'éagrd de la femme et de la mère de famille. Un mouvement féminin se crée sous l'influence des Saint-Simoniens soucieux de « réhabiliter la chair » à l'image de Fourier et de faire cesser « l'exploitation de l'homme par l'homme »[431]. Déjà, sous Louis-Philippe, ces revendications s'appuyaient sur un mouvement littéraire et bourgeois. Les femmes réclament alors des droits politiques, mais surtout des droits civils, luttant contre l'inégalité dans la famille et devant le mariage. Force est de constater que dans une première étape les femmes réclament surtout des droits familiaux tandis qu'au-delà de 1848 et surtout de 1880, elles s'intéressent davantage à des objectifs politiques et au droit de suffrage : « À l'image de George Sand, certaines femmes s'élèvent contre l'interdiction du divorce, le devoir d'obéissance au mari ou l'obligation de le suivre partout où il souhaiterait établir le domicile conjugal. La jurisprudence admet dès lors des tempéraments et permet à la femme d'y échapper quand son mari ne peut la recevoir convenablement »[432].

Trois forces vont alors s'opposer aux conservateurs catholiques qui souhaitent renforcer l'autorité domestique et « c'est à travers un libéralisme bien tempéré que saint-simoniens et féministes empêchent toute réforme dans un sens comme dans l'autre comme le prouve la II^e^ République dont la vigueur des débats ne s'illustre en

[430] Romain Cubain, *Traité sur le droit des femmes en matière civile et commerciale*, Paris, Joubert, 1842, p. 57.
[431] Paul De Loribar, *Code de l'éternelle mineure*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1922 ; Marguerite Thibert*, Le féminisme dans le socialisme français*, thèse de doctorat, Lettre, Université de Paris, 1926, pp. 25-31 ; Léon Abensour, *Le féminisme sous le règne de Louis Philippe*, Paris, Plon-Nourrit, 1913, pp. 3-61 et 108-129.
[432] Henry Vialleton, *L'autorité maritale sur la personne de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1919, n°44, p. 93.

aucun cas avec des résultats probants, notamment en matière d'autorité domestique »[433].

B. Le renforcement de l'autorité domestique sous le Second Empire

La période du Second Empire est une période singulière dès lors qu'entre 1852 et 1870, l'œuvre de Bonaparte va bénéficier d'un prestige renforcé, ce qui va à l'encontre de l'idée d'une réforme. À cette époque, l'autoritarisme bonapartiste repose sur la base d'une tradition catholique. A cet égard, les rapports entre les catholiques et l'État sont particulièrement bons jusque vers 1860 et la guerre d'Italie.Cette entente justifie dès lors : « La pérennité du soutien envers la sainteté de l'autorité maritale et la puissance paternelle, considérées toutes deux comme la base de la famille et loi naturelle d'après la pensée des auteurs catholiques »[434].

En outre, ces idées étaient également partagées par d'autres hommes, cette fois-ci sans référence religieuse, à l'instar du député républicain Jules Simon ou encore du Professeur Charles Demolombe qui déclarait que « la puissance paternelle était aussi indispensable à la liberté qu'à l'ordre des sociétés »[435].

Ainsi, il est aisé de constater que pour que des idées nouvelles voient le jour en matière d'autorité domestique, il faut alors attendre l'apogée du libéralisme économique avec le traité franco-allemand de 1860, l'époque de la guerre d'Italie et de la rupture du gouvernement et des catholiques. Tout cela explique que pour la première fois, le Code civil fasse l'objet d'étude critique et de proposition de réformes systématiques. Les circonstances se veulent également moins favorables à la

[433] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit,* Paris, PUF, 1991, p. 566.
[434] *Ibid.*., p. 570.
[435] Jules Simon, *La liberté*, Paris, Hachette, 1859, pp. 304-306 ; Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, De l'adoption et de la tutelle officieuse, op. cit.,* p. 222.

diffusion des idées conservatrices et catholiques en raison de la difficulté des rapports entre la papauté et Napoléon III[436].

Cependant, en 1866 se fonde un « *Comité d'études pour la refonte du Code civil* » chez Jules Favre où se trouvent des figures importantes de la III[e] République comme Jules Ferry, Henri Brisson ou encore Joseph Garnier. Les idées de l'un des membres les plus actifs vont dans le sens de l'égalité familiale. En effet, c'est Émile Accolas qui, dans son Manuel de droit civil publié en 1869 affirme que « le mariage repose sur l'égalité, la puissance maritale est une des plus regrettables traditions du vieux droit civil, autoritaire et monarchique »[437].

De toute évidence, le Code est désormais remis en question, critiqué et considéré comme trop autoritaire justifiant le passage à un paternalisme juridique qui aboutira finalement à une véritable démocratie familiale.

[436] Jean Maurain, *La politique ecclésiastique du Second Empire*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1930, p. 30.
[437] Emile Accolas, *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants : contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, E. Thorin, 1869.

Section 2. Du paternalisme juridique à une démocratie familiale

Avec la chute de l'Empire, on va prendre davantage en considération l'influence des législations étrangères et particulièrement de l'Angleterre[438].

Or depuis longtemps, les juristes conservateurs se félicitaient que la femme anglaise soit dans un état de subordination plus stricte qu'en France et voilà que sous l'influence du livre *De l'assujettissement des femmes* de Stuart Mill en 1869[439], la situation changeait et menait à une loi de 1882 qui l'affranchissait complètement.

Les socialistes français militaient également pour l'égalité des sexes et l'émancipation des femmes mariées, sauf Prouhdon[440]. Ajoutons que la chute du régime impérial pouvait avoir un effet indirect ; les conservateurs avaient assez souligné le rapport entre l'autorité monarchique et l'autorité familiale pour fournir un argument facile à la gauche, le Code n'était-il pas, comme disait Émile Accolas, « l'œuvre d'un vulgaire capitaine, une vraie nature de bandit corse »[441]**(§1)**.

A partir de 1890, la pensée politique change avec le ralliement à la République d'une partie des conservateurs. L'influence catholique subit un déclin manifeste alors que « la montée de la gauche laïque et des socialistes, le rôle croissant de l'État dans le monde du travail et le mouvement féministe semblent les trois facteurs principaux qui ont réévalué l'autorité du père et du mari dans la famille »[442]. **(§2)**, tout comme l'impact de l'industrie qui a véritablement métamorphosé le schéma familial classique. **(§3)**.

---

[438] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 571.
[439] John Stuart Mill, *De l'assujettissement des femmes*, Paris, Guillomin, 227 p.
[440] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 571 : Leur audience est alors limitée par la haine très violente et très répandue dans la bourgeoisie et la paysannerie envers la Commune, mais les condamnés de la Commune étaient graciés puis amnistiés en 1879-1880, et les premiers députés socialistes élus en 1885.
[441] Emile Accolas, *Le contrat de mariage*, Paris, C. Delagrave, 1886, p. 33.
[442] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 581-582.

§1 : Le paternalisme juridique de 1870 à 1890

Les Républicains hésitent à affranchir les femmes à l'image de la gauche républicaine qui ne souhaite pas vraiement abaisser l'autorité domestique entre 1870 et 1890.

C'est à cette politique pragmatiste qu'il convient, d'après Bernard Schnapper, dans son ouvrage intitulé *Voies nouvelles en histoire du droit*, de donner le nom de « paternalisme juridique »[443].

Il s'agit alors d'étudier l'évolution des courants de pensée à l'égard de l'autorité familiale **(A)** avant de constater que les catholiques et les républicains vont finalement s'accorder sur le maintien de l'autorité habituelle **(B)**.

A. L'évolution des courants de pensée

On retrouve dans l'œuvre d'Emile Acollas l'idée que les socialistes français, partisans de l'égalité des sexes et de l'émancipation de la femme mariée sont particulièrement intéressés par cette question. En effet, les conservateurs qui soulignaient le rapport entre l'autorité monarchique et l'autorité familiale ont donné un argument facile à la gauche dès lors que le régime impérial est tombé[444].

---

[443] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 555 : Il en résulte que face à une question aussi controversée que l'autorité domestique, les majorités ne se forment que pour protéger le faible contre les abus d'autorité du fort, les bonnes ménagères contre les maris ivrognes et débauchés ou les enfants contre les violences, la négligence ou l'immoralité de leurs parents. On songe alors plus à moraliser la population qu'à réformer la famille, car c'est le seul terrain d'entente entre catholiques avancés et républicains modérés ou entre conservateurs et radicaux.

[444] Emile Acollas, *Le contrat de mariage*, Paris, C. Delagrave, 1886, p. 33 : Face à ces diverses positions, les républicains hésitent et se demandent si l'affranchissement des femmes, meilleures catholiques que les hommes, ne risquerait pas de fortifier l'influence de l'Église, antirépublicaine avant le ralliement conseillé par Léon XIII en 1892.

L'évaluation des courants de pensée laisse supposer que la gauche républicaine ne souhaite pas nécessairement réduire l'autorité domestique et que les milieux conservateurs adoptent des positions différentes et que le résultat dépendra finalement de la situation politique.

Dès lors, on constate qu'au cours de cette période, la position de la mère dans la famille n'est pas particulièrement favorable puisque l'autorité domestique est de toute évidence représentée par la personne du chef de famille à savoir le père. En effet, à cette époque, on souhaite tout particulièrement maintenait la position autoritaire du père de famille, à défaut de la mise en valeur du rôle de la mère.

B. Le maintien de la position autoritaire du père de famille

Les catholiques et les monarchistes vont maintenir une position autoritaire, même s'ils parlent moins de l'autorité maritale que de la puissance paternelle. En effet, l'autorité paternelle semble initialement moins critiquée que l'autorité maritale, en raison du besoin des enfants[445]. C'est probablement pour cela que le c*ommentaire du Code civil* publié par le chanoine Allègre en 1888 n'en traitait guère « Le mari a autorité sur sa femme ; il est de droit naturel le chef de la famille ; c'est donc lui qui doit exercer la puissance paternelle de préférence à la mère. Celle-ci, si elle intervenait en cette matière contre la volonté du père, manquerait à l'obéissance et au respect qu'elle doit à son mari »[446].

[445] Amédée de Margerie, *La famille, leçons de philosophie et de morale*, Paris, Vaton frères, 1878, p. 170 : « Le mari, pour plusieurs bonnes raisons, doit rester le chef de la famille ; parce que cela est dans l'ordre, parce que le renversement de cet ordre serait un jour pour les enfants d'un fâcheux exemple, enfin parce que d'ordinaire la femme ne peut se mettre à la tête de ce petit royaume officiellement gouverné par la loi salique ».
[446] Allègre Gustave, *Le Code civil commenté à l'usage du clergé*, Paris, Roger et Chernoviz, 1895, I, 381.

De même, les vœux des « *délégués des Assemblées provinciales* »[447] véritables monarchistes, en 1889, mentionnent l'abrogation du divorce, le respect de l'autorité paternelle fortifiée par l'extension de la quotité disponible et réclamaient un régime représentatif écartant la majorité numérique au profit d'un vote familial, mais ils se taisaient sur l'autorité maritale[448]. Au centre droit, l'opinion ne semble pas différente d'après Jules Simon en 1892 : « L'Homme est fait pour combattre et pour travailler au-dehors. La femme pour élever les enfants, pour faire régner l'ordre dans la maison et pour y organiser le bonheur… Du moment qu'elle peut demander la séparation ou le divorce, elle est armée contre les abus de l'autorité maritale. »[449].

Parallèlement, se développe une contestation radicale de la situation juridique de la femme mariée en particulier.

[447] Cahiers de 1889: Assemblée générale des délégués des assemblées provinciales de France, Bibliothèque municipale de Lyon, 1889, 224 p.
[448] *Le temps*, 27 juin 1889, p. 3, c. 1.
[449] Jules Simon et Gustave Simon, *La femme du XX^e siècle*, Paris, C. Lévy, 1892, pp. 67 et 69.

§2. L'impact de l'évolution politique et sociale sur le domaine familial

Alors que l'évolution politique et sociale est manifeste tout au long du XIX^e^ et du XX^e^ siècle, rien n'a été fait en matière familiale jusqu'à la Seconde Guerre mondiale et même jusqu'à la V^e^ République**(A)**. Après cette période, la puissance maritale va disparaitre et la puissance paternelle va devenir une autorité parentale qui sera partagée entre le père et la mère sous le contrôle de l'État.

Les débuts du XX^e^ siècle et les progrès grandissants de l'individualisme seront finalement à l'origine du redoublement de la campagne en faveur de l'émancipation de la femme. La paternité moderne n'a plus rien à voir avec la paternité du début du siècle[450]**(B)**.

[450] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 555.

A. Le changement de climat politique

Au-delà de 1890, le climat politique change[451]. A partir du XX^e siècle, l'évolution du domaine social va faire progresser de manière indirecte le domaine familial.

C'est également l'époque de l'émergence du féminisme organisé. Julien Bonnecase, Professeur à la faculté de Bordeaux souligne à ce moment que « le féminisme s'attaque principalement à la puissance paternelle et à la puissance marital. La doctrine féministe ne peut pas admettre que durant le mariage l'exercice de la puissance paternelle soit confiée au père ». Cette pensée est également valable pour l'autorité maritale[452]. Or, dans les Chambres on relève que le féminisme a mauvaise presse[453]. Cet aspect du féminisme sera développé ultérieurement car son influence mérite une attention particulière.

De toute évidence, « la montée de la gauche laïque, le rôle croissant de l'État dans le monde du travail et le mouvement féministe semblent être les trois facteurs principaux qui ont réévalué l'autorité du père et du mari dans la famille et par conséquent celle de la mère et de l'épouse. Il faut alors songer à une puissance

---

[451] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 581 : « Au-delà de 1890, le climat politique change avec le ralliement à la République d'une partie des conservateurs, la crise du boulangisme et le scandale de Panama. Après les élections de 1893, une partie des républicains, les anciens opportunistes, songent à gouverner avec d'anciens membres de la droite ralliés, les radicaux et radicaux socialistes au contraire se rapprochent des socialistes de toutes tendances qui sont une cinquantaine à la Chambre. Cette division provoqua une grande instabilité gouvernementale qui aboutit seulement en 1902 à la victoire du Bloc des gauches mené par les radicaux et radicaux socialistes. L'influence catholique subit un déclin manifeste. La création en 1906 du *Ministère du Travail* et l'élaboration d'une législation sociale bien plus contraignante en sont les manifestations les plus significatives. À travers la règlementation et la surveillance du travail des enfants dans l'industrie et des femmes qui sont devenues plus nombreuses dans les emplois du tertiaire, le milieu familial a inévitablement évolué dans la mesure où ce changement modifie également les rapports d'autorité ».

[452] Julien Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, Paris, J. Bière, 1926, p. 256.

[453] Grief fait à la proposition Chautemps de 1911 et à celle de Louis Martin, féministe connu, en 1920 ; Henry-Louis Brin, *Les innovations du décret-loi de 1935*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1938, p. 56.

paternelle aménagée. Toutefois, la puissance paternelle n'est pas encore complètement reniée et reste moins critiquée que l'autorité maritale, au motif des besoins de l'enfant »[454].

Face à l'autorité maritale, il est difficile de définir à la fin du XIX[e] siècle la position des partis tant ils sont divisés par l'action des féministes[455].

Or personne ne songe réellement à toucher à la communauté conjugale et les modestes réformes votées ne marquent qu'un ralliement timide de ces milieux à une forme de paternalisme et il en va de même pour l'autorité paternelle.

B. L'avènement d'une famille démocratisée

C'est au sein du parti de gauche que l'hostilité à l'autorité mariatale se fait le plus ressentir. Unie au courant féminisme, elle va réclamer la suppression des articles du Code qui exigent l'obéissance de la femme à son mari et qui l'empêchaient d'exercer l'autorité paternelle et enfin des articles 215 à 217 sur l'incapacité de la femme mariée.[456]

C'est alors que l'obéissance de la femme envers son mari scandalise particulièrement. Elle est perçue comme étant contraire au droit de tout être humain de demeurer maître absolu de sa volonté et de ses actes « on s'interroge ainsi sur le fait d'avoir supprimé la forme monarchique dans l'État et de l'avoir conservée dans la famille »[457].

Ceci étant, cette pensée ne fait pas encore l'unanimité. Les radicaux et les socialistes hésitent à accepter l'idée d'une démocratie familiale, craignant qu'une fois les femmes affranchies de l'autorité maritale, l'influence de l'église se ferait

[454] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 582.
[455] Docteur Louis Fiaux, *La femme, le mariage et le divorce, étude de physiologie et de sociologie*, Paris, G. Baillière et Cie, 180, p. 236. Articles 19, 213, 214 à 217, 373 du Code civil.
[456] Docteur L. Fiaux, *La femme, le mariage et le divorce, étude de physiologie et de sociologie, op.cit.*, p. 67.
[457] Léon Richer, Le Code des femmes, Paris, E.Dentu, 1883, p. 92.

ressentir « pour les héritiers du saint-simonisme qui reconnaissent l'égalité des sexes et voient volontiers dans le mariage une prostitution légale, la liberté de la femme ne passe pas seulement par la suppression de l'autorité maritale, mais par celle du mariage légal. La misogynie de Proudhon, alors partisan d'une spécialisation des tâches sociales reposant sur l'inégalité patente des sexes demeure tout à fait isolée ».[458]

Du côté des socialistes marxistes, l'approche est bien différente. Ils se placent en retrait dans le combat pour les droits de la femme et ne se préoccupent nullement de la puissance paternelle ou de l'autorité maritale. Dans un livre publié en 1879 en Allemagne[459], Bebel justifie l'infériorité de la femme en raison de « l'insuffisance de son éducation », tout comme Engels qui précise que « la supériorité de l'homme à l'intérieur de la famille s'explique à travers sa part dominante dans le processus de production extérieur »[460].

La pensée des socialistes indépendants se retrouve dans *La revue socialiste* ou ils expriment des opinions quelque peu divergentes. Bien représentés à la Chambre des députés, ces derniers considèrent que la place de la femme dans la société et dans la famille est un problème différent de la « question sociale ». C'est Eugène Fournière, alors député de Vervins qui précise que « c'est par la liberté que la femme acquerra les mœurs de la liberté et perdra celles de la servitude »[461].

Mais pour parvenir à une telle transformation, il faut nécessairement que la propriété individuelle se transforme en propriété sociale. Dès lors, la mère qui acquiert autant de pouvoirs que le père pourra exercer une véritable influence sur l'éducation et l'instruction des enfants[462]. Pour les socialistes, il est évident que

---

[458] Jean Maitron, « Les penseurs sociaux et la famille dans la première moitié du XIX^e^ », in *Renouveau des idées sur la famille*, Paris, R. Prigent, 1954, pp. 81-102.
[459] August Bebel, *La femme dans le passé, le présent et l'avenir*, Paris, G. Carré, 1891 p. 175.
[460] L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat, 1884, Œuvres complètes, Costes, 1948, t. 5., p. 210-211.
[461] *Revue Socialiste*, t. 27, 1898, p. 295.
[462] Joannès Sagnol, « L'égalité des sexe », in *Revue Socialiste*, t. 10, 1889, pp. 88-89 et 96.

l'affranchissement de l'autorité maritale passe par l'indépendance économique. Par cette idée, ils se rapprochent de la vision des féministes. C'est ce qu'affirme dans la même revue le député socialiste de Paris, René Viviani au *Congrès féministe international* de 1900 ou encore Léonie Rouzade, militante du mouvement ouvrier et du mouvement féministe : «dans le ménage la loi dit à l'homme tu seras le maître, le conducteur, le pilote, seulement la loi ne pouvait donner a sagesse comme elle donne la puissance… Combien de fois les femmes sont obligées de remplacer le pilote échoué chez la courtisane ou chez le marchand de vin, selon les différents échelons de la société ! »[463].

Les témoignages s'accordent à dire que l'évolution des mœurs à la fin du siècle a débuté surtout depuis le vote de la loi sur le divorce en 1884. Le changement demeure pourtant modeste avant la loi du 13 février 1938 sur la suppression de l'autorité maritale qui sera détaillée ultérieurement. Cette loi va enfin reconnaitre la capacité juridique de la femme mariée et la suppression de l'autorité maritale tout en supprimant le devoir d'obéissance de l'article 213[464], de ce fait, elle fera l'objet d'un très large accord lors de son vote[465].

En 1939, c'est à l'initiative du gouvernement Paul Reynaud ainsi que sur le conseil du démographe Alfred Sauvy qu'un ensemble de dispositions en lien avec la famille sont adoptées et réunies dans un document nommé « Code de la famille ». Ce décret-loi relatif à la famille et à la natalité française est adopté le 29 juillet 1939. Pour encourager la natalité et d'abord « proposer une armature solide où la famille peut

---

[463] Léonie Rouzade, « Les femmes devant la démocratie », in *Revue socialiste,* t. 5, 1887, p. 257.

[464] Marc Ancel, *Traité de la capacité de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, Paris, Recueil Sirey, 1938, pp. 30-37.

[465] Bernard Schnapper, *Voies nouvelles en histoire du droit, op. cit.*, p. 595 : « Pour une fois, le principe de la réforme a fait l'objet d'un très large accord et les discussions à la chambre sénatoriale et au Sénat furent purement techniques, comme si la réforme ne pouvait être l'objet de luttes politiques ».

s'épanouir »[466], ce texte, sans précédent au cours de la IIIe République comprend trois volets : les aides accordées à la famille, la protection de la famille et diverses dispositions fiscales[467]. On songe ici à la généralisation des allocations familiales, à la création d'une prime à la première naissance et d'une allocation pour la mère au foyer[468], à l'octroi d'avantages fiscaux pour les familles en fonction du nombre d'enfants[469]. Ce Code sera amendé par le régime de Vichy, puis remplacé en 1956, par un Code de la famille et de l'action sociale[470].

A partir de 1941, le régime de Vichy a pour objectif d'effacer l'autonomie des femmes alors même que paradoxalement c'es en cette période de guerre qu'elles ont l'occasion de prendre leurs responsabilités et de faire leurs preuves en l'absence des hommes : « elles prennent les rênes des exploitations agricoles, s'occupent du ravitaillement, sont sur les routes de l'exode. Vichy se caractérise ainsi par un antiféminisme extrême, sous couvert d'une politique de la famille : généralisation de l'allocation de la mère au foyer à travers la loi du 29 mars 1941, du durcissement des conditions de divorce par la loi du 2 avril 1941 et l'abandon du foyer devient une faute pénale et non plus civile à travers la loi du 23 juillet 1942 »[471].

Enfin, une autre loi viendra compléter celle de 1938 sur la capacité de la femme mariée, la loi du 22 septembre 1942, beaucoup plus complète, prise par le régime de Vichy et validée par ordonnance de 1945. L'ensemble de ces mesures participe à l'exclusion de la femme de la sphère publique et à leur réinstallation dans un foyer

---

[466] Michel Fize, *La famille*, Paris, Le Cavalier Bleu, p. 41.
[467] Chauvière Michel, « L'expert et les propagandistes. Alfred Sauvy et le Code de la Famille de 1939, In *Population*, 47e année, n°6, 1992. Hommage à Alfred Sauvy. p. 1441.
[468] Michèle Bordeaux*,* « Le soutien économique aux familles : entre séduction et contraintes *»,* in *La protection sociale sous le régime de Vichy*, *Op. cit.*, pp. 85 à 120.
[469] Michel Fize, *La famille*, *op.cit.,* p. 42.
[470] En décembre 2000 verra le jour un Code de l'action sociale des familles.
[471] Institut de l'Ecole normale supérieure, Fête des mères : « Une autre série de lois justifiera encore cette politique, à savoir la loi du 11 octobre 1940 qui va interdire l'embauche des femmes mariées, la loi du 15 février 1942 qui va qualifier l'avortement de « crime contre la sûreté de l'État ou encore la possibilité pour le ministère public d'engager des poursuites pour adultère à l'encontre des épouses des prisonniers de guerre par la loi du 23 décembre 1942 ».

domestique sous contrôle. Cet idéal du modèle maternel promu par Vichy a été exprimé par le maréchal Pétain le 25 mai 1941 qui institue définitivement la fête des Mères[472], à l'image d'une forme de « propagande » instaurée dans le pays.[473]

Le même constat est fait par l'approche plus contemporaine de Linda Hantrais et Marie-Thérèse Letablier qui pensent qu'« ainsi, dire que la politique sociale de l'époque a eu pour objet premier la famille n'est pas suffisant »[474]. Ainsi, comme le préconise Michèle Bordeaux « il serait plus exact de dire que Vichy a privilégié l'approche familiale du social. Vichy, c'est-à-dire principalement les pétainistes et les catholiques, les doctrinaires de la Révolution nationale pour lesquels la famille est le lieu politique par excellence, le seul champ possible du politique entre 1940 et fin 1942 »[475].

À la Libération, le Gouvernement provisoire de la République française remplace le régime de Vichy et tous les partis politiques vont s'accorder pour définir une grande politique familiale. En 1944, le Gouvernement provisoire donne le droit de vote et l'éligibilité aux femmes, dans les mêmes conditions que les hommes[476]. En

---

[472] Marianne Viviez, *La fête des mères*, Paris, Le Seuil, 192 p : « En France, c'est Napoléon I^er^ qui est à l'origine de la fête des Mères. En 1806, souhaitant relancer la natalité, il prône les vertus de la famille lors de différentes fêtes. Dès 1918, prenant modèle sur les soldats américains, le Français ont célébré la première fête des Mères ; en 1920, le ministre de l'Intérieur crée le 19 décembre par arrêté « la première journée des Mères de famille nombreuse ». Cette fête était à l'origine un instrument de la politique nataliste de l'époque ; il fallait repeupler la France. On honorait surtout les mères de familles nombreuses. Mais la fête des Mères sous sa forme actuelle, c'est-à-dire célébrant toutes les femmes ayant connu la maternité, sans discrimination par rapport au nombre d'enfant date du Gouvernement de Vichy ».

[473] Laurent Gervereau, *Histoire du visuel*, Paris, Seuil, 2003, p. 263 : Exemple de message aux maris « Vos dépenses seront moins lourdes avec la femme au foyer » (affiche de 1941). Exemple de message à la mère : « Maman, la femme coquette, sans enfant n'a pas de place dans la cité, c'est une inutile. La mère de famille y a son rôle parce qu'elle est compétente, c'est sur ses genoux que se forme ce qu'il y a de plus excellent dans le monde, un honnête homme ».

[474] Linda Hautrais et Marie-Thérèse. Letablier, « Familles, travail et politiques familiales », *Cahiers du Centre d'Études de l'Emploi*, n° 35, 1996, p. 143.

[475] Michèle Bordeaux*,* « Le soutien économique aux familles : entre séduction et contraintes», *in La protection sociale sous le régime de Vichy, op. cit.,* p. 85.

[476] Michel Fize, *La famille*, *op.cit.,* p. 44.

effet, au lendemain de la Première Guerre mondiale, la France est l'un des rares grands pays européens à ne pas accorder le droit de vote aux femmes. Le 23 juin 1942, le Général de Gaulle explique qu'« une fois l'ennemi chassé du territoire tous les hommes et toutes les femmes de chez nous éliront l'Assemblée nationale qui décidera souverainement des destinées du pays »[477]. Le 21 avril 1944, les femmes obtiennent le droit de vote par une ordonnance du Comité français de la Libération nationale, signée par Charles de Gaulle depuis Alger. Elles voteront pour la première fois aux élections municipales du 29 avril 1945, puis en octobre 1945[478].

Une date sera particulièrement symbolique puisque pour la première fois en 1946, la famille entre dans la Constitution « Désormais seront versées aux parents des allocations familiales, ces allocations devant permettre de subvenir aux besoins d'enfants de plus en plus coûteux, la scolarisation croissante et bientôt prolongée jusqu'à seize ans, ainsi que l'émergence d'une société de consommation augmentent la demande, constituant les raisons majeures du surcoût de l'enfant pour la famille. Les prestations familiales ont donc bien vocation à aider l'ensemble des familles à accéder à un certain niveau de consommation et à participer à l'essor économique des Trente glorieuses tout en étant un instrument du natalisme »[479].

Mais à ce stade, nous n'avons pas encore atteint, à la Libération, ni une parfaite égalité juridique des conjoints dans le ménage ni la capacité effective de la femme d'agir sans l'autorisation de son mari.

C'est à partir des années 1950 que la véritable transformation des fonctions du père est à l'ordre du jour. C'est là, pour reprendre un propos de Duby « qu'a commencé véritablement la prise de conscience de cette nouvelle phase de débats et

[477] Bernard Lachaise, *Documents d'histoire contemporaine*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2000, p. 127.
[478] René Barral, *La lettre à Emile*, Paris, De Borée, 2018.
[479] Michel Fize, *La famille*, *op.cit.*, p. 42.

de mutations que nous sommes en train de vivre»[480]. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si cette prise de conscience a été possible en 1950 en France lors de l'exode ruro-urbain où des milliers de familles sont venues vivre à la ville.

§3. L'impact de l'industrie et des guerres sur la famille

À travers l'essor de l'industrialisation au XIXe siècle, « une deuxième ligne de rupture va faire choir de son piédestal la figure d'un père tout-puissant »[481]. Cet état d'esprit va se prolonger à travers le XIXe siècle autour du développement de l'industrialisation qui va métamorphoser l'organisation du travail avec les usines qui éloigneront définitivement les hommes du foyer familial ce qui va profondément réduire le contact entre le père et ses enfants[482]. Ce phénomène va encore s'accentuer au XXe siècle, et singulièrement progresser après la Seconde Guerre mondiale, pendant les Trente Glorieuses **(A)**.

Au cours des siècles, le père perd peu à peu son autorité à travers une véritable décomposition familiale qui aura lieu au XXe siècle[483]**(B)**.

A. Les conséquences de l'essor de l'industrialisation sur les familles

La Révolution industrielle commence en Angleterre vers le milieu du XVIIIe siècle pour s'étendre ensuite au reste de l'Europe de l'Ouest.

En France, la Révolution industrielle du XIXe siècle est une période de transition avec le passage d'une société agricole à une société dominée par

[480] George Duby, *Le chevalier, la femme, le prêtre : le mariage dans la France féodale*, Paris, Hachette 1981.
[481] *Enfance*, Presses universitaires de France, 1987, p. 172.
[482] Christian Krumbs, *Père-fils, transmettre le masculin,* Paris, Hachette pratique, 2010, 192 p.
[483] Éric Pierre, « Père affaibli, société en danger : la diffusion d'un discours sous les monarchies », in *Le Mouvement Social* 2008/3 (n° 224), p. 10.

l'industrialisation. Cette industrialisation va alors transformer les modes de production, les conditions de travail et de facto les rapports familiaux dès lors que les sociétés agraires se transforment en sociétés urbaines et que les agriculteurs deviennent des ouvriers puisque le travail à l'usine remplace le travail dans les champs. C'est d'ailleurs ce que démontre Françoise Hurstel dans son travail sur la population de ces « émigrés régionaux » où elle donne l'exemple des ouvriers de Montbéliard, anciens paysans ou artisans venus travailler chez Peugeot[484].

L'industrialisation au XIX^{e} siècle

Au sein de son ouvrage *Petite histoire des faits économiques des origines à nos jours*, Jacques Brasseul livre une analyse très complète sur les mutations économiques et sociales des origines à nos jours. À travers son étude, il précise qu' « en 1848, la Révolution va s'étendre à toute l'Europe, mêlant les revendications démocratiques et celles d'indépendance nationale : c'est le Printemps des peuples. En France, elle rétablit la république, institue le suffrage universel pour les hommes et abolit l'esclavage. La période de 1848-1871 comprend, en moins d'un quart de siècle, la

[484] Françoise Hurstel, « Fonction paternelle et déracinement culturel : qu'est ce qui fonde la paternité ? », in *Bulletin de psychologie*, 1977-78, p. 502.

Révolution, la IIe République, le Second Empire, la guerre avec la Prusse et la Commune de Paris, et à nouveau la république, le début de la IIIe république[485]».

Nonobstant ces années de croissance, le pays va par la suite connaitre une période de grande dépression de 1873 à 1896 qui va se traduire par une succession de crises et « de phases de reprises éphémères avant la reprise dite de « la Belle époque » en 1896 qui va durer jusqu'en 1914 »[486].

La désintégration socioculturelle de la famille traditionnelle ou rurale

Lors d'un congrès en 1956 consacré à la famille et les facteurs socioculturels de la désintégration, Fernand Dumont livre une étude sur ce phénomène nouveau qui touche la famille : « Initialement, et ce avant le processus d'industrialisation, la famille

[485] Jacques Brasseul, *Petite histoire des faits économiques des origines à nos jours*, Paris, Armand-Colin, 2016, p. 134 : Il révèle alors que « Le mode de production industrielle au XIXe siècle se caractérise par une taille plus élevée des firmes avec de lourds investissements, une production de masse, la fabrication en série et les développements des technologies en réseau comme les chemins de fer, le télégraphe, les canalisations puis l'électricité et le téléphone. La multiplication des externalités positives en raison du progrès des transports et des communications, et enfin l'entrée en force de la science dans l'entreprise constitue une véritable révolution économique, comparable à la Révolution industrielle du siècle précédent. On assiste alors à un processus de concentration des entreprises. Le système de la grande industrie gagne définitivement sur celui des industries rurales, parce que les technologies nouvelles imposent une dimension de production plus élevée. La Révolution industrielle se diffuse ainsi rapidement, d'autant qu'elle sera favorisée par la paix globale de cette période, de 1815 à 1914 .

[486] *Ibid.*, p. 135 : . « Elle est encadrée par les crises économiques de 1847 et 1873. Mais le règne de Napoléon III est une période d'industrialisation et de croissance, de transformations économiques et sociales intenses avec le rôle nouveau des banques, des sociétés anonymes, de la Bourse, des chemins de fer, des grands magasins, etc. La modernisation du pays est menée par une politique économique dynamique dans un contexte général de croissance ».

traditionnelle est d'abord liée étroitement à un milieu économique déterminé. Sur le plan économique, elle vit dans une autarcie quasi complète »[487].

Or, ce processus extrêmement rapide d'industrialisation et d'urbanisme vient bouleverser cette structure sociale et familiale globale alors même que le centre du foyer se déplace vers la mère, présente alors que le père s'absente pour travailler à l'extérieur. Face à cette situation, c'est lors d'un Congrès que Fernand Dumont ajoute qu' « avec l'avènement de l'industrie, la famille urbaine perd son rôle de production et devient soumise à une profonde dépendance économique. La mise en place du réseau de chemin de fer, le développement des échanges, l'exode rural et la croissance démographique provoquent une urbanisation très forte. Le travail se déroule désormais hors du cercle familial. Le père et les enfants ont le plus souvent des activités différentes, dans des milieux très hétérogènes, avec des compagnons souvent inconnus des autres membres de la famille. Le père ne donne généralement plus à son fils la formation professionnelle, il a ainsi perdu des éléments importants

[487] Fernand Dumont, "La famille: les facteurs socio-culturels de la désintégration », in *L'étude de la société*, *"Groupes et groupements",* pp. 405-410 : « Dans un pareil contexte, les membres de la famille sont profondément intégrés. Le père est en même temps le patron et les conjoints ne sont pas seulement unis par des liens affectifs, mais ils sont des coopérateurs dans un travail commun. Les enfants participent, avec les parents, au même processus restreint de division du travail. La famille leur transmet non seulement les premiers éléments de la socialisation, mais leur donne la formation technique, assume l'apprentissage ; l'école ne joue ainsi qu'un rôle très secondaire. Les loisirs sont liés étroitement au cercle familial et au voisinage et ne rassemblent que des gens connus de tous les membres de la famille. Les mariages ne s'effectuent que dans le même cercle de connaissances familiales et le père continue généralement d'assumer une autorité très grande sur le fils marié. Il ne cesse pas, très souvent, d'être le patron, il est toujours en tout cas le conseiller écouté. La famille forme ainsi un véritable clan où les moindres liens de parenté sont vécus avec intensité.Dans le milieu rural traditionnel, le statut de l'individu c'est-à-dire cette "définition" que le système socioculturel donne de la personnalité est essentiellement à base familiale ; de la même façon que la famille elle-même y est mécanisme fondamental d'élaboration des modèles socioculturels de la structure sociale ».

de l'autorité et du prestige qu'il avait dans la société traditionnelle »[488]. A cette époque, les enfants deviennent indépendants très tôt et Max Weber a d'ailleurs caractérisé l'industrialisation comme "un processus de rationalisation". Il désignait par-là cette coupure des statuts que confère l'industrie d'avec tous les autres liens affectifs de l'individu, avec tous les autres groupes auxquels celui-ci adhère.

Enfin, l'industrialisation ouvre également un tout autre changement dans le rapport homme/femme : « L'appel à la main-d'œuvre féminine, déjà sous-payée par rapport à la main d'œuvre masculine va rompre l'association du mari ou du père et du patron. Désormais, pour les femmes aussi, le patron est un capitaliste, un étranger à sa famille. Ce qui déstructure un type de soumission et fait éclater pour celles qui sont prolétaires, la représentation domestique »[489].

Ainsi, la configuration du groupe familial a profondément changé ; l'interaction des rôles et des statuts de ses membres a donc été profondément modifiée ; et c'est ainsi, par voie de conséquence, que les valeurs elles-mêmes se sont transformées.

---

[488] Fernard Dumont, « Les causes de la désintégration familiale : les facteurs socio-culturels » in *Congrès Caritas Canada*, Montréal, 1956, pp. 63-69 : « L'action la plus profonde de la famille s'exerce, on le sait, dans le domaine de l'éducation. C'est elle qui transmet à l'enfant ses premières normes de comportement, son système basique de valeurs. Dans le milieu rural traditionnel, elle est de loin la plus importante dispensatrice en ce domaine. Il n'en est plus de même dans la famille urbaine contemporaine. L'école lui est devenue une sérieuse concurrente. Il est bien difficile de savoir qui, de la famille ou du groupe scolaire, a le plus d'importance dans la socialisation de l'enfant d'aujourd'hui. Il serait difficile, on le sait, de n'attribuer à l'école que "l'instruction" ; en plus de l'orthographe et de la science, et à travers ces disciplines mêmes - elle donne à l'enfant les normes des comportements exigées par une société énormément plus large et plus complexe que le milieu traditionnel. Elle fait ainsi pénétrer l'enfant dans un univers social que souvent les parents - surtout dans un milieu récemment industrialisé comme le nôtre - connaissent fort mal. Enfin elle garde plus longtemps les enfants et ceux-ci lui accordent beaucoup plus d'importance que dans les temps anciens où leur avenir était tracé d'avance et dépendait très peu des connaissances scolaires ».

[489] Gilles Ferréol, Sociologie, *Cours méthodes, applications*, Rosny, Bréal, 2004, p.99 : « La construction des cités ouvrières et l'instauration d'un « salaire familial » pour l'homme vont petit à petit modeler le couple père-pourvoyeur et ménagère. La promulgation de l'obligation scolaire en 1884 et le développement de l'hygiène vont fournir une assise sociale à cette dernière ».

B. La décomposition de la cellule familiale au XXe siècle

En 1900, l'Exposition universelle de Paris peut être considérée comme « l'apogée d'une époque de paix et de relative prospérité en Europe, inaugurée en 1815. C'est à partir de là que le continent s'engage sur la pente descendante qui mène aux trente années les plus meurtrières de toute l'histoire, de 1914 à 1945, avant que la roue tourne et s'oriente vers de nouveaux progrès dans l'après-guerre »[490].

Enfin, c'est surtout au XXe siècle que la famille va subir de grands changements. La paternité du XXe siècle n'est plus celle du XIXe siècle puisque les rôle parentaux vont changer à partir de 1945 et c'est après 1968 qu'une révolte contre l'autorité va s'installer à côté des mouvements d'émancipation féminine conduisant à un véritable partage de l'autorité avec les mères.

L'impact de l'absence du père de famille en temps de guerre

La guerre va entrainer une métamorphose du schéma familial en créant toute une génération d'orphelins laissés aux soins exclusifs de leur mère. Il y a eu 8 millions de mobilisés en France entre 1914 et 1918, plus de deux millions ne sont pas revenus et près de quatre millions blessés ou handicapés à vie[491]. On décompte près de 630 000 veuves après le premier conflit mondial, par conséquent de nombreuses femmes vont se retrouver seules avec leurs enfants tout en assurant la subsistance pour tout le foyer. L'ouvrage tiré de la thèse de Peggy Bette fait évoluer notre regard sur la

[490] Gilles Ferréol, Sociologie, *Cours méthodes, applications*., p. 194 : D'après Trolong : « Le XXe siècle depuis 1914 se caractérise par les plus grands excès dans le pire, mais aussi les plus grandes avancées vers le meilleur, couvrant tous les domaines de l'activité humaine. Celui de l'économie est le plus favorable puisque la croissance de la production et de la productivité n'a jamais été aussi forte, la production mondiale a été multipliée par quatre au XIXe siècle. Aucune autre période de l'histoire n'a connu une telle expansion économique : « comparée au rythme de la croissance économique du XXe siècle, tous les autres siècles même le précèdent qui a tellement impressionné Marx-faisaient du sur place ».

[491] Abel Bonnard, *La France et ses morts*, Paris, Presse Universitaire de St Etienne, 1919, p. 9.

situation des femmes dans la première moitié du XXe siècle, en s'intéressant à la situation des veuves de la guerre 1914-18 et leur rôle dans la famille et la société[492].

Lors de la Seconde Guerre mondiale, la mobilisation humaine est encore plus forte et le nombre de soldats engagés dans le conflit dépasse celui de la Première Guerre mondiale[493]. La guerre est une épreuve pour les femmes qui jouent un rôle essentiel à l'arrière : « dans de nombreux secteurs de l'activité économique, y compris les plus masculins, elles prennent la relève des hommes mobilisés et se voient confier des rôles sociaux qui leur étaient jusque-là interdits (factrice, garde champêtre, conductrice de tramway…) »[494].

Avec le départ au front de leurs maris, les femmes vont les remplacer dans les fonctions et les métiers auxquels elles n'avaient jusque-là pas accès. Au quotidien, elles exercent souvent l'autorité paternelle en assurant l'éducation des enfants, mais aussi en gérant le foyer ou l'exploitation agricole. Nicole Bouchard explique que « L'univers essentiellement féminin qui a été le mien pendant quatre ans, les importantes responsabilités qui ont été les miennes ont eu une influence sur leur conception de la famille et sur les attributions respectives du père et de la mère. Par la force des choses, j'ai dû être la mère tout en essayant de remplacer le père et en étant effectivement le chef de famille ». Elle pense que c'est peut-être pour cela que son fils ainé « considère parfois que l'éducation de ses enfants est l'apanage exclusif de sa femme »[495].

Il faut savoir que pendant la guerre, les femmes sont investies de l'autorité parentale et assurent seules l'éducation des enfants lorsque les époux sont au front. En France, par exemple, dès le 5 août 1914, le gouvernement instaure « une allocation journalière aux épouses des mobilisés avec la mission de subvenir aux

[492] Peggy Bette, *Veuves française de la Grande guerre*, Bruxelles, Peter Lang, 332 p.
[493] Raphaël Caillard, *Représentations des veuves de la Grande Guerre à l'écran (1926-2009),* Mémoire, Université d'Angers, 2013.
[494] *Les femmes dans la guerre*, Archives départementales, l'Allier.
[495] Bruno Cabanes et Guillaume Piketty, *Retour à l'intime au sortir de la guerre*, Paris, Tallandier, 2009, p. 25.

besoins de leur famille, malgré les rationnements et les pénuries particulièrement pénibles dans les régions proches des zones de combats ou sujettes aux invasions »[496]. Un chapitre sera consacré au remplacement de l'autorité du père par les mères de famille dans la seconde partie de cette thèse.

Ainsi, c'est bien toute la nation qui est mobilisée pour faire triompher l'indépendance nationale. La guerre a donc complètement modifié et transformé le rôle et la place des femmes dans le monde du travail et dans la société à travers la transformation de son rôle. Par conséquent, les femmes ont gagné un début d'émancipation face à leurs maris, car elles ont montré qu'elles pouvaient assurer de nombreux rôles qui étaient précédemment dévolus aux hommes.

Mais au retour des hommes de cette guerre meurtrière qui a bouleversé le rapport femme/homme et peut-être marqué le début de la marche des femmes vers leur émancipation, l'ordre établi a vite repris ses droits et avec lui la prééminence du rôle traditionnel des femmes. À cet égard, Françoise Thébaud s'est interrogée sur le fait de savoir si la guerre de 1914 avait accéléré l'émancipation féminine. Elle conclut dans son ouvrage *La femme au temps de la guerre de 14* que le conflit a plutôt été une parenthèse sans suite[497].

Toutefois, un mouvement a été lancé, dont la première manifestation sera le droit de vote accordé à la plupart des Européennes, notamment aux Allemandes et aux Anglaises en 1919 à l'exception notable des Français qui devront attendre 1944[498].

---

[496] Le Lot-et-Garonne et la Grande Guerre, Archives départementales du Lot et Garonne, 2008, p. 47.
[497] Françoise Thébaud, *La femme au temps de la guerre de 14*, Paris, Stock, 1986, p. 201.
[498] Australie: 1902, Finlande: 1906, Norvège: 1913, Danemark: 1915, Suède, Etats-Unis, Pays-Bas, Luxembourg, Belgique (pour les municipales) : 1919, Albanie, Autriche : 1920, etc.

Conclusion du chapitre I

Tout au long des XIX^e^ et XX^e^ siècles, les relations familiales vont évoluer dans le Code civil au gré des changements politiques et des transformations de la société. En effet, à plusieurs reprises des femmes et des hommes vont soulever la question de la place des femmes dans la cité et, plus précisément dans une cité républicaine en affichant un objectif égalitaire[499]. Déjà, en 1830 ou encore en 1848 avec la Révolution de février et à la fin du Second Empire au sein de l'opposition de Napoléon III, Maria Deraismes, Léon Richer, André Léo, et Paule Minck « donnent le premier élan d'un mouvement pour les droits des femmes qui va perdurer tout au long de la Troisième République »[500].

Par la suite, les conditions de la vie familiale se sont transformées avec l'apparition et le développement de la grande industrie[501]. Peu à peu, la femme va laisser derrière elle le statut de « subordonné » que lui avait octroyé le Code civil primitif, au profit d'une émancipation tant personnelle que familiale et professionnelle.

C'est ainsi que, par une suite ininterrompue de textes de 1938 à nos jours et sous l'impulsion des mouvements féministes, le législateur va modifier le statut de l'épouse pour en faire une associée égalitaire ce qui permet de tisser un lien entre l'évolution de l'épouse un lien direct avec l'évolution du statut de la mère.

---

[499] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *L'Egalité en marche, le féminisme sous la Troisième République*, *op.cit.*, p. 25.

[500] Laurence Klejman et Florence Rochefort, « Le féminisme sous la troisième République », in *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, *op.cit.*, pp. 8-11 et colloque « Femmes et pouvoirs, Le féminisme une utopie Républicaine » (XIXe - XXe siècle) de Laurence Klejman, Florence Rochefort disponible sur le site Sénat.fr.

[501] Henry, Léon et Jean. Mazeaud, *Leçons de droit civil, op. cit.* p. 26 : « L'indépendance acquise par la femme dans le monde ouvrier et dans la bourgeoisie, du fait de son travail hors du foyer, a conduit le législateur, cédant au mouvement « féministe », à diminuer l'autorité maritale ».

Chapitre II. Vers l'indépendance de l'épouse et de la mère

« En thèse générale, les progrès sociaux et les changements de période s'opèrent en raison du progrès des femmes vers la liberté, et les décadences d'ordre social s'opèrent en raison du décroissement de la liberté des femmes… L'extension des privilèges des femmes est le principe général de tous progrès sociaux ».

Charles Fourier[502]

Suivant la tradition juridique française, « le Code civil de 1804, tout en établissant l'égalité de l'homme et de la femme, place la femme mariée sous l'autorité maritale et la frappe d'une incapacité générale, tant pour assurer l'exercice de cette autorité que pour sauvegarder le patrimoine du mari »[503]. De toute évidence, la puissance paternelle est liée à la puissance maritale, comme l'explique si bien Elisabeth Badinter dans son ouvrage consacré à l'histoire de l'amour maternel. En effet, elle souligne le fait que cette double autorité paternelle et maritale trouverait,

---

[502] Charles Fourier, *Vers la liberté en amour*, Paris, Gallimard, 1993, p. 132.

[503] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *La famille*, Paris, Montchestien, p. 489 : « Dans l'ancien droit romain, la femme mariée *cum manu* entre dans la famille de son mari, où elle se trouve, *loco filiae*, sous l'autorité du *paterfamilias*. Mais, dès la fin de la République, la famille se désagrège, et le mariage *cum manu* disparait devant le mariage *sine manu* ; la femme mariée sine manu n'entre pas juridiquement dans la famille de son mari, qui n'a sur elle aucune autorité, sinon de fait. Jusqu'au début du Principat, les femmes *sui juris*, c'est-à-dire celles qui n'ont pas de *paterfamilias*, sont placées sous tutelle en raison de leur faiblesse. Mais cette tutelle disparut, et la femme *sui juris* devient pleinement capable, sauf à partir du sénatus-consulte Velléien, l'incapacité spéciale de s'engager pour autrui. Tel est le régime qui subsistera en pays de droit écrit. La femme mariée n'est pas soumise à l'autorité du mari. Elle est capable de s'engager personnellement, mais ne peut s'engager pour son mari ni pour autrui. Dans les droits barbares, la femme est sous le *mundium* de son mari, situation voisine de celle de la femme romaine mariée *cum manu*. Le droit des pays de coutume a subi l'influence des droits germaniques. La personne de la femme et ses biens se trouvent sous l'autorité du mari ; la femme doit obéissance à son mari, qui a sur elle un droit de correction. L'autorité sur les biens de la femme est assurée par la pratique de du régime de la communauté, le plus répandu, qui donne au mari des pouvoirs d'administration très étendus, et par l'incapacité générale de la femme mariée sous tous les régimes ».

selon les historiens et les juristes, une origine lointaine en Inde : « Aussi loin que nous remontions dans l'histoire de la famille occidentale, nous sommes confrontés à la puissance paternelle qui accompagne toujours l'autorité maritale »[504].

À cet égard, on comprend que l'évolution de la femme et de l'épouse soit analogue à l'évolution de l'autorité de la mère au sein du foyer puisque lorsque la femme se marie, sa condition en tant qu'épouse, est règlementée par les articles 212-213 et 214 du Code civil[505]. Lorsque la mère est mariée, elle se trouve placée dans la même condition de subordination que l'épouse sans enfant et la dépendance à laquelle le mariage la soumet l'atteint aussi bien dans ses rapports avec ses enfants que dans ses relations avec son mari. Ce système revient à confondre étroitement l'exercice de la puissance paternelle avec l'autorité maritale et il est difficile de déterminer içi la part qu'elles empruntent à chacun de ces principes. Cette idée nous permet cependant de saisir le syllogisme des articles 371 à 373 du Code et nous laisse saisir la limite qu'il faut assigner à cette solidarité existant entre l'autorité paternelle et l'autorité maritale.

Ainsi, en 1804, le Code civil consacre à fois la notion de puissance maritale mais également de l'incapacité de la femme mariée créant une situation subordonnée de la femme à son mari et dont l'idée de puissance paternelle en est fortement rattachée. Toutefois, une évolution économique et sociale va permettre de raccorder le droit avec les faits ce qui va obliger le législateur à conférer aux épouses des droits analogues à ceux de leurs conjoints « L'évolution des mœurs et celle des conditions

[504] Elisabeth Badinter, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel*, Paris, Flammarion, 2010, 450 p.

[505] Ancien article 213 du Code civil : « Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari ». Ancien article 214 du Code civil : « la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout (en ancien français s'il vous plaît !) où il juge à propos de le résider : le mari est obligé de la recevoir ; et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ».

de vie ont amené les femmes à réclamer leur indépendance. Elles ont été, tout d'abord, assez largement aidées par les tribunaux dans cet effort d'émancipation »[506].

De son côté, le législateur va devoir prendre en considération l'influence et les revendications des féministes et ce, dès les premières années de la Troisième République afin de construire peu à peu un nouveau statut juridique, économique politique et social du statut des femmes **(Section 1)**. Pour autant, comme le souligne André Isoré, dans sa thèse consacrée *à La guerre et la condition privée de la femme* « toucher à la famille, c'est toucher à l'édifice social, et beaucoup craignent qu'en remaniant de façon plus équitable et plus juste l'aménagement intérieur, on ébranle la massive construction des siècles, et que cela aboutisse à la faire crouler. Demander l'amélioration de la condition de l'épouse et de la mère, c'est ainsi demander à l'homme, seul législateur initialement dans le Code, de se dépouiller de ses propres prérogatives. Pouvait-on espérer, avant la loi de 1938, que le possédant s'exproprie de lui-même avec empressement et plaisir[507] ?». Ainsi, ce n'est qu'à travers la loi du 18 février 1938 et la loi du 22 septembre 1942 que l'autorité maritale et l'incapacité de la femme mariée puis le devoir d'obéissance vont être supprimés. **(Section2).**

[506] Chartier, « Domicile conjugal et vie familial », *R.T.D. civ.* 1971, p. 510.
[507] André Isoré, *La guerre et la condition privée de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1919, p. 36.

Section 1. Le courant féministe favorable à l'émancipation de la femme

> « Le féminisme s'attaque principalement à la puissance paternelle et à la puissance maritale… La doctrine féministe ne peut pas admettre que durant le mariage l'exercice de la puissance paternelle soit confié au père ».
>
> Julien Bonnecase[508].

Le terme « féminisme » est un concept qui ne recouvre pas seulement une pensée idéologique, mais aussi une forme d'action, une doctrine et des pratiques. Plus précisément, il est constitué par « un ensemble de doctrines et de mouvement sociaux propres à la civilisation occidentale ayant pour but l'égalisation des statuts de l'homme et de la femme, visant notamment l'égalité civile, juridique, politique, économique et professionnelle de la femme »[509].

Dans la préface du livre de Laurence Klejman et Florence Rochefort *L'égalité en marche, le féminisme sous la Troisième République*, Michelle Perrot se demande si c'est « un hasard si la problématique du droit des femmes réapparait chaque fois dans le sillage de mouvements politiques et sociaux ? 1789, 1830, 1848, 1868, 1968, autant de moments où de bouleversements politiques et de mobilisation féministe coïncident ? » [510].

À cet égard, on peut se demander comment et par qui le féminisme se diffuse-t-il ? Comment devient-on féministe ? Pour aborder ce mouvement multiforme, il convient de préciser le contexte dans lequel il émerge. Sans rappeler toute l'histoire

---

[508] Julien Bonnecase, *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, , Paris, E. de Boccard, 1926, p. 256.
[509] Louis-Marie Morfaux, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, Armand colin, 1980.
[510] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *L'égalité en marche. Le féminisme sous la Troisième République*, op.cit., 1989, p. 23.

du mouvement féministe en France, il est utile cependant de le mettre en lien avec l'évolution des réformes législatives au XIX^e^ **(§1)** et au XX^e^ siècle **(§2)**.

§1. Le féminisme et la famille au XIX^e^ siècle

Le XIX^e^ siècle va mettre en avant un féminisme plus prononcée. Pour ce qui est de l'égalité des sexes à proprement parler, le féminisme, comme mouvement social et politique va s'accentuer au XIX^e^ siècle[511]. Alors même que l'établissement du Code civil en 1804 insiste sur l'incapacité de la femme, les saint-simoniens et les fouriéristes prônent quant à eux l'idée de l'émancipation de la femme qui sera encouragée par les Révolutions de 1830 et de 1848.

En cette période, naissent les premiers journaux féminins comme la *Femme libre* en 1832 et les revendications des femmes se font de plus en plus intenses, notamment au travers des militantes et féminsites Flora Tristan et Louise Michel. Ainsi, comme le précise Michèle Perrot, « L'irruption répétée des féministes, de la Révolution française à la Première Guerre mondiale, leurs presses et associations, leurs tactiques et alliances, leurs revendications et les hostilités qu'elles provoquent en Europe et aux États-Unis témoignent qu'en ce siècle la question de la femme devient l'objet de larges discussions publiques et l'enjeu de luttes dans de nombreux groupes sociaux et politiques »[512].

Un véritable mouvement féministe voit le jour au XIX^e^ siècle **(A)** au sein duquel les revendications auront une influence particulière sur l'évolution de la la famille**(B)**.

[511] Geneviève Fraisse, *La maison des femmes*, Gallimard, 1998, p. 298.
[512] Michèle Perrot, *Histoire des femmes en occident : le XIX^e^*, Paris, Plon, 1991, p. 496.

A. L'émergence du mouvement féministe

« Les visages du féminisme sont multiples et il serait vain de chercher un moment fondateur »[513]. Tels sont les mots prononcés par Geneviève Fraisse à l'égard des premières années de la Révolution française. Pourtant, l'idée d'égalité entre les sexes est fort ancienne, à l'instar de Christine de Pisan qui, à la fin du XIVe siècle est déjà considérée comme une pionnière en ce domaine « tout comme Poulain de La Barre qui se distingue en écrivant *De l'égalité des deux sexes* en 1673 »[514].

Depuis 1837, le terme de féminisme fait partie de la langue française[515] et peut se définir succinctement comme une « doctrine, un mouvement d'opinion qui a pour objet de donner à la femme les mêmes droits qu'à l'homme dans la société[516] » ou encore comme une « doctrine de l'émancipation de la femme et de l'extension de ses droits[517] ». Plus tard, c'est sous la plume d'Hubertine Auclert, en 1882, que le féminisme sera défini dans un sens positif comme une véritable lutte pour améliorer la condition féminine[518]. Ce terme sera alors popularisé par la presse à l'occasion d'un congrès « féministe » organisé à Paris en mai 1892 par Eugénie Potonié-Pierre[519]. Il

[513] Geneviève Fraisse, « Droit naturel et question de l'origine dans la pensée féministe au XIXème siècle », in *Stratégies des femmes*, Paris, Tierce, 1984, pp. 375-390.
[514] Eliane Gubin, Florence Rochefort, Françoise Thébaud, Le siècle des féministes, p. 89, Paris, Les éditions de l'atelier, 2004, p. 89.
[515] Andrée Michel, *Le féminisme*, Paris, P.U.F. Collection « Que-sais-je », 1997.
[516] Dictonnaire de poche LAROUSSE, 1988.
[517] Dictionnaire Encyclopédique Quillet, 1979.
[518] Françoise Lautman, *Ni Eve ni Marie : luttes et incertitudes des héritières de la Bible*, Labor et Fides, 1998, p. 212 ; Isabelle Ernot, « Sociétés industrielles : un siècle de mutations », in *Geneviève Dermenjian, Irène Jami, Annie Rouquier La place des femmes dans l'histoire : une histoire mixte*, Paris, Éditions Belin, 2011.
[519] Karen Offen, « Defining Feminism: A Comparative Historical Approach », Signs, vol. 14, no 1, 1988, p. 126.

apparaît ensuite aux Pays-Bas dans une lettre ouverte de Mina Kruseman à Dumas fils[520], en Grande-Bretagne en 1894[521], puis aux États-Unis[522] en 1949.

Une idée centrale va alors émerger à travers le courant féministe du XIXe siècle. Les femmes de tous les pays vont s'unir et s'entraider pour obtenir de nouveaux droits[523]. En 1884, la Française Hubertine Auclert écrit aux féministes américaines qui lui demandent de participer à la création d'un Conseil international des femmes[524] : « Nous vous appelons à l'aide, comme vos compatriotes, il y a un siècle, demandèrent l'aide de la France pour les émanciper de la tyrannie anglaise. Ne

[520] Maria Grever, Strijd tegen de stilte: Johanna Naber (1859-1941) en de vrouwenstem in Geschiedenis, Hilversum, 1994, p.31.
[521] Camilla Long, « What's up sisters ? », *The Sunday Times*, 10 mars 2013.
[522] Paul Elmer More et Corra Harris, *The Jessica Letters : An Editor's Romance*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1904, p. 63.
[523] Christine Verschuur, « Genre, postcolonialisme et diversité des mouvements des femmes », in *Cahiers genre et développement*, l'Harmattan, 2018: « C'est en Angleterre qu'est rédigé le premier manifeste féministe pour les droits des femmes en 1825 sous la signature de William Thompson bien que ce texte ait été écrit en collaboration et sous l'inspiration d'Anna Wheeler. En 1851 et en 1857 seront créées en Angleterre des associations féministes qui militeront pour les droits politiques des femmes et l'élection au Parlement de John Stuart Mill, grand champion de ces droits aura un effet considérable dans tous les pays et particulièrement en France à travers son ouvrage « *Subjection of Women* ». Cet ouvrage est pour les femmes le meilleur plaidoyer écrit au XIXe siècle et marque en France la résurrection du mouvement féministe qui dès cette époque fut particulièrement actif et bien organisé. En Suède et en Allemagne, les femmes sont moins sensibles à l'obtention de droits politiques. Elles envisagent davantage une complète transformation de la condition des femmes dans la famille et le mariage. Leurs revendications concernent surtout le changement ou l'abolition du mariage, le droit des femmes à avoir des enfants en dehors du mariage, l'obtention d'une législation sociale protectrice, toutes revendications qui ne furent pas liées au début au mouvement des suffragettes anglo-américaines. Aux États-Unis, cette idée est énoncée à la même époque par une Américaine, Margaret Fueller, une transcendantaliste vivant dans un phalanstère fouriériste. Fueller, représentante du mouvement féministe avait visité la France en 1847, rencontrée George Sand et souscrit aux idéaux de la Révolution de 1848. Son sentiment très vif que la femme doit lutter pour la conquête d'un moi indépendant, car « la soumission excessive de la femme à l'homme refroidi l'amour, dégrade le mariage et empêché les sexes d'être ce qu'ils devaient être à leurs propres yeux », l'a conduite à penser que la libération des femmes ne peut se faire que par les femmes elles-mêmes ».
[524] International Council of Women : IWC. La première convention fondatrice du ICW se réunit à Washington en 1888 : 66 Américaines, 8 Européennes y discutèrent les buts de la nouvelle organisation internationale. Toutes les revendications féministes étaient ébauchées au cours du XIXe siècle et un véritable plan d'action était mis en place dans le but de mettre fin à l'oppression de la femme.

viendrez-vous pas à notre aide comme Lafayette et ses légions sont accourues à vous ? »[525].

Force est de constater que c'est à partir du XIX[e] siècle que les femmes vont faire valoir de véritables revendications comme le prouvent des féministes comme Jenny d'Héricourt et Juliette Lambert qui s'opposent aux idées d'Auguste Comte, Michelet, Girardin ou encore Proudhon. Une fois la liberté de réunion accordée en 1868 par l'Empire, les féministes commencent alors à se réunir de nouveau pour exiger leurs droits. De grands noms comme Maria Deraisme, André Léo, Olympe Audouard, Paule Minck, Noémie Reclus ou encore Jules Simon vont lutter énergiquement à la faveur du féminisme et fonder des journaux féministes dans des contextes et des cadres politiques bien spécifiques[526].

Il faut également noter que la Révolution de 1848 présente de singulières analogies avec la période de 1789-1793. Le Gouvernement provisoire en place du 25 février au 4 mai 1848 montre quant à lui certaines sympathies pour la cause féminine et « l'émancipation du peuple et des femmes est à la mode, l'idée court dans les milieux les plus divers, on en parle dans les salons et les articles de presse en font l'écho »[527].

Dans sa lettre adressée à Léon Richer, Victor Hugo se montre également favorable à l'émancipation sociale de la femme et apportera son soutien à divers mouvements féministes[528] : « Dès 1849, dans l'Assemblée nationale, je faisais éclater de rire la majorité réactionnaire, en déclarant que le droit de l'homme avait pour corollaire le droit de la femme et le droit de l'enfant (…) Cet effort pour qu'enfin

[525] E. Hurwitz, « The international sisterhood, in Bridenthal et Koonz », in *Women in European History*, Boston, Houghton Mifflin, 1977, p. 327.
[526] Christine Verschuur, « Genre, postcolionalisme et diversité des mouvements des femmes », *op.cit.*
[527] Michèle Riot-Sarcey, L'histoire du féminisme, Paris, La découverte, 2008, 128 p.
[528] Victor Hugo fut aussi l'une des rares voix masculines de son siècle à s'élever contre les injustices subies par les femmes. Léon Richer, créateur de l'Association pour le droit des femmes (1869), le nommera même président d'honneur de la Ligue française pour le droit des femmes qu'il fonde en 1882.

justice soit rendue à la femme, je l'ai renouvelé dans Les Misérables. J'ajoute que tout mon théâtre tend à la condition de la femme (…) L'équilibre entre le droit de l'homme et le droit de la femme est une condition de la stabilité sociale »[529]. Le romantisme féminin, c'est bien sûr, et peut-être avant tout, George Sand[530] : « Pour le grand public, l'effort d'émancipation féminine entre 1830 et 1850 se résume en un nom, celui de Georges Sand »[531].

Après les journées de février 1848, les journaux se multiplient à l'image du journal de *La Mère de famille* (1835) qui va accompagner le mouvement. La presse féminine va particulièrement se développer entre 1830 et 1835 à l'image de *La Femme libre*, *Le Journal des femmes* de Fanny Richomme, *Le Conseiller des femmes*, *Le Citateur féminin*, *La Mosaïque lyonnaise* et enfin, La Gazette des femmes (1836-1848) qui publie une Charte des droits et des devoirs des femmes[532].

Par la suite, c'est en 1899 que Léon Richer fonde la *Ligue du droit des femmes* et la revue *Le droit des femmes*. Franc-maçon, journaliste, coorganisateur des conférences de Maria Deraismes qui s'intéresse depuis longtemps à la condition féminine « Sensibilisé à l'injustice du Code civil par son ancien métier de clerc de notaire, il se passionne pour le statut juridique des femmes et aux côtés de Maria Deraisme, des féministes demandent l'égalité des droits pour les femmes dans le travail, le mariage et la famille. Le journal *La Citoyenne*, fondé par Hubertine Auclert en 1881 plaide quant à lui pour les droits politiques des femmes. Enfin, en 1897, Marguerite Durand fonde le journal très féministe *La Fronde* « jugé trop bourgeois par les socialistes, trop

---

[529] Maïté Albistur et Daniel Armogathe, *Histoire du féminisme français du Moyen âge à nos jours*, Paris, Des femmes, 1978, p. 318.
[530] *Indiana* (1832), *Valentine* (1833, *Lélia* (1833), *Le secrétaire intime* (1834), *Léone Léoni* (1834), et *Jacques* (1834), forment l'essentiel de l'œuvre « féministe » de Georges Sand.
[531] *Lettre à Léon Richer*, directeur de l'Avenir des femmes, 7 novembre 1871.
[532]Marie-Louise Puech, «Une supercherie littéraire : Le véritable rédacteur de la Gazette des Femmes — 1836-1838 ». In: *La Révolution de 1848 et les révolutions du XIXe siècle*, Tome 32, Numéro 153, Juin-juillet-août 1935. pp. 303-312.

révolutionnaire par les bourgeois, trop sérieux pour les Parisiens, trop parisien pour la province »[533].

Le mouvement féministe va survivre à la crise qui en 1868 va permettre son émergence et donner naissance à la Troisième République. Un véritable lien entre le mouvement et la République va se créer afin de laisser place à l'émancipation des femmes et à la démocratie. Plusieurs courants vont s'interpénétrer qui avec des intérêts divers convergeront vers les mêmes aspirations, celles de l'égalité civile et politique des hommes et des femmes. C'est d'ailleurs à travers la presse féminine que s'exprime le mieux, au XIX^{e} siècle, le féminisme des femmes des classes moyennes qui font appel aux femmes et non aux hommes pour leur libération.

En 1890, le mouvement féministe gagne des partisans, comme le prouve le revirement du journal le « *Temps* » en sa faveur[534]. À ce même moment, on prend conscience que le féminisme ne touche pas seulement le parti de gauche pourtant habituellement le plus favorable à ce mouvement. Par la suite, c'est en 1894 que se constitue à la Chambre des députés un groupe d'une quarantaine de députés féministes qui sera rejoint par Barodet, une figure symbolique du parti républicain en 1873 qui siégeait alors à l'extrême gauche radicale, Pascal Grousset un ancien communard déporté, Alfred Naquet, ancien ami de Gambetta, promoteur au Sénat du rétablissement du divorce et ancien boulangiste, ou encore Clovis Hugues à la carrière sinueuse ; ancien communard, puis socialiste indépendant[535].

À travers ces conquêtes, le mouvement féministe souhaite progresser et conquérir un domaine particulièrement masculin en investissant la sphère publique

---

[533] Cité par Evelyne Sullerot dans *La presse féminine*, Paris, Armand Colin, 1963.

[534] Le Temps, 30 décembre 1895, p. 1, c. 5 et 6 : Il y a un incontestable mouvement pro féministe dans l'opinion. Il ne suffit plus d'écarter une revendication pour la seule raison qu'elle est avancée par « Solidarité des femmes « ou « l'Avant Courrière ». « Que la femme qui a des aptitudes particulières, qui gère des intérêts importants cesse d'être traitée comme une subalterne ».

[535] *Le temps*, 7 avril 1896, p. 1, c. 3 : préparation du congrès de 1896. Une féministe chrétienne suscite des protestations pour qui il n'y aurait pas de féminisme a coloration religieuse. Cinq de ces intolérantes auraient quitté la réunion.

afin que le mouvement féministe puisse avoir des répercussions sur la structure familiale.

B. L'impact des revendications féministes sur la famille

« Nous irons en nombre rond sur votre territoire. Il faudra bien que vous fassiez place. Et l'on verra si l'on rira de notre folle audace», prévient Renée Marcil en 1889 dans sa « Chanson des bachelières »[536].

Les premières revendications féministes s'engagent contre le Code civil. Elles refusent que les femmes mariées soient assimilées aux mineurs, aux fous et aux délinquants et que le mari ait tout pouvoir sur l'argent de son épouse. Elles dénonçent également le fait que la responsabilité des enfants ne soit pas laissée aux mères. Par conséquent elles souhaitent vivement une refonte du Code civil et seront soutenues par des députés et des sénateurs. Effectivement, afin de faire valoir leurs revendications, « les féministes comprennent très vite que le seul moyen de transformer la sphère privée ne peut se faire qu'en investissant la sphère publique »[537].

Dès lors, le mouvement féministe n'exige plus seulement un aménagement de la situation faite aux femmes et ne se contentent plus d'une simple « amélioration » du statut de la femme, mais une égalité entre le mari et la femme. Laurence Klejman et Florence Rochefort révèlent d'ailleurs qu' « André Léo, une femme de lettres exilée

[536] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *L'Egalité en marche Le féminisme sous la Troisième République*, *op. cit.*, p. 20.
[537] *Ibid.*, pp. 8-11 et colloque « Femmes et pouvoirs, Le féminisme une utopie Républicaine » (XIX^e^ - XX^e^ siècle) de Laurence Klejman, Florence Rochefort disponible sur le site Sénat.fr.

après le coup d'État, publie trois romans qui remettent en question le rôle traditionnel des femmes dans la famille »[538].

Cette remise en cause « alors radicale de la situation faite aux femmes dans les mœurs, la famille, la religion, et même la science, met en relief le mouvement dialectique dont le féminisme est porteur comme utopie républicaine, d'un nouvel équilibre entre le privé et le public » [539]. Le féminisme va alors s'enrichir de nouvelles analyses et de nouveaux adhérents tout en s'imposant comme une idée-force de son temps[540]. Ainsi, « De phénomène marginal et décrié, il devient une mode à laquelle souscrivent des célébrités du Tout-Paris de la Belle Époque. Cet engouement annonce-t-il la naissance d'un siècle féministe ? »[541].

§2. Le féminisme et la famille au XX[e] siècle

Le tournant du siècle correspond à un essor du mouvement féministe développé à travers les journaux et les associations. On considère alors le début de la III[e] République comme la belle époque du féminisme **(A)**. L'émancipation des femmes, qui ne peut être seulement attribuée à la modernité et à la démocratie, est

[538] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *L'Egalité en marche Le féminisme sous la Troisième République*, *op. cit.*, p. 32 : « Des auteurs, tels que Edouard Laboulay et Ernest Legouvé consacrent des livres et des cours et s'interrogent sur les moyens de concilier reconnaissance du droit et différence sexuelle. C'est vers cette époque que Joseph Pierre Proudhon développe une théorie qui n'offre aux femmes comme alternative qu'être ménagère ou courtisane ». Furieuses, trois essayistes lui répondent en 1858 et 1859, Juliette Lambert, Angélique Arnaud et Jenny d'Héricourt et leurs propos sont cinglants : « la misogynie, disent-elles, est le fondement d'un véritable système d'oppression qu'il faut abattre. La littérature s'en mêle également et veut faire prendre conscience au public des innombrables vicissitudes de la condition féminine».

[539] Texte repris de la conférence « *Maria Deraismes, Eve dans l'humanité* » (1868), Préface de Laurence Klejman, Paris, Côté-femmes, 1990 : « Vous n'êtes quelque chose que parce que vous avez l'honneur quelquefois d'engendrer un homme, de porter un fils dans vos entrailles ». La mère « est parquée dans la maternité », une maternité dévalorisée, « physique, animale, dépouillée de ses attributs moraux et intellectuels ».

[540] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *Le féminisme sous la III[e] république*, *op.cit.*, p. 113.

[541] *Ibid.*, p. 123.

sans aucun doute la principale révolution sociale et culturelle du XX[e] siècle et dont l'influence sur la famille est indéniable et en perpétuel mouvement **(B)**.

A. La belle époque du féminisme

Au tournant du siècle, le modèle féminin traditionnel ne va cesser de se méthamorphoser pour permettrent aux femmes de prendre conscience du retard entre la législation en place et leur fonction réelle dans la société: « Étouffant dans une structure familiale patriarcale, elles prétendent à des rapports plus égalitaires avec leur conjoint. L'idée du bonheur a conquis les cœurs féminins et le féminisme frappe à la porte du foyer »[542].

Désormais la presse féminine et familiale entre dans le débat, tout comme les grands théâtres parisiens qui présentent des pièces « féministes », à l'image des romans à thèse qui s'emparent du sujet. Le féminisme est à la mode et « l'opinion publique s'émeut vite de ce que la mode a pris sous sa protection »[543].

Il devient alors impossible comme l'affirme Léon Richer « de continuer à se bercer d'illusions. Les mutations sociales, économiques et culturelles imposent une nouvelle réflexion, un nouveau regard »[544]. De ce fait : « aux militantes de la première heure comme Maria Deraismes et Hubertine Auclert se joignent des républicains comme Léon Richer, qui sera l'auteur d'un *Code des femmes* en 1883 »[545].

---

[542] Laurence Klejman et Florence Rochefort, Le féminisme sous la III[e] république, *op.cit.*, p. 116 : « La métamorphose est là, elle gagne du terrain ostensiblement à travers les poètes, les écrivains, les essayistes, les juristes et même les scientifiques qui découvrent alors que la femme, bien plus qu'une énigme, est un problème , une question ».

[543] Eugénie Potonié-Pierre, « Etat actuel du mouvement féministe en France » in *Le Journal des femmes*, septembre-octobre 1896.

[544] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *Le féminisme sous la III[e] république*, Paris, Éditions des femmes,*op.cit.*, p. 117.

[545] Léon Richer, *Le Code des femmes*, Paris, E. Dantu, Paris, 1883, p. 400.

Le Congrès international de la condition et des droits de la femme adopte en 1900 tout un programme pour mettre fin à l'autorité maritale. Organisé par Maria Pognon[546] et Marguerite Durand[547], on compte parmi les vice-présidents et le comité d'organisation deux Professeurs de la Faculté de droit, un Professeur à la Sorbonne, et René Viviani, député socialiste de Paris, rapporteur de la section de législation[548]. La sagesse de ce dernier le conduit à encourager le rejet des motions extrêmes et d'adopter des vœux raisonnables qui puissent être votés au Parlement[549] ? De leur côté, les juristes font le choix de rester prudents et minimisent l'impact de la lutte des femmes[550] mais sont tout de même de plus en plus nombreux à juger l'incapacité de la femme mariée en désaccord avec l'évolution des mœurs et en contradiction avec les droits civils de la femme.

B. Le féminisme, l'histoire d'un mouvement social

« On ne mendie pas un juste droit », remarque W. Reich, « on se bat pour lui[551] ». Dans la préface du livre de Laurence Klejman et Florence Rochefort, Michelle Perrot souligne le fait que « le féminisme doit s'organiser pour durer, pour se faire, il s'amplifie, se diversifie et se divise aussi. Entre 1900 et 1914, il connait un âge d'or qui n'a d'équivalent que celui des années 1970-1980, et cela à l'échelle européenne. C'est l'époque ou l'expression féministe, d'abord employée de manière

[546] Maria Pognon (1844-1925), féministe française, présidente de la Ligue française pour le droit des femmes, franc-maçonne. Collaboratrice de "La Fronde".
[547] Marguerite Durand (Marguerite Charlotte Durand) est née à Paris dans le 8e arrondissement le 24 janvier 18641 et décédée le 16 mars 1936, est une journaliste et féministe française, fondatrice du journal La Fronde.
[548] Congrès international de la condition et des droits de la femme, 1 Vol., 1901, 432p.
[549] *Ibid,* p. 219.
[550] Les exemples étrangers, notamment allemand (BGB de 1900) et (ZGB de 1907), militent eux aussi en faveur d'une réforme.
[551] Disciple de Freud, théoricien politique et militant révolutionnaire, Reich développe une critique de la répression sexuelle et explore des pistes de libération.

péjorative, puis portée fièrement par ses adhérentes, devient courante et même à la mode, « snob » comme on disait alors »[552].

Le début du XX[e] siècle fait du problème féminin un problème à mettre sur le devant de la scène car les femmes « Exclues du suffrage, les féministes utilisent les armes de l'arsenal démocratique : pétition, défilés, commémorations, enterrements, banquets, conférences, meetings, congrès nationaux et internationaux par lesquels s'intensifient les échanges et se crée un espace européen, voire occidental, du féminisme. Dans le sillage, notamment, des Expositions universelles, les féministes organisent leurs rencontres, comparent les législations en vigueur, les systèmes éducatifs, les expériences, et revendiquent le droit des femmes . Elles s'initient à la prise de parole publique et se forgent une conscience de genre»[553]

Depuis ses débuts sous le Second Empire, le mouvement ne cesse de se développer pour connaître son apogée à l'été 1914 alors que la guerre surprend les féministes en « pleine allégresse, le choix est plus que rude »[554]. Les groupes féministes sont aussi amenés à examiner certaines répercussions de la guerre sur la condition des femmes[555] alors que « la situation devient d'autant plus complexe que le développement d'un discours féministe et les premiers signes d'une indépendance

---

[552] Laurence Klejman et Florence Rochefort, *L'égalité en marche. Le féminisme sous la Troisième République, op. cit.*, pp. 15-16 : « Associations, ligues et groupes voient également le jour et se multiplient. Mais au-delà de ces regroupements, l'essor de la presse est encore plus flagrant à l'image d'une cinquantaine de périodiques qui voient le jour, souvent éphémères, il est vrai, comme la plupart des journaux de l'époque. Il y a surtout La Fronde, de Marguerite Durand, le seul quotidien féministe de 1897 à 1903. Au sein de ce journal de haute tenue, les meilleures plumes féministes s'expriment et permettent de donner aux femmes l'accès à l'écriture publique. Pour soutenir ce mouvement, les militantes ne sont cependant pas très nombreuses. Quelques centaines peut-être, autour d'un noyau dur, relativement stable, de femmes allant d'un groupe, d'un journal, d'un congrès à l'autre, tissant un réseau de communication et d'échanges. Les progrès sont lents et parcimonieusement accordés. Le grignotage du monopole masculin se fait à petits pas en montrant les résistances rencontrées, soulignant la persistance du patriarcat dans notre société, surtout dans le domaine politique, sanctuaire masculin. Il dément la thèse d'une évolution sans heurt des rapports de sexes, fruit d'une inéluctable modernité. ».

[553] *Ibid.*, p. 15.

[554] *Ibid.*, pp. 188-189.

[555] Françoise Thébaud, *La femme au temps de la guerre de 14*, Paris, Payot, 1986.

professionnelle des femmes pendant la Première Guerre mondiale font émerger des revendications atypiques »[556]. Il faut tout de même attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale et plus précisément le 29 avril 1945 pour que le droit de vote soit enfin octroyé aux femmes.

Enfin, c'est en 1949, que dans le livre *Le Deuxième sexe*, Simone de Beauvoir va renouveler de fond en comble l'analyse féministe et proposer des solutions radicales au problème de la lutte des sexes en examinant les possibilités offertes au monde féminin et incite vivement les femmes à prendre leur destin en main[557].

A l'égard de cet ouvrage, c'est en 1954 que Buytendijk, l'auteur de *La femme*, écrivait à propos du *Deuxième sexe*: « Ce livre est le plus important qui ait jamais été écrit sur la femme, il est bien plus qu'une description scientifique des caractères féminins, bien plus qu'un recueil de doctrines touchant la nature de la femme ou qu'un exposé unilatéral des conceptions psychanalytiques. Il s'élève très au-dessus du flot de ces écrits populaires qui se servent de faits psychologiques ou sociologiques

[556] Patricia Ménissier, *Etre mère XVIIIe-XXIe siècle*, Paris, CNRS, 2016, 206 p., ISBN : 978-2-271-08913-7 : « Celles-ci cependant ont bien du mal à résister au retour en force du discours nataliste durant l'entre-deux-guerres, quand la tâche de la repopulation de la nation incombe aux femmes. C'est aussi en 1918 qu'on adopte la fête des Mères, à la même époque où la lutte contre l'avortement conduit à une application beaucoup plus stricte des lois existantes. Parallèlement, une réflexion se développe autour de la valorisation sociale et financière de la fonction maternelle et de la protection dont celle-ci doit jouir, une réflexion portée à la fois par les féministes et par les natalistes, quoique, selon des modalités parfois bien différentes. » « La relation entre la femme et la maternité fait donc l'objet de négociations très diverses à l'intérieur même de chaque mouvement idéologique. Il faut alors attendre la moitié du XX[e] siècle pour que se résolve une partie de ces tensions avec la légalisation de certaines pratiques abortives et le développement, en France, d'une protection sociale spécifique à la situation de maternité. Il faut préciser que la situation française est à ce titre assez spécifique cependant : le congé maternité y est bien développé et l'usage des contraceptifs somme toute assez rare, ce qui explique en partie un taux de natalité assez élevé pour un pays d'Europe de l'Ouest ».

[557] Stéphanie Michineau, *L'autofiction dans l'œuvre de Colette*, Paris, Publibook, 2008, p. 299.

pour défendre une opinion préconçue. Il se fonde tout entier sur l'anthropologie et la psychologie existentielles »[558].

Pour la première fois, l'histoire du féminisme enregistre une tentative d'explication scientifique de la condition féminine. En effet, après la parution du *Deuxième sexe*, le mouvement féministe connait un nouvel essor[559] et c'est au cours des dernières décennies du XXe siècle que l'acceptation de l'idée d'égalité des sexes va se mettre en place. Dans la législation, le principe est acquis et, dans la pratique, son adoption par l'opinion éclairée a rendu visible une dissymétrie longtemps inscrite dans la « nature des choses »[560].

Afin d'appréhender au mieux la situation de la femkme mariée et de l'influence de son statut sur la famille en matière d'autorité, il est nécessaire de retracer l'évolution de notre droit sur ce point.

[558]Frederik Jacobus Joannes Buytendijk, *La femme, ses modes d'être, de paraître, d'exister. Essai de psychologie existentielle.* Texte français d'A. de Waelhens et R. Micha. Textes et études anthropologiques, Bruges, Desclée de Brouwer, 1954, pp. 25-26.
[559]Maïté Albistur, Daniel Armogathe, *Histoire du féminisme français*, Des femmes, 1977, p. 438.
[560] Michèle Riot-Sarcey, *Histoire du féminisme*, La découverte, 2011, p. 80.

Section 2. La recherche progressive de l'égalité des époux

> « Plus la condition de la femme s'élève, plus la puissance de la famille se complète, s'épure et s'élève. Affranchir l'une s'est affermir l'autre. ».
>
> Ernest Legouvé [561].

Alors que le projet du Code civil de Cambacérès souhaite supprimer la puissance maritale, en mettant les époux sur un pied d'égalité absolue[562], une réaction contre la liberté excessive des mœurs sous le Directoire ainsi que l'influence de Bonaparte dont l'anti féminisme est fort bien connu[563], ont fait prévaloir les traditions coutumières sur celles des pays de droit écrit en matière d'autorité maritale.

Or, l'amélioration progressive de la condition juridique de la femme mariée va se construire à travers le droit positif du XX^e^ siècle qui enregistre un net recul de l'incapacité de la femme mariée. Deux lois vont principalement relever de l'état de subordination de la femme dans lequel l'avait placé le Code civil et qui se veut être le principal fondement de la subordination maternelle. En effet, la loi du 18 février 1938 et la loi du 22 septembre 1942 font partie d'une vaste réforme consacrée à la suppression de l'incapacité de la femme.

Après la promulgation de la loi du 18 février 1938 et celle du 22 septembre 1942, c'est véritablement l'abolition de la puissance maritale qui est proclamée ce qui aura une répercussion certaine sur la puissance paternelle et l'autorité de la mère dans la famille. À cet égard, doit-on en déduire une égalité parfaite entre les époux, ou bien le mari conserve-t-il une autorité dans le ménage ? Afin de saisir la portée de ces

---

[561] Léon Richer, *Le livre des femmes*, Paris, Librairie de la Bibliothèque démocratique, 1872, p. 28 : « Le Christianisme, tout en proclamant l'égalité spirituelle de l'homme et de la femme, avait efficacement travaillé au relèvement de la condition de celle-ci. Or il affirmait la nécessité d'une autorité dans la famille en ce sens que le mari était naturellement chef ».
[562] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.,* p. 19-20.
[563] Antoine-Clair Thibaudeau, *Mémoires sur le Consultat 1799 à 1804*, *op. cit.*, p. 426.

diverses questions, il convient de retracer le cadre des divers travaux qui ont donné à la réforme sa physionomie actuelle à travers l'analyse des textes de 1938 **(§1)** et de 1942 **(§2)** édictent des règles dont il importe de déterminer avec précision le sens et la portée[564].

§1. L'autorité maritale et la loi du 18 février 1938

Lors de sa promulgation, le Code civil de 1804 concevait la famille légitime comme une union de personnes soumises à l'autorité d'un chef, le mari. À cet effet, il confère au mari non seulement la prépondérance dans l'exercice de la puissance paternelle, mais encore une certaine autorité sur la personne de sa femme appelée puissance maritale. Cependant, plusieurs lois ont, depuis 1804, soit restreint la prépondérance du mari dans l'exercice de l'autorité paternelle, soit également diminué l'étendue de l'incapacité civile de la femme mariée[565]. La jurisprudence s'est efforcée d'assouplir, dans la mesure du possible, « les règles légales concernant l'incapacité de la femme et son habilitation et de sanctionner les abus de l'autorité maritale. Par conséquent, l'évolution législative et jurisprudentielle en matière d'autorité maritale et d'incapacité civile de la femme mariée consiste, dans une

[565] Commentaire de la loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à l'incapacité de la femme mariée, Les lois nouvelles, 1938, 1ere partie, p. 50 et suiv., p.61 et suiv. Dans le même sens, Chauveau, doyen de la Faculté de Droit de Rennes, intitule son commentaire de la loi : *Abolition de la puissance maritale et du devoir d'obéissance ; octroi à la femme mariée d'une capacité restreinte*, Rennes, 1938.

limitation progressive des prérogatives du mari et surtout de l'extension constante de la capacité civile de la femme mariée »[566].

Cette réforme se veut dès lors à la fois limitée et tou à fait novatrice comme le précise Marc Ancel dans son *Traité sur la capacité civile de la femme mariée*, « la loi de 1938 présente en fait ce caractère étrange d'apporter à notre droit positif une modification à la fois limitée et profonde. Limitée d'abord, puisqu'elle ne touche qu'à un très petit nombre de dispositions du Code, et que les changements substantiels se réduisent, en définitive, à la transformation des articles 213 et 215, dont les autres modifications ne sont que les conséquences plus ou moins directes. Profonde, cependant, car elle consacre dans l'organisation familiale ce que l'on peut appeler une révision des valeurs et une orientation nouvelle des conceptions fondamentales »[567].

Elle est, disait le Premier Président Paul Matter « une œuvre de justice, par-là, elle constitue un élément de stabilité sociale, comme toute mesure destinée à mettre en harmonie les prescriptions légales et les besoins de la société »[568]. Dès lors, il s'agit de rechercher dans toutes leur complexité, les origines exactes du principe proclamé par la loi de 1938 **(A)** tout en soulevant les règles essentielles de cette loi comme la suppression de la puissance maritale, l'abolition du devoir général d'obéissance, la

---

[566] Dalloz, recueil périodique et critique, D.P. 1939.4.1 : « La loi du 18 février 1938 vient supprimer de notre droit positif l'incapacité traditionnelle de la femme mariée. Cette réforme est d'importance, elle est de celle dont on parle, en bien ou en mal, mais dont on parle dans les journaux, entre juristes ou encore dans le grand public. Quoiqu'il advienne, elle est de celles, en tout cas, qui ne passent inaperçues. Pour apprécier cette loi, rien n'est pourtant plus déroutant que de faire référence aux premiers commentateurs. Savatier, par exemple attribue surtout à la modification législative une valeur « spectaculaire » dont les conséquences pratiques lui paraissent assez limitées ».

[567] Marc Ancel, *Traite de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, *op. cit.*, 1938, p. 2 : À ce point de vue, comme l'écrit Marc Ancel, « il est aisé de prétendre que l'importance morale et sociologique de la loi dépasse sans doute son importance strictement juridique. Disons aussi, que cette loi est en même temps un exemple de bonne législation dans la mesure où, elle fait cesser un désaccord entre le droit et l'éclat des mœurs, entre la loi écrite et la morale coutumière ».

[568] Suzanne Grinberg et Odette Simon, *Les droits nouveaux de la femme mariée*, Paris, Sirey, 1938, p. 3.

suppression de l'incapacité de la femme mariée ainsi que la contribution de cette dernière aux charges du ménage **(B)**.

A. L'élaboration de la loi du 18 février 1938

La conception de la société conjugale et surtout l'incapacité de la femme mariée subissent de vives critiques à la fin du XIX^e^ siècle tout comme au début du XX^e^ siècle et tout particulièrement après la guerre de 1914-1918. De milieux divers qu'ils soient parlementaires, littéraires, juridiques et principalement des milieux féministes ou féminisants, s'élèvent de vives critiques, soit contre l'organisation technique de l'incapacité de la femme mariée, soit contre l'institution elle-même, qui prétendait-on parfois, faisait de la femme une « éternelle mineure [569]». Il faut donc, substituer au principe de l'autorité du mari comme base de l'union conjugale, celui de l'égalité des époux[570].

Cependant, ce n'est qu'en 1925 que sera constituée une Commission d'experts par le garde des Sceaux René Renoult qui rendra en 1928 des conclusions en faveur de la pleine capacité de la femme mariée. Il faut donc attendre quatre années pour que René Renoult ne dépose au Sénat, en 1932. Enfin, c'est seulement après la victoire du Front populaire que le projet Renoult sera discuté au Sénat, puis à la Chambre des députés[571].

Les travaux préparatoires de la loi

C'est à travers l'arrêté du 14 décembre 1925 que René Renoult, alors garde des Sceaux, institue une Commission chargée d'étudier les modifications à apporter au Code civil en ce qui concerne la condition juridique de la femme. Cette Commission

---

[569] *Receuil critique de jurisprudence et de législation*, Jurisprudence générale, *Dalloz*, 1939, p. 2.
[570] François Laurent, *Avant-projet de révision du Code Civil*, t.1, Bruxelles, Bruylant, 1885, p. 424.
[571] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op.cit.*, p. 217.

est alors formée des plus grands juristes de l'époque et présidée notamment par Paul Matter, avocat général près de la Cour de cassation. Une sous-Commission est également désignée pour préparer un texte et sur le rapport de Julliot de la Morandière, la Commission établit un avant-projet comprenant deux parties. La première comporte la suppression de l'incapacité alors que la seconde examine les répercussions du principe nouveau sur les régimes matrimoniaux[572].

En 1932, Renoult, de nouveau garde des Sceaux, décide d'apporter le projet de la Commission devant le Parlement. C'est ainsi qu'est déposé sur le bureau du Sénat, le 23 juin 1932, un projet de loi « portant modification du texte du Code civil relatif à la capacité de la femme mariée et aux régimes matrimoniaux »[573].

Dès lors, le Sénat adopte le projet de loi, en première délibération dans les séances des 5 et 8 décembre 1936[574], puis en deuxième délibération, après un rapport supplémentaire de Renoult dans la séance du 19 mars 1937. Il sera alors transmis à la Chambre le 29 avril suivant, puis renvoyé à la Commission de législation où Delattre, rapporteur à la Chambre des députés, dépose le 23 décembre 1937, un rapport qui conclut à l'adoption sans modification du texte voté par le Sénat, craignant qu'un nouvel examen de la question ne soit pas favorable à la réforme. C'est ainsi que la Chambre des députés, dans la séance du 10 février 1938, vote sans discussion le texte qui mit à son ordre du jour « sous réserve qu'il n'y aurait pas de débat »[575].

Tel est le résultat de ces longs et laborieux travaux : « l'aboutissement d'une réforme, à la fois prudente et réelle, qui tout en proclamant le principe nouveau de la capacité, s'empresse d'y apporter de nombreux tempéraments »[576]. C'est pourquoi nous proposons d'examiner le principe nouveau établi par la loi du 18 février 1938 et les applications de ce principe dans les cas de détails prévus par cette loi.

---

[572] Marc Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée, op.cit.*, p. 30.
[573] Gisèle Berstein, *Le Sénat sous la IIIe République*, CNRS, 450 p.
[574] *Déb. Parl.* Sénat, 1936, p. 1549 et s., p. 1563 et s.
[575] *Doc. Parl.* Chambre, 1937, annexe n°3331.
[576] Charlotte Billion, *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1939, p. 9.

B. La portée de la réforme du 18 février 1938

Le Code civil ne repose pas seulement sur l'organisation d'une forte autorité familiale, naturellement confiée au chef de famille, il comprend également dans la pensée des rédacteurs du Code civil, un ensemble de droits et de devoirs réciproques sans lesquels il serait inexact de croire que les droits étaient seulement d'un côté et les devoirs de l'autre. Tel est finalement l'objet de cette thèse. Toutefois, sGeorges Ripert, le Code civil considère le mari comme protecteur et administrateur, la femme comme protégée et incapable, en essayant « par un équilibre de droits et de garanties, de sanctionner l'autorité maritale et de sauvegarder les droits de la femme »[577].

Dans une analyse plus évolutive, Marc Ancel précise dans son ouvrage sur *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi de 1938* : « qu'en 1804 encore, la plupart des femmes ont encore besoin de cette protection du mari ; il la leur faut pour le gouvernement de leur personne, et, plus encore peut-être, pour l'administration de leurs biens »[578].

Force est de constater que la modification apportée par la présente loi à l'article 213 du Code civil constitue l'une des deux grandes réformes réalisées par cette loi, la seconde résultant de la modification de l'article 215. Tandis que cette dernière abolit l'incapacité de la femme mariée à travers l'article 215 ainsi rédigé, « Le femme mariée à le plein exercice de sa capacité civile. Les restrictions à cet exercice ne peuvent résulter que de limitations légales ou du régime matrimonial qu'elle a adopté ».

---

[577] Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op.cit.,* p. 107-108.

[578] Marc Ancel, *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, *op. cit.,* p. 50 : « Lorsque les mœurs leur donnent le droit, et l'habitude de se gouverner elles-mêmes, lorsque les nécessités économiques les contraignent, en se mêlant à la vie des affaires, à avoir leurs gains propres, ce qui était hier réalité est devenu fiction ; et peu à peu, ce tout homogène que constitue l'autorité domestique s'est démantelé ».

De toute évidence, l'un des aspects les plus marquants de la réforme de 1938 est le remplacement du vieil article 213. En effet, cet article prévoit d'une part, que le mari devait protection à sa femme et, d'autre part, que celle-ci devait obéissance à son mari. Ainsi l'ancien article 213 du Code civil est remplacé par le texte suivant « Le mari, chef de famille, a le choix de la résidence du ménage ; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir. Un droit de recours au tribunal statuant en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, est ouvert à la femme contre une fixation abusive de la « résidence du ménage par le mari. La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari : 1° dans le cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps ; 2° lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine »[579].

À l'égard des transformations apportées par ce nouvel article Esmein va répartir les principales conséquences de la suppression du devoir d'obéissance en quatre catégories : « Tout d'abord, la femme devient entièrement libre pour tout ce qui ne touche qu'elle même personnellement, ensuite le devoir de cohabitation devient plus étendu et les sanctions de ce devoir ont particulièrement changé. C'est également à l'idée de la puissance maritale qu'il fallait attribuer certaines règles touchant à la procédure du divorce et de la séparation de corps » [580]. Ces règles, qui marquent une inégalité de traitement au détriment de la femme, sont supprimées par la loi du 18 février 1938 laissant à la femme un rôle plus important, telle une véritable collaboratrice, capable de remplacer le chef de famille incapable d'exerçer son autorité. Avec un tel système, l'importance du rôle de la femme au foyer est telle qu'elle correspond à une situation juridique effective ; l'épouse, la mère doit être une collaboratrice agissante, ayant un pouvoir de contrôle efficace, capable si le chef de famille ne peut exercer sa fonction ou s'il l'exerce mal, de le remplacer. Cependant,

[579] Adhemar Esmein, *Revue trimestrielle de droit civil*, Volume 66, Paris, Sirey, 968 p.
[580] Pour un aperçu plus détaillé de ces quatre catégories, cf, Sem. Jur., 20 mars 1938, p. 55 ou la thèse de Charlotte Billion, *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, *op.cit.,* p. 60 et s.

lors de la discussion au Sénat, on a reconnu au mari la qualité de « chef de famille ». Il est de bon ton de s'interroger sur la valeur de cette formule nouvelle et sur la portée pratique qu'elle peut avoir à l'égard de l'épouse et de la mère[581].

La nouvelle notion de mari « chef de famille »

Le législateur de 1938, soucieux de satisfaire les revendications féminines, mais tout en ayant conscience de la nécessité de maintenir l'unité du ménage laisse subsister dans une incidente, en faveur du marin la prépondérance qui lui est désormais reconnue en sa qualité de chef de la famille. Cela étant, la qualité de chef de famille conférée au mari dans le nouvel article 213 du Code civil consacre à son profit deux droits précis et peu étendus. Tout d'abord le droit de fixer la résidence du ménage et le droit de s'opposer à ce que la femme fasse du commerce ou exerce une profession séparée. Contrairement à l'ancienne puissance maritale, ces droits lui sont accordés sous réserve d'un contrôle judiciaire.[582] Ce sont là les seuls droits effectifs qui sont accordés au mari « chef de famille ». En dehors de ces droits, il ne subsiste qu'une prééminence morale du mari, dont la portée est peu précise.

Concernant l'origine et la portée de cette qualité de chef de famille, il faut savoir que dès 1933, la Société d'Études Législatives, qui consacre de nombreuses séances à cette réforme, se prononce pour l'introduction du « mari chef de la famille », dans le futur article 213. Pour elle, il s'agit de donner au mari un pouvoir de décision en cas de désaccord[583] ». Et d'ailleurs, si les mots ne sont pas encore écrits dans les projets de loi, l'idée dont ils sont l'expression avait été conçue et acceptée par le législateur. Renoult fait remarquer que le projet « ne crée pas l'égalité complète des époux dans

[581] Robert Aynès, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 1939, p. 39.
[582] Dans son rapport à la Société d'études législatives, Rouast a souligné le caractère nouveau de ce contrôle. La femme conserve toujours le droit en cas de désaccord sérieux, de faire trancher la question par le tribunal. Bulletin de la société, 1934, p. 88.
[583] Rapport de Rouast, *Bullutenin social d'études législatives,* 1934, p. 81 et s.

le ménage ; la femme ne doit plus en principe obéissance à son mari, mais il est certains cas néanmoins où sous peine d'une destruction de la famille, l'on ne pourrait concevoir que la décision appartînt à la fois à chacun des époux. Pour ces cas, la prépondérance du mari a été conservée ». Un peu plus tard, le rapporteur dira encore que « Le projet établit en principe l'égalité des époux, mais il laisse subsister sur bien des points la prédominance du mari ».

Après la délibération en première lecture, où l'amendement Pernot est adopté, cette même intention précitée sera encore affirmée : « la Commission a pensé que pour que la réforme fût à la fois prudente, réelle et efficace, il fallait qu'elle fût maintenue à égale distance du principe absolu de l'omnipotence maritale et du principe de l'égalité absolue des époux dans le ménage »[584].

Enfin, dans l'exposé qui précède la seconde délibération, on trouve encore les paroles de Renoult qui s'exprime en ces termes « Dans ces législations, on a depuis assez longtemps déjà préféré à la subordination complète de la femme au mari qu'édictait le Code Napoléon un régime de collaboration des époux en droit, avec la plupart du temps, le maintien d'une certaine prépondérance du mari dans l'intérêt de la famille. C'est dans ce sens aussi, Messieurs, que le projet dont je vais avoir l'honneur de vous entretenir se prononce à son tour »[585].

À savoir que lors de la première délibération du Sénat sur le projet préparé par sa Commission de législation, il fut proposé par Pernot, au cours de la séance du 8 décembre 1936, que soit inséré au début de l'article 213 cette phrase, « le mari est le chef de la famille » alors même que cette notion n'existait pas dans le projet initial. Son amendement fut adopté aussitôt, sans opposition du Gouvernement ni de la Commission de législation[586].

---

[584] Rap. Suppl. du 18 février 1937 : *J.O.*, Doc. Parl., Sénat 1937, annexe n°78, p. 53.
[585] *J.O.*, D. P., Sénat, 1937, p. 346.
[586] *J.O.*, Sénat 1936, p. 1563 et s.

Dans ce courant de pensée, se retrouve également l'idée de Bachelet, qui veut, au contraire, supprimer cette appellation et affirmer la solidarité des époux, quant aux responsabilités et aux devoirs du ménage. Il voyait dans l'idée de chef, une idée d'obéissance, donc d'infériorité pour la femme. Il compare alors l'union des époux aux sociétés commerciales et industrielles et il croit possible d'établir entre les époux les mêmes rapports d'égalité qu'entre les membres d'une société. Tout comme Violette, alors ministre d'État, qui affirme, dans le même sens, en parlant de la famille, « qu'elle est à l'image d'une société et qu'il est nécessaire de laisser le soin aux associés de décider quel est celui qui aurait l'autorité morale »[587].

Force est de constater que sur le principe donc, pas de doute, le législateur conserve la prépondérance au mari dans certains cas. Et pour atteindre ce but, il place délibérément en tête de l'article 213 du Code civil, la formule due à l'amendement Pernot. Pour autant il ne s'agit que d'une proposition incidente, placée entre deux virgules, dans une phrase où il est dit que le mari choisit la résidence commune et il convient de noter que la portée des mots n'est pas exactement la même suivant que l'on dit « le mari, chef de la famille, a le choix… », ou bien : « le mari est chef de la famille. Il a le choix… ». Cette interprétation est basée sur l'article 213, al. 3 du Code civil, qui, précisément, supprime cette qualité dans certains cas. En ce sens, Julliot de la Morandière indique « En première lecture, avait été adopté au Sénat un alinéa premier de l'article 213 : le mari est le chef de la famille ; mais précisément on a craint de ressusciter ainsi la puissance maritale : il a été décidé alors que les mots chef de la famille seraient placés entre virgules, formeraient une proposition incidente, pour bien marquer qu'ils ne conféraient au mari aucun pouvoir général, mais étaient seulement la justification des prérogatives précises que les textes nouveaux lui conservaient »[588].

[587] *Déb. Parl.*, Sénat, 1937, p. 349.
[588] V. Chr. D. H., 24 mars 1938, p. 25.

Le rapporteur au Sénat précise également les raisons pour lesquelles la formule de l'amendement Pernot a été modifiée « Un certain remaniement a été accepté par l'unanimité de la Commission afin de bien monter que nous n'entendons pas qu'on puisse déduire de la formule le mari chef de la famille des droits positifs. Nous voulons seulement y inclure une notion de direction et d'ordre dans la famille. Nous avons fait du membre de phrase le mari chef de la famille une simple incidente »[589].

Ainsi libérée de la puissance maritale, la femme n'en reste pas moins soumise au statut de dépendance vis-à-vis de son mari, détenteur unique des pouvoirs de décision et de représentation de la famille. C'était un premier pas il est vrai, mais l'action de la mère reste encore partiellement limitée par celle de son conjoint titulaire, à titre principal du pouvoir de décision. Il y a, encore, en 1938, l'idée d'une nécessité pour la famille d'avoir un chef, l'idée que l'un des deux époux décide, s'il n'y a pas accord entre eux, et que ce sera le mari, chargé par la nature et par les lois de la protection de la famille comme le définit Renoult qui envisage cette fonction du mari comme une « Direction morale, utile à la collectivité familiale » et précise d'ailleurs devant le Sénat à la séance du 19 mars 1937 le but qui est celui de « maintenir l'ordre dans la famille sous une direction tutélaire et naturelle qui est celle du mari »[590].

Or, de toute évidence, à cette époque déjà, l'autorité dans le ménage et la direction des affaires domestiques dépendent de la volonté commune des époux et de leur bonne entente, et le législateur ne peut imposer totalement sa volonté au sein des foyers. De ce fait, cette autorité ne confère au mari aucun droit positif

[589] *J.O.,* Sénat 1937, pp. 348-349 : « Ces paroles extrêmement nettes font ressortir l'idée qu'il ne s'agit d'aucun droit positif nouveau, bien défini dans son objet, dans ses modalités, dans sa sanction. Il s'agit d'un pouvoir de décision dans les affaires du ménage. Il ne s'agit pas non plus d'un devoir général d'obéissance, puisque les pouvoirs du mari ne touchent que les matières où l'intérêt de la famille est en jeu. Il est bien chef de la famille et non chef de la femme malgré l'origine de la formule de Pernot ».

[590] *J.O.*, Déb. Parl. Sénat, 1937, p. 347.

catégorique, « réserve faite cependant de son droit de choisir en principe la résidence du ménage et de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession séparée »[591].

En dehors de ces deux prérogatives, le mari n'en a plus aucune autre d'ordre juridique ce qui nous incite à comprendre que le nouvel article 213 s'apparente à une transition « entre deux tendances contraires et surtout comme la constatation d'un fait social, le mari est le plus souvent le chef de la famille, mais il ne peut tirer de cette qualité aucun pouvoir légal d'imposer sa volonté »[592].

Par conséquent, le processus déclenché en 1938 ne pouvait que perdurer comme le précise Marie-France Callu dès lors que « L'indépendance sociologique acquise par les femmes conduit à une remise en cause de l'autorité de la mère dans la famille. La protection autrefois recherchée dans la communauté familiale ayant fait place à une émancipation tant financière qu'intellectuelle, il devenait indispensable d'introduire la notion d'association des parents dans les ménages »[593].

Ainsi, la loi du 18 février 1938 ne va pas réaliser l'égalité complète entre les époux dans le ménage. C'est la loi du 23 juillet 1942 qui va ainsi retoucher l'article 373 avant que la loi du 22 septembre 1942 ne vienne compléter les dispositions de la loi de 1938.

§2. Les retouches apportées à l'article 373 par la loi du 23 juillet 1942

Si le Code admettait déjà que la puissance paternelle appartenait à la fois au père et à la mère à travers l'article 372, il en conférait cependant l'exercice au père seul pendant le mariage en vertu de l'article 373 « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ».

---

[591] *Receuil critique de jusrisprudence et de législation*, Jurisprudence générale Dalloz, 1939, p. 4.
[592] Robert Aynes, *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, *op. cit*., p. 40.
[593] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme*, *op.cit.,* p. 202.

La loi du 23 juillet 1942 va lier l'exercice de cette autorité des père et mère à la qualité de chef de famille en modifiant cet article 373 de la manière suivante « Cette autorité appartient au père et à la mère. Durant le mariage elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille ».

Il semble tout à fait intéressant de rapprocher les lois du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942 au texte de la loi du 23 juillet 1942. En effet, la loi du 23 juillet 1942 retouche de manière significative l'article 373 et crée par là même une place plus importante à l'autorité de la mère.

A. L'affirmation de la collaboration des époux

Les mesures préconisées pour que soient mieux défendus la mère et l'enfant n'avaient pu être inscrites en juillet 1939 dans le cadre de la réforme du Code de la famille. A cet égard, Andrée Butillard juge opportun d'en rappeler le bien fondé au secrétariat général à la Famille : « Les vœux du mouvement trouvent leur aboutissement dans la loi du 23 juillet 1942, désormais l'abandon du foyer par l'un des époux est considéré comme un délit. Cette même loi stipule que l'autorité parentale appartient au père et à la mère »[594].

Pour la première fois depuis la promulgation du Code civil, l'article qui excluait catégoriquement la mère, sans même la citer est remanié et l'associe enfin dans les termes de son article 373.

En posant ce principe du concours que la femme apporte au mari, le législateur de 1942 répudie l'ancienne conception de l'infériorité juridique de la femme mariée, pour y substituer celle de la collaboration entre époux. Cette disposition a également le mérite de rappeler à la femme mariée ses responsabilités familiales alors que la

[594] Thérèse Doneaud et Christian Guérin, *Les femmes agissent, le monde change*, Editions du Cerf, 2005, p. 89.

plupart des textes tendent surtout à augmenter ses droits. D'ailleurs, à l'égard de ce nouvel article, Julliot de la Morandière conclu que « la femme n'est plus sous la puissance du mari puisqu'elle concourt avec lui et qu'elle est ainsi vraiment associée. Le mari doit la consulter : ce n'est qu'en cas de dissentiment sur un point concernant l'intérêt commun qu'il prendra la décision »[595]. La femme voit donc sa situation transformée, améliorée, et cela, non pas seulement dans son intérêt propre, mais dans celui de la famille.

B. La place de la mère redéfinie en cas de carence du père

D'une façon générale c'est le père qui prend l'exercice, en sa qualité de chef de famille. Cependant, la mère prend sa place, sans aucune formalité en cas « d'incapacité » du mari, par exemple en cas de folie, de condamnation judiciaire ou toute autre cause d'absence prolongée.

Cela étant, la femme en devenant l'adjointe du mari-chef de famille, devait être associée à l'exercice de cette autorité, ce que la loi du 22 septembre 1942 vient compléter en modifiant l'article 213 du Code civil.

[595] Julliot de la Morandière, « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », *Sem. Jur.* 31 jan. 1943, n° 9.

§3. La promotion juridique du statut de mère à travers la loi du 22 septembre 1942 relative aux effets du mariage, aux droits et devoirs des époux

Au regard de la rédaction de la loi du 18 février 1938, une loi se devrait de la compléter. C'est à l'initiative du Garde des Sceaux Joseph-Bathelemy que le régime de Vichy va opérer cette réforme avec la loi du 22 septembre 1942 qui va permettre une vétritable valorisation du satut de la mère au sein de la famille. En effet, la loi du 22 septembre 1942 va modifier certaines des solutions données par la loi du 18 février 1938 tout en reprenant certaines pour les consacrer à nouveau puisque cette nouvelle loi a pour objet essentiel de réaliser cette mise au point de la réforme que les auteurs de la loi de 1938 eux-mêmes considéraient comme nécessaire. D'après Odile Dhavernas : « Le législateur de 1942 manifeste une inspiration plus moderne en redéfinissant les rapports entre les époux et en asseyant plus fermement les prérogatives du mari tout en les contrebalançant par un pouvoir accru de la femme »[596].

Cette nouvelle loi se veut donc plus complète et plus cohérente et prend pour base de sa règlementation « la notion de l'intérêt commun du ménage et des enfants, de l'intérêt supérieur de la famille »[597] à travers les es principes qui donnent à la loi de 1942 une portée sociale très large.

En ce sens, Marc Ancel a prolongé son étude faite sur la loi du 18 février 1938 en analysant la loi du 22 septembre 1942 par la rédaction du *Traité de la capacité civile de*

[596] Odile Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoirs des hommes*, éditions du Seuil, 1978, p. 92.
[597] Henry Solus, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1953, p. 85.

la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 qui avait été publié au lendemain de cette même loi[598].

Au seuil de cette étude, il faut alors dégager les caractères positifs de la loi nouvelle et faire ressortir les principales préoccupations qui ont animé son élaboration **(A)** tout en s'attachant aux principaux chefs de réforme de la loi de 1942. En effet, elle réalise une harmonieuse collaboration des époux quant à la direction morale et matérielle du ménage et de la famille, ensuite cette loi retouche certains textes relatifs aux droits et devoirs respectifs des époux qui avaient été imparfaitement rédigés en 1938 **(B)**.

Par ailleurs, elle va mettre en œuvre le principe de capacité de la femme en y adaptant tous les textes du code et va aplanir les difficultés résultant des séparations du fait de la guerre, ou de toute autre cause de carence de l'un des époux. En effet, dans le cadre de la famille légitime « en 1942, le problème fondamental à résoudre ne se trouve plus dans l'attribution de l'autorité. Sous l'empire de la loi de 1942, article 373 ancien du Code civil, la mère est déjà considérée comme titulaire de la puissance paternelle. La difficulté réside plutôt dans la pratique de cette autorité accordée au mari pendant le mariage en sa qualité de chef de famille »[599]**(C)**.

[598]Marc Ancel, *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942* . Supplément au *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18février 1938*, Paris, Sirey, 1943, 77 p.
[599] Marie France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.*, p. 203.

A. L'origine et la portée de la loi nouvelle

La loi du 22 septembre 1942 se présente comme une réforme d'ensemble et, dans une communication faite la veille de la publication du texte au Journal officiel, Joseph Barthélémy, alors Garde des Sceaux, a tenu à en souligner l'importance, en précisant « qu'elle entendait organiser le statut du groupement familial constitué par les conjoints »[600]. Sur le principe de la capacité de la femme mariée, la loi de 1942 formule dans l'article 216 nouveau que « La femme mariée à la pleine capacité de droit. L'exercice de cette capacité n'est limité que par le contrat de mariage et par la loi ». À cet égard, la réforme apparaît donc comme un complément[601] et une mise au point de la loi du 18 février 1938, l'une et l'autre véritablement ont du reste une origine première commune[602]. Il faut également savoir qu'à travers la guerre on se rend très vite compte de la nécessité d'une nouvelle loi alors même que le législateur de 1938 n'avait pas encadré le statut de la mère en de pareilles circonstances.

Au mois de juin 1939, la Société peut aborder la discussion du projet, sur le rapport de Jousselin[603]. Ensuite, c'est au mois de novembre 1940 que les services de la Direction des Affaires civile du Ministère de la Justice ont, sur les instructions du Garde des Sceaux, repris l'étude de la question sur la base des deux projets élaborés par le Sénat et la Société d'Études législatives. Le texte ainsi préparé est ensuite transmis pour avis au Conseil d'État qui, sur le rapport de Oudinot, va

---

[600] V. cette déclaration dans *Le Temps* du 3 novembre 1942.

[601] Rapport de René Renoult, garde des Sceaux, annexe à la séance du 30 mars 1939, Sénat, n°305 : « La loi du 18 février 1938 comprend deux parties relatives, l'une aux rapports personnels des époux et à la capacité de la femme mariée, l'autre aux rapports pécuniaires des époux et à l'aménagement des régimes matrimoniaux, or au lendemain de la promulgation de la loi de 1938 qui présente de sérieuses difficultés d'interprétations et mes quelques incohérences, la Commission de législation civile et criminelle du Sénat entreprend l'étude de la deuxième partie du projet définitif. Au début de l'année suivante, elle termine ses travaux ».

[602] Sur cette origine première de la loi de 1942, son élaboration et les travaux préparatoires, v. J. Molinier, « La loi du 22 septembre 1942 relative aux effets du mariage et aux droits et devoirs des époux », *Gaz. Pal.*,Des 11-13 novembre 1942.

[603] V. ce rapport dans le *Bulletin de la société*, 1939, p. 86 et suiv.

minutieusement l'examiner[604]. En février 1942, un projet est définitivement adopté par le Conseil d'État. C'est celui qui doit devenir la loi du 22 septembre 1942, après un nouvel examen par les services du Commissariat général à la Famille, auquel il avait été communiqué par la Chancellerie.

Ainsi, il existe ainsi entre la loi nouvelle et les précédentes qui l'ont inspirée, des différences évidentes. Il suffit d'indiquer ici les nouveaux apports de la loi pour permettre de mieux apprécier la portée exacte de la réforme.

B. Le concours de la mère dans la direction de la famille

La loi de 1942 est empreinte de l'idée de famille qui lui donne son caractère personnel et distinct de la loi de 1938, et qui la met en harmonie avec l'ensemble des dispositions qui suivront cette date afin de défendre et protéger les institutions familiales. Cette nouvelle loi marque un pas de plus vers l'élaboration définitive d'un statut des rapports entre époux fondé, sur l'égalité et la collaboration de la femme et du mari. En effet, l'article 213, alinéa 2 nouveau s'exprime ainsi : « la femme concourt avec son mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement »[605].

Par conséquent, « en organisant pour la femme un rôle sur mesure, en l'associant à la direction de la famille au lieu de l'abandonner en marge de celle-ci, la mère est davantage intégrée à l'institution, et l'opposition de dominant à dominée se réduit tout comme les conflits qu'elle engendre ; on ménage la susceptibilité de la

[604] J. Molinier, « La loi du 22 septembre 1942 relative aux effets du mariage et aux droits et devoirs des époux » *op. cit.*
[605] Isabelle Durca, Paulette Aulibe-Islin, *La femme et ses nouveaux droits*, Paris, Albin Michel, 2017, 320 p.

femme, mais aussi on l'intéresse personnellement au développement harmonieux de la famille à laquelle on donne par là même, une assise renforcée »[606].

Enfin, une nouvelle mission lui est conférée, celle, de « pourvoir à l'entretien de la famille », auquel les époux doivent contribuer « à proportion de leurs facultés respectives »[607]. Par conséquent, il est désormais introduit explicitement dans le titre relatif au mariage l'idée que l'activité professionnelle de la femme est un moyen normal pour elle de participer aux dépenses familiales[608].

Une autre ommission de la loi de 1938 devait absolument être corrigée par la loi du 22 septembre 1942 en raison des circonsatnces de guerre. En effet, au sein de son dernier alinéa de l'article 213 la nouvelle loi aujoute que : « la femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement et de toute autre cause.». En effet, si la femme concourt véritablement à la direction de la famille, elle doit être en mesure, si nécessaire, de remplacer son mari et de jouer le premier rôle[609].

Le législateur de 1942 vient réparer cette double erreur en modifiant à nouveau l'article 213. En effet, la loi de 1938 disposait que le mari perdait la qualité de chef de

---

[606] Odile Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes*, Paris, Editions du Seuil, 1978, p. 93 : « Mais il ne suffit pas de définir le rôle propre de la femme : il faut encore garantir à celle-ci les moyens d'exécuter les tâches qui lui sont confiées. Pour celles qui n'exercent pas d'activité salariée et ne disposent pas, à ce titre de ressources personnelles, la loi consacre le concept de « mandat domestique de la femme mariée » crée par la jurisprudence : c'est désormais de la loi, et non plus du mari, que la ménagère tiendra le pouvoir de représenter celui-ci « Pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains[606]. ». Le mari conserve le choix de la résidence de la famille ; mais « lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir, pour elle et ses enfants, une autre résidence fixée par le juge. La notion de mandat domestique sera développée dans la seconde partie ».

[607] Article 214 du Code civil.

[608] Odile Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes, op. cit.*, pp. 92-93 : « La nouvelle mission confiée à la femme s'exerce sur plusieurs plans : sa participation admise à la « direction morale » de la famille donne une traduction juridique à ce que les hommes ont toujours considéré comme « la vocation propre » de la mère de famille ; il en va de même de la « direction matérielle » qui comprend également toutes les activités domestiques ».

[609] Henri Mazeaud, Jean Mazeaud, Michel de Juglart, *Leçons de droit civil*, *op.cit.,* p. 442.

famille notamment en cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité de manifester sa volonté, de séparation de corps et de condamnation à une peine criminelle, mais elle ne s'expliquait pas clairement sur ce qu'il advenait alors de l'autorité de la famille. Plus réaliste, « la loi de 1942 ne veut pas que dans ces hypothèses la famille soit privée de chef et elle attribue alors automatiquement la direction de la famille à la femme[610].». Il n'est ainsi plus question de perte de la qualité de chef de famille par le mari et d'autre part si désormais le mari est hors d'état de manifester sa volonté, c'est la femme qui le remplace dans ses fonctions de chef, ce qui est bien une conséquence de son rôle d'associée dans la direction de la famille : « Si le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille » d'après l'article 217 du Code civil. Cette disposition est inspirée par la situation résultant de l'éloignement des prisonniers de guerre, bien plus que par le souhait d'une autonomie accrue de la femme « Il s'agit de suppléer une volonté défaillante, non de briser une volonté récalcitrante »[611]. Ainsi, la loi du 22 septembre 1942 permet de préciser le rôle de la mère lorsqu'elle prend la relève du père toutes les fois où il ne peut plus exerçer ses fonctions.

Enfin, il faut considérer que malgré cette évolution en faveur de la mère, les mots affirmant la supériorité du père sont encore présents, avec une portée qui cependant ne sera guère plus que morale.

[610] Odile Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes*, *op. cit*. p. 95.
[611] *Ibid.*, p. 94.

C. Le maintien du mari chef de la famille et de la prédominance maritale

L'une des innovations principales de la loi du 18 février 1938 permet le remaniement de l'article 213 du Code de 1804. Pour autant, cette loi n'établit pas un régime d'égalité complète des époux, car l'article 213, remanié, reconnait au mari la « qualité de chef de famille ». Ces principes sont maintenus par l'article 213 nouveau, tel qu'il résulte de la loi du 22 septembre 1942 et « sans doute, la nouvelle loi parait, à certains égards, renforcer la qualité de chef de famille, qui n'était accordée à ce dernier que par voie d'incidente »[612]. En revanche, à la lecture du nouveau texte de 1942, une première remarque s'impose : les mots chef de famille ne sont plus placés entre virgules comme ils l'étaient sous la loi du 18 février 1938. Sous la loi de 1942, on trouve l'affirmation pure et simple que le mari est le chef de la famille : « Le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants » [613].

En étudiant précisement la composition des lois de 1938 et de 1942 on peut très vite se rendre compte que sous l'empire du texte de 1938, la reconnaissance au mari de la qualité de chef de famille a surtout une valeur morale ; il en va de même

[612] Raymond Vuichoud, *L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée*, thèse de doctorat, Droit, Université de Paris, Domat-Montchrestien, pp. 45 et suiv.

[613] Robert Moreaux et Jean Dupuy, *Les conflits conjugaux devant la justice*, Paris, Recueil Sirey, 1943, p. 38 : « Ce qu'il y a de particulier à ce sujet, c'est que le projet de 1932 comportait déjà cette rédaction actuelle, mais les mots « chef de famille » furent l'objet d'une discussion au Sénat. Certains sénateurs le trouvant assez peu en harmonie avec la suppression de la puissance maritale proposèrent de les supprimer. Après de nombreuses discussions, il y eut une transaction qui consista à placer les mots chef de famille entre virgules pour en « minimiser » la portée, pour en faire une proposition incidente au lieu d'une affirmation de principe. Cette affirmation n'est donc pas nouvelle puisqu'elle figurait déjà dans la loi du 18 février 1938. Sans doute, la nouvelle loi parait, à certains égards, renforcer la qualité de chef de famille en affirmant par-là la nécessité d'un pouvoir de commandement dans le ménage. Mais il déclare aussitôt que cette fonction doit être exercée dans l'intérêt commun du ménage et des enfants, ce qui lui enlève tout caractère arbitraire et en relève aussi toute la complexité puisque la femme concourt bel et bien avec le mari en qualité d'associée à assurer « la direction morale et matérielle de la famille ». Si bien que la qualité de chef de famille se trouve être plus une charge qu'un pouvoir arbitraire, tandis que le droit de contrôle de la mère de famille et même sa participation à toutes les décisions importantes sont plus nettement affirmés qu'ils ne l'avaient jamais été ».

également de l'alinéa 2 du nouvel article 213 relatif au rôle de la femme dans la famille alors que le texte de 1942, s'il établit, comme celui de 1938, une certaine prédominance du mari, n'a en aucun cas pour but de faire renaître l'ancienne puissance maritale : « Dans la mesure ou la loi de 1938, avait supprimée la puissance maritale, on ne saurait admettre qu'elle pût être rétablie par une loi dont un des objets avoués a été d'associer davantage la femme à la direction morale et matérielle du ménage et qui d'ailleurs a fait disparaitre de l'article 1388 les mots de puissance maritale que la loi de 1938 avait maintenus »[614].

Il faut dès lors considéré que la qualité, reconnue au mari de chef de la famille, lui confère la prédominance dans la société conjugale dans le seul but de veiller à l'intérêt commun du ménage et des enfants.

Ainsi, la loi de 1942 introduit dans la législation des dispositions qui affranchissent réellement la femme de la tutelle du mari et lui confère de nouveaux pouvoirs, soit dans le cadre de la vie normale du couple, soit à la place du père pour diriger elle-même la famille lorsque celui-ci est empêché de le faire : « On comprend donc que la loi de 1942 soit l'œuvre du régime de Vichy, et que De Gaulle l'ait maintenue en vigueur lors de son arrivée au pouvoir. C'est donc très progressivement au fil des années, à coup de demi-réformes et de demi-mesures, que le statut de la femme dans la famille se modifie et que s'accroissent les pouvoirs de l'épouse et de la mère »[615].

---

[614] Georges Ripert et Jean Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de Planiol*, t.1, n°1776, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1942 : Ces auteurs se demandent d'ailleurs s'il est bien exact que la puissance maritale ait été supprimée par la loi de 1938 ; mais ils n'arrivèrent en fin de compte qu'à reconnaitre au mari une simple prédominance qui n'a rien d'un pouvoir arbitraire.

[615] Odile Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes, op. cit.* p. 95.

Conclusion du Chapitre II

Dans les années 20 et au début des années 30, le droit civil ne subit pas de retouches particulières en matière de droit civil dès lors que « l'alternance de majorités politiques n'entraine pas de brusque virage en matière de droit civil. Parmi les partisans du Bloc national ou de la concentration républicaine, un large consensus apparaît pour préserver l'organisation traditionnelle de famille. Le Code civil ne subit ainsi que des retouches, alors que la législation sociale ne cesse de se développer dans le domaine du travail, du logement et de l'urbanisme. Les grandes réformes marquent le pas. Il s'agit avant tout d'adapter le droit civil à la conjoncture. D'ailleurs, les réformes du droit de la famille, qui aboutissent à la fin du Front populaire, la loi du 18 février 1938 supprimant l'incapacité de la femme mariée date du ministère Chautemps, ou sous le ministère Daladier, le Code de la famille sous la forme d'un décret-loi en juillet 1939 ont recueilli un très large accord »[616].

Après la première Guerre mondiale, le rôle respectif des époux et des parents va être redéfini. Entre les deux guerres, nombreuses seront les réformes qui vont permettre à la famille de s'adapter au conflit qui touche le pays « La progression rapide des idées égalitaristes après la Première Guerre mondiale entraine une redéfinition du rôle respectif des époux. Dans ce contexte d'entre-deux-guerres, de nombreuses réformes nécessaires à l'adaptation de l'économie et de la société à un conflit à la fois intensif et de longue durée »[617].

On comprend de ce fait que le régime de Vichy ait produit une « législation » idéologiquement marquée, « élaborée sans aucun débat ni aucun vote par des

[616] Jean-Louis Halpérin, « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. La lente évolution vers l'égalité », in *Informations sociales*, *op.cit*, p. 176.
[617] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme*, *op.cit.,* p. 201.

technocrates parmi lesquels se trouvaient quelques juristes réputés, à l'image de la loi du 22 septembre 1942 ou encore de la loi du 23 juillet 1942 »[618].

A partir de cette époque, on recherche à organiser la famille sur un plan hierarchique certes afin d'éviter des conflits entre les parents mais on prône tout de même la notion d'égalité entre les parents en matière d'autorité « Cette analyse s'est traduite, en particulier, par la recherche d'une cellule familiale moderne où les rapports entre parents ne se situeraient plus légalement sur un plan hiérarchique, mais égalitaire. C'est à partir de cette exigence nouvelle, clé de voûte des revendications féminines, que l'organisation de la famille s'est transformée peu à peu. À la conception archaïque, consacrée par le Code civil, de la toute-puissance qu'elle soit paternelle ou maritale, s'est peu à peu substituée celle de la collaboration intime des parents et des époux »[619].

A travers l'évolution manifeste de la législation, la mère cesse d'être la subordonnée de son mari tout comme la femme, pour en devenir l'égale et l'associée. Ainsi, la capacité juridique de l'épouse et de la mère s'est considérablement accrue, même avant la loi du 4 juin 1970 qui l'a portée au niveau de celle du mari.

[618] Jean-Louis Halpérin, « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. La lente évolution vers l'égalité », in *Informations sociales*, *op.cit*, p. 176.
[619] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme*, *op.cit.*, p. 201.

Conclusion Partie I

La notion de « puissance paternelle » s'apparente à la terminologie romaine qui avait à l'époque un véritable lien entre l'appellation et la pratique de l'autorité paternelle ce qui n'est plus le cas en 1804 puisque la notion de *pater familias* n'a plus sa raison d'être. Cependant, il est certain que le Code Napoléonien a placé la femme dans un état d'infériorité par rapport à l'homme, tant sur le plan des rapports mari et femme que sur le plan de l'autorité des parents.

L'évolution s'est pourtant poursuivie dans une tout autre direction. Sous l'impulsion de la jurisprudence, des mœurs et du législateur, les lois intervenues pendant la seconde moitié du XIX^{e} siècle et au début du XX^{e} siècle consacrent un adoucissement continu de l'autorité paternelle qui ne mérite plus guère d'être qualifiée de puissance.

Ainsi, le raisonnement de départ en matière d'autorité des parents et son évolution ultérieure ont été appréhendés dans le cadre d'un processus historique évolutif en faveur de la puissance paternelle de la mère et « à travers cette amélioration du statut de la mère, c'est la famille tout entière qui a changé d'aspect »[620].

Au-delà du champ strictement juridique, certaines questions corrélatives sur la condition de la femme, l'émergence du féminisme, des guerres et de l'industrialisation nous ont permis de retracer la place de la femme au sein de la famille et de la société. Fruit de métamorphoses politiques, économiques et sociales, la loi du 4 juin 1970 viendra mettre dans les mots ce que les faits appellent depuis longtemps, à savoir une autorité parentale commune au père et à la mère.

---

[620] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.*, p. 201.

Tel est donc le schéma directeur de l'évolution de la famille légitime depuis le Code civil, un partage progressif des pouvoirs entre les époux et une organisation de la suppléance ou même de la relève du mari-chef par la femme. Les droits ainsi accordés à la femme ont pour seule fin de la mettre en mesure de faire face à l'exercice d'une véritable autorité dans la famille dans la mesure où un droit dont on ne possède pas l'exercice demeure seulement symbolique.

Partie II. L'exercice de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil

> « Le législateur a dû établir un droit égal là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'affections ; il répare, par cette position, l'injustice de plusieurs siècles ; il fait, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille »
>
> Pierre-François Réal[621].

Après avoir d'étudié la nature de la puissance paternelle il nous faut maintenant essayer de retracer dans leurs traits essentiels les dispositions par lesquelles le Code civil règlemente l'exercice de la puissance paternelle de la mère. Pour ce faire, il s'agit de prendre en compte diverses situations familiales, lorsque le père est vivant, capable et sain d'esprit, mais également lorsque les conditions du mariage se trouvent modifiées exceptionnellement ou définitivement, empêchant le père de s'acquitter de ses devoirs et d'exercer ses droits à l'égard de ses enfants.

À cet égard, les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu regrouper en un seul chapitre les différentes dispositions qui ont trait à la puissance paternelle. Le Titre IX du Code civil se rapporte à la puissance paternelle proprement dite, en tant qu'autorité des père et mère, et au droit de correction. Il faut également rechercher dans d'autres titres les textes qui ont un lien direct avec l'exercice de cette puissance paternelle[622].

Par conséquent, cette étude peut se diviser en deux groupes : il y a lieu de rechercher d'abord les dispositions qui concernent la puissance paternelle, au cours

---

[621] Pierre-François Réal, *Exposé des motifs*, Procès-verbal du 26 ventôse an 11, t. II, p. 614.

[622] Victor Marcadé , *Explication théorique et pratique du Code civil, op.cit.*, p. 144 : « Il est vrai qu'en dehors de la puissance paternelle proprement dite, il exeiste plusieurs droits attribués par différents textes du Code, tantôt aux père et mère seulement, tantôt aux ascendants en général. Ainsi la nécessité de leur consentement ou de leur conseil pour le mariage (articles 148-153), pour l'adoption (article 346), pour la tutelle officieuse (361), leur droit de succession sur les enfants et les descendants (articles 746-749), avec la faculté de faire réduire les legs ou les donations entamant leur réserve (article 915), le droit aux aliments (article 105), le droit d'accepeter au nom de leur enfant mineur des donations (article 935).

du mariage, lorsque les époux vivent ensemble, et que le père est présent et jouit de sa pleine capacité juridique, telles sont les dispositions qui se trouvent au sein de différents titres du Code civil, et qui concernent l'émancipation, le mariage, l'adoption et les charges du ménage. Chemin faisant, il s'agit alors de dégager et de justifier la place de l'autorité de la mère lorsqu'elle exerce cette puissance paternelle en commun avec le père **(Titre 1)** avant d'envisager d'autres cas où cet exercice lui revient naturellement dès lors que le père de famille est absent, interdit ou en état de démence la mère prend sa place de plein droit. Il en est de même au cas de déchéance de la puissance paternelle encourue par le père[623].

D'autres situations permettront également à la mère d'obtenir directement cette puissance en cas de divorce, de séparation de corps si elle obtient la garde ou encore, lorsque le père vient à mourir **(Titre 2)**.

Ainsi, cette seconde partie forme en quelque sorte le passage de la théorie développée dans la première partie consacrée à la nature de la puissance paternelle de la mère à la pratique à travers l'étude de l'exercice de cette puissance.

[623] Alexandre Duranton, Charles Bonaventure, Marie Toullier, *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, volume 1, Bruxelles, H. Tarlier, 1835, p. 207.

Titre I. L'exercice commun de la puissance paternelle

« Parce que nos mœurs ne privent pas les mères des droits que la nature leur donne sur leurs enfants ».

Jean-François Réal.

Relativement à l'objet spécial de notre étude, ce sujet doit prendre pour principale référence dans le Code civil le Titre IX de la puissance paternelle pour balayer l'étendue de l'autorité de la mère. Pour autant, le titre IX du Code civil consacré à la puissance paternelle, la n'apporte pas une solution complète à cette question.

En effet, se retrouve au sein du titre IX, l'attribution exclusive au père de la puissance paternelle qui n'a trait qu'au droit de direction et d'éducation entrainant comme conséquence, le droit de garde, le droit de correction en vertu de l'article 373, mais également le droit d'usufruit légal et d'administration légale.

Pourtant, nombreux sont les attributs de la puissance paternelle qui se retrouent en divers endroits du Code civil et qui reconnaissent à la femme une situation égale à celle du mari, et ce, dès 1804. Il est alors question du droit de consentir à l'adoption ou d'être consultée pour le mariage de ses enfants, traitées au titre V du livre I ainsi qu'aux titres I et II du livre II consacrés respectivement au mariage et aux donations entre vifs et testaments ou encore de l'adoption »[624] **(Chapitre 1)**.

Cet éparpillement des questions liées à la puissance paternelle est justifié par l'organisation du Code civil ne fait d'ailleurs que rendre plus complexe la détermination de la nature et de l'étendue du pouvoir domestique de la mère qui sera détaillée au sein de la seconde partie.

[624] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, *op.cit.*, p. 159.

D'autre part, dans le titre IX du premier livre du Code ne s'occupe à un point de vue particulier que des effets juridiques qui naissent du rapport de filiation. Il traite des droits des pères et mère vis-à-vis de leurs enfants, mais ces droits ne sont que : « la conséquence des obligations qui leur ont été imposées dans un autre endroit du même Code, au sein de l'article 203 »[625] qui précise que « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

Dès lors, force est de constater que la femme après avoir en quelque sorte conquis le droit de diriger à côté du mari le train quotidien de la maison, s'est aussi, vu remettre le droit de toucher concurremment avec le mari les revenus qui alimentent les dépenses journalières[626]. Par conséquent, si le père possède le pouvoir de prendre seul toutes les décisions relatives à l'éducation de enfants, au terme très précis du Code civil, la mère partage avec lui toutes les charges, ainsi en décide l'article 203 de ce Code[627] **(Chapitre 2)**.

[625] Phillipe Auguste Paget, *De la puissance paternelle dans le droit romain et le droit français, op.cit. ,* p.112.
[626] *Le Code civil de 1804-1904 : Livre du centenaire*, Volume 1, Paris, Rousseau, 1904, p. 288.
[627] Phillipe Auguste Paget, *De la puissance paternelle dans le droit romain et le droit français, op.cit.*, p. 112.

Chapitre I. Une puissance paternelle concurrente en matière de consentement

« De manière dérogatoire, la mise en œuvre d'un attribut de puissance paternelle est rattachée à la seule titularité de cette autorité ; la règle assure ainsi une participation originairement égalitaire qui se justifie par la gravité de l'acte »

Frédéric Vauvillé[628]

En matière de consentement, l'omnipotence du père est tempérée en la faveur de l'autorité de la mère. En effet, dès 1804, la mère n'est pas écartée dans l'exercice de son autorité quand il s'agit de consentir au mariage de ses enfants ou encore de donner son consentement à l'adoption de ces derniers.

Cependant, le père ne peut exercer ce droit que sous la condition de prendre préalablement l'avis de sa femme, avant que la loi du du 17 juillet 1927 vienne réaliser l'égalité complète entre les parents, sur ce point du consentement au mariage des enfants. C'est le chapitre premier du Titre V du Code civil, qui définit les « qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » et l'article 148 du Code civil indique que l'enfant doit requérir le consentement de ses père et mère, avant de se marier **(Section 1)**.

Une autre exception a trait au droit de consentir à l'adoption où le consentement de la mère est requis plus expressément que jamais, quand il s'agit de donner ses enfants en adoption. En effet, l'article 346 du Code civil proclame l'égalité des parents et exige le consentement de l'un et de l'autre **(Section 2)**.

Une exception intéressante est également apportée à l'autorité du père par l'article 935 du Code civil. Cet article concerne les donations faites à un mineur et

[628] Frédéric Vauvillé, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, thèse de doctorat, droit, Université de Lille, 1991, p. 424.

décide que ces donations pourront être acceptées par les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé[629].

Par ailleurs, d'autres formes de consentements appellent la mère à participer de manière active à l'établissement de ses enfants comme lorsque ce dernier souhaite être recruté dans l'armée ou être admis dans les ordres sacrés. Enfin, soulignons le fait que la mère, initialement appelée à consentir à défaut de son père à l'émancipation de son enfant en sera appelé dès la loi du 14 décembre 1964 portant modification de la tutelle et de l'émancipation à donner son avis sans distinction avec le père (**Section 3**).

La mère n'est ainsi appelée à exercer la puissance paternelle concurremment avec le père, que dans ces occasions graves où il s'agit pour l'enfant, mineur ou arrivé à sa majorité, de prendre un parti dont les conséquences doivent influer sur sa destinée tout entière[630]. Et pour cause, la loi juge qu'en de telles occurrences, la tendresse clairvoyante de la mère doit être consultée[631].

Le législateur a sans doute pensé qu'il serait trop dur d'écarter la mère lorsqu'il s'agit d'actes qui intéressent à un si haut degré l'avenir des enfants[632]. De ce fait, le pouvoir des père et mère ne se justifie plus ici par des idées de puissance et de domination, mais par l'idée de protection.

---

[629] Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Paris, Plon, 1859, p. 194.
[630] Julien Oudot, *Du droit de la famille*, Paris, A. Marescq aîné, 1867, p. 460.
[631] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.*, p. 126.
[632] Frédéric Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq, 1853, p. 507.

Section 1. Le pouvoir de la mère et la question du consentement au mariage

« On existe longtemps sans vivre et quand on commence à vivre, on ne peut encore se conduire ni se gouverner »

Portalis[633].

Le mariage représente une institution forte dont l'engagement n'est pas anondin comme nous pouvons le lire à travers les propos du Tribun Huguet le 24 ventôse an XI qui explique qu'au sein de l'organisation sociale, le mariage occupe une place de premier ordre et, afin de ne pas faire ombre à ce type d'association privilégiée « il est de l'intérêt de la source que des unions trop hâtives n'anticipent pas sur la maturité de la nature, et qu'il ne soit pas permis à des êtres à peine affranchis de la stérilité de l'enfance, de perpétuer dans des générations imparfaites leur propre débilité » [634].

Ces diverses raisons impliquent que la question du consentement des parents au mariage suscite de nombreuses variations en législation et en doctrine. En effet, le consentement des parents fait l'objet d'un long dissentiment entre la société laïque la société religieuse des XV^e^, XVI^e^ et XVII^e^ siècles. Pour l'église, le mariage conclu sans le consentement des parents reste valable alors que le pouvoir royal s'oppose à cette idée[635]. Le droit révolutionnaire va se rapprocher quant à lui de la conception canonique et exiger le consentement des parents uniquement pour les mineurs. Quant au Code civil, il opère un retour aux conceptions de l'ancien régime et exige

[633] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* t. 10, *op. cit.* p. 143.
[634] *Ibid.*, p. 185.
[635] Jean Pernat, *De l'intervention des parents à l'occasion du mariage*, thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 1929 : « Au Concile de Trente, l'Église maintient en dépit de l'intervention du plénipotentiaire français, la doctrine selon laquelle le mariage conclu sans le consentement des parents reste valable. Le pouvoir royal, lui, refuse de s'incliner et frappe de peines de plus en plus sévères ceux qui se marient sans le consentement familial en justifiant que cette position ne s'explique que parce que le consentement familial est essentiel pour éviter les méiances et maintenir la noblesse ».

que le consentement des parents soit nécessaire pour les garçons jusqu'à vingt-cinq ans, et pour les filles jusqu'à vingt et un an. Au-delà, les enfants devront adresser à leurs parents des actes respectueux[636].

Cette conception va rester celle du Code jusqu'en 1907, date à laquelle le fondement de l'intervention des parents prend un tout autre caractère lorsque le consentement familial devient une mesure de protection des mineurs. Dès lors, il est toujours exigé pour le mineur de vingt et un ans, mais il n'est plus jamais requis pour les majeurs qui n'ont même plus à faire des actes respectueux. À l'égard de la mère, si la loi exige qu'elle soit consultée, l'opinion de celle-ci a bien peu de poids, puisqu'en cas de désaccord c'est toujours la volonté paternelle qui l'emporte[637].

Il faut alors attendre la loi du 17 juillet 1927 pour que les droits de la mère en matière de consentement à mariage soient aussi étendus que ceux du père. En cas de désaccord entre les deux parents, la volonté du père ne prévaut plus contre celle de la mère. Quant au droit d'opposition, la mère a su également gagner en autorité passant de la possibilité de s'opposer au mariage de ses enfants à défaut du père à un droit égalitaire à travers la loi du 9 août 1919[638].

Ainsi, la législation du Code civil donne-t-elle aux parents deux moyens d'intervenir lors du mariage de leurs enfants. Ils ont d'une part une en amont du mariage en imposant leur consultation **(§1)**, soit en aval en leur fournissant les moyens de s'opposer ou d'annuler le mariage lorsque leur vigilance a été trompée **(§2)**[639]**.**

---

[636] Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Paris, Plon, 1859, p. 34.

[637] Art. 148 ancien, 1er alinéa., in fine : « En cas de dissentiment, le consentement du père suffit ».

[638] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français,* volume 8, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, p. 257.

[639]Jerôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle, op. cit.*, p. 320.

§1. Le consentement de la mère au mariage de ses enfants mineurs

C'est le chapitre premier du Titre V du Code civil, qui définit les « qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » ; et l'article 148 indique que l'enfant doit requérir le consentement de ses père et mère, avant de se marier. Il ne faut cependant pas croire que le père et la mère sont égaux face à cette situation dès lors que cette égalité créée par l'article 148 est vite dissipée par une prépondérance attribuée au père « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit ».

Cette prédominance de l'avis du père est en corrélation avec la suprématie qu'il exerce de sa puissance paternelle. Toutefois, dans la mesure où l'officier de l'état civil exige que l'enfant apporte la preuve du consentement ou au contraire qu'il apporte la preuve du refus de consentir de la mère, on constate que la nécessité de consulter la mère reste évidente.

Nombreuses seront les discussion autour de la nécessité du consentement de la mère au mariage de ses enfants mineurs **(A)** alors que par la suite les textes contenus danx ce titre seront en gtrande partie remaniés en faveur d'une stricte égalité accordée au consentement et à l'opposition de la mère quant au mariage de ses enfants face à celui du père **(B)**. La nécessité du consentement de la mère au mariage sera également envisagée lorsque ses enfants seront majeurs **(C)**.

A. Les discussions autour de la nécessité du consentement de la mère au mariage de ses enfants mineurs dans le Code civil de 1804

Dans la séance du 26 ventôse an XI soit le 17 mars 1803, les conseillers d'État Portalis, Réal et Galli présentent à la discussion le projet qui devient le titre V du Code civil.

Le Recueil des travaux préparatoires de Fenet, permet de trouver des indications précieuses sur l'état d'esprit qui préside à l'élaboration de ce titre : « Nous requérons le consentement des pères et des mères pour le mariage des fils qui n'ont point atteint l'âge de 25 ans et pour celui des filles qui n'ont point atteint la vingt-unième année », dit Portalis. Ce sont, dit-il encore, des « précautions établies non pour l'intérêt du père, mais pour l'intérêt du fils. » afin de protéger l'enfant, car la « connaissance du monde échappe à la jeunesse qui peut être si facilement abusée par ses propres illusions et trompée par des suggestions étrangères »[640].

Un autre motif est invoqué par Portalis, c'est le respect que les enfants doivent toujours à leurs parents puisqu'il dit que « L'enfant doit entourer d'une respectueuse déférence l'auteur de ses jours ». Enfin, le troisième motif va déterminer la fameuse théorie du rapt de séduction : « Les mariages, sont de toutes les actions de la vie celles qui ont le plus d'influence sur le sort des familles, ou les mœurs en général, ou sur l'ordre public. ». Il appartient donc au législateur de veiller sur cette institution[641].

Le projet est alors présenté au Corps Législatif par Portalis : « Nous avons prévu le cas où le père et la mère, dans leur délibération, auraient des avis différents. Nous avons compris que dans une société de deux, toute délibération, tout résultat

[640] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* t. 10, *op. cit.*, p. 144.
[641]Jerôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle, op.cit.*, p. 276.

deviendrait impossible, si l'on accordait la prépondérance au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a garanti cet avantage au père »[642]

À cet égard, l'écrivain Legouve, qui s'intéresse particulièrement au sort des femmes ajoute que « Le coup d'œil de la mère porte plus loin et ailleurs que celui du père, le père s'inquiète de la fortune, de la carrière, de la position de son gendre, la mère rend plus de soucis des rapports sympathiques qui l'uniront à sa fille, tous deux voient la vérité, mais de profil, leurs deux points de vue font seuls l'ensemble. Tous deux doivent être apportés »[643].

Il résulte donc en pratique que le consentement de la mère doit être requis surtout dans un but de respect, dans un point de vue honorifique et de pure forme. Or, si elle refuse, il suffit de l'assentiment du père, pour pouvoir passer outre, dès lors qu'elle a été consultée. Si, au contraire elle donne son consentement alors que le père ne veut point accorder le sien, le refus du père ôte toute la valeur à l'assentiment de la mère, qui reste lettre morte et dépourvu de toute efficacité.

Pourtant, cette théorie est contestable puisqu'en en matière de consentement au mariage, le législateur parle de consentement parental, et c'est le Professeur Vauvillé, auteur d'une thèse sur *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille* [644] qui vient affiner cette explication « Attribut de la puissance paternelle, le droit de consentir au mariage de l'enfant devait logiquement revenir à ses détenteurs : les parents. Mais à un exercice unilatéral de la puissance paternelle, devait normalement correspondre à l'époque un consentement unique. Sensible à la gravité de l'acte, le législateur a néanmoins imposé la consultation des deux parents. Techniquement, il s'imposait donc de privilégier la seule titularité de la puissance paternelle au détriment de son exercice. Ainsi dès 1804, l'autorisation matrimoniale des parents constitue une prérogative qui se détache de l'exercice de la puissance paternelle : la mise en œuvre

[642]Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon, op. cit.*, t.4, p. 148.
[643]Ernest Legouve, *Histoire morale des femmes*, *op.cit.* p. 120.
[644]Frédéric Vauvillé, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, thèse de doctorat, droit, Université de Lille, 1991.

de l'attribut repose simplement sur la titularité de la puissance paternelle ; son exercice importe peu » [645].

Si le raisonnement du Professeur Vauvillé est suivi, en la matière, du consentement des père et mère, de toute évidence, le mariage des enfants relèverait , non de la puissance paternelle, mais d'une puissance parentale puisque ce dernier précise que « de manière dérogatoire, la mise en œuvre d'un attribut de puissance paternelle est rattachée à la seule titularité de cette autorité ; la règle assure ainsi une participation originairement égalitaire qui se justifie par la gravité de l'acte » [646]

Ainsi, pour justifier le fait que le législateur impose la consultation des deux parents pour le mariage des enfants, le Professeur Vauvillé prétend que l'autorisation matrimoniale révèle non pas de l'exercice, mais de la titularité de la puissance paternelle. Il indique également que si les père et mère sont présentés par le Code civil comme cotitulaires de la puissance paternelle, il est facile de prétendre que, en matière de consentement à mariage, la consultation des deux parents soit nécessaire. À cet égard, ce Professeur écarte ainsi d'autres explications basées, par exemple, sur l'incapacité juridique de la femme mariée pourtant bien présente en 1804[647].

Cependant, un constat doit être établi à l'égard du fait que depuis la promulgation du Code civil en 1804, les formalités précédant le mariage n'ont pas

---

[645]Frédéric Vauvillé, *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, *op. cit.*, p. 424.

[646] *Ibid.*, p. 424.p. 424-425 : Il ajoute également « Mais en rattachant l'intervention parentale à la seule titularité de la puissance paternelle, le législateur de 1804 introduisait en matière de mariage, une action conjointe, dérogatoire à l'exercice exclusif dévolu alors au père. Ce faisant, il devait inévitablement envisager l'hypothèse d'un désaccord. Une solution s'imposait avec évidence : il suffisait de transporter en la matière, la règle de déblocage adoptée à titre principal dans le cadre de la puissance paternelle : la prédominance de l'avis du père, à qui l'on a confié l'exercice de cette autorité ».

[647] Jerôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle, op. cit.*, p. 325.

cessé d'être contestées par de nombreux écrivains qui ne sont pas moins partisans d'une sérieuse réforme en la matière[648].

B. L'évolution de la place du consentement de la mère au mariage de ses enfants

Comme toute institution ayant une importance sinon semblable, les changements qui en modifient le caractère ne peuvent être brusques et résulter d'une décision subite des pouvoirs législatifs. Par conséquent, les transformations sont fort lentes et les formalités qui précèdent le mariage donnent lieu à un très grand nombre de discussions et de polémiques.

Ainsi, l'évolution sera observée à travers d'une part la loi du 21 juin 1907 et d'autre part la loi du 17 juillet 1927 qui vient réaliser l'égalité parfaite entre les parents en matière de consentement au mariage.

La loi du 21 juin 1907 sur la majorité matrimoniale

La loi du 21 juin 1907 apporte une première modification en ramenant à 21 ans pour les garçons comme pour les filles, l'âge auquel les enfants peuvent contracter mariage, sans le consentement de leurs parents, passé cet âge il suffit de leur adresser une notification respectueuse par l'intermédiaire d'un notaire[649].

---

[648] Ambroise Colin et Henri-Lucien Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t.1, Paris, Dalloz, 1930, pp. 122 et suiv.

[649] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.,* p. 103.

La loi du 17 juillet 1927 sur l'égalité complète entre les parents

La loi du 17 juillet 1927 est venue quant à elle réaliser l'égalité complète entre les parents, sur ce point du consentement au mariage des enfants. La principale modification apportée par cette loi concerne l'article 148 ainsi modifié qui décide qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement. La portée du consentement de la mère va prendre une tout autre forme puisque désormais « En cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »[650].

À l'égard de cette évolution, Capitant écrit « Il suffit du consentement de la mère pour que le mariage de l'enfant soit possible. Cette solution vaut mieux que celle du Code, car lorsque les père et mère diffèrent d'avis au sujet du mariage de l'enfant, rien ne prouve que le refus du père soit uniquement déterminé par son affection et il n'y a pas de raison décisive pour que ce refus doive l'emporter sur la volonté de la mère »[651].

De ce fait, le rôle de la mère, au moment du mariage de ses enfants s'est considérablement accru dès lors que son seul consentement suffit à rendre possible un mariage auquel le père ne veut pas donner son autorisation.

Le vice-président du Sénat, Antony Ratier, dans son rapport du 3 décembre 1925, justifie de la façon suivante l'application de cette formule au cas où c'est aux père et mère à consentir au mariage : « La loi présume que le père a pour son enfant une affection plus clairvoyante et une conception plus juste de ses perspectives de bonheur. Cela peut être vrai, mais l'inverse peut également être vrai. Il peut se faire que le père ne tienne pas assez compte de la différence des âges, du penchant que son enfant peut avoir pour un autre que le futur époux qu'il lui destine, et, par contre, qu'il envisage exclusivement le côté pécuniaire et économique de l'union par lui

[650] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité élementaire de droit civil*, *op.cit.,* p. 272.
[651] Ambroise Colin et Henri-Lucien Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français, op. cit.*, p.135

projetée. Du fait qu'un projet de mariage reçoit l'approbation de l'un des père et mère, on peut inférer qu'il n'est pas le résultat d'un entrainement déraisonnable : déclarer dans ces conditions le mariage irréalisable est aussi dangereux au point de vue social, plus dangereux même, que de l'autoriser »[652].

Au contraire, lorsque la vie commune a cessé entre eux, le dissentiment deviendra très certainement la règle et c'est alors que jouera la disposition finale de l'alinéa premier de l'article 148 »[653].

Telles sont les règles pour le mariage des mineurs, mais qu'advient-il en revanche, dès lors que l'enfant qui souhaite se marier est majeur ?

[652] *Annales du Sénat, Débats parlementaires*, vol. 103, Journal officiel, 1926, pp. 69-70.

[653] Jean Pernat, *De l'intervention des parents à l'occasion du mariage*, *op. cit.* p. 63 : Il montre également, à l'aide d'exemples pratiques, le résultat auquel conduisait parfois l'ancien article 148 qui exigeait toujours le consentement du père « Un individu abandonne sa femme et ses enfants encore tout jeunes. Il n'y a alors ni divorce ni séparation de corps. La mère élève seule ses enfants et l'un de ses enfants souhaite se marier avant sa majorité et devait recevoir l'approbation du père. Or, il arrivait que le père refuse pour être désagréable à sa femme, ou se faisait acheter son consentement. En cas de refus du père ou d'impossibilité de lui verser la somme demandée, le mariage n'avait pas lieu avant la majorité de l'enfant. Désormais, grâce à la loi nouvelle, de tels mariages seront possibles avec le consentement de la mère, malgré le refus ou l'abstention du père ».

C. Le consentement de la mère au mariage de ses enfants majeurs

Le mariage des mineurs n'est possible, que si les parents, ou l'un des deux parents consentent au mariage. Cependant, cette condition de validité n'existe pas, au contraire, lorsqu'il s'agit du mariage des majeurs. Ceux-ci peuvent en effet contracter une union régulière sans avoir obtenu ce consentement de qui que ce soit. En d'autres termes, leur mariage ne pourra jamais être annulé pour défaut de consentement des parents.

Toutefois, si les majeurs peuvent se passer de l'autorisation de leurs ascendants, « ils n'en sont pas moins tenus jusqu'à un certain âge, de les consulter et de justifier de l'accomplissement de cette obligation en demandant pour se marier, le conseil de leur père et mère, ce sont les actes respectueux »[654].

Tout comme pour les mineurs, le régime du consentement des parents au mariage des majeurs a subi, depuis le Code civil, de nombreuses modifications. Les textes qui le réglementaient ont été entièrement refondus par les lois spéciales précédemment évoquées à propos des mineurs. En effet, jusqu'en 1907, le droit français conserve un ancien usage qui oblige les personnes majeures à obtenir le consentement de leurs parents ou de leurs grands-parents en leur adressant des actes respectueux. La personne qui dépasse l'époque de la majorité matrimoniale doit encore requérir le conseil de ses ascendants et solliciter leur approbation pour son mariage. À cet effet, lorsque l'ascendant refuse de donner son consentement à l'amiable, son descendant lui adresse une forme de sommation, rédigée en termes respectueux, d'où son nom. Toutefois, si l'ascendant persiste dans son refus, son opposition ne peut empêcher le mariage et entraine seulement un retard d'un mois pour chaque acte, et la loi en exige quelques fois trois, d'après l'ancien article 151[655].

---

[654]Jean Pernat, *De l'intervention des parents à l'occasion du mariage, op. cit*., p. 98.
[655] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil, op.cit.,* p. 276.

Par ce moyen, le législateur espère empêcher : « une sorte d'union en donnant à la personne, dominée par une passion passagère, le temps de réfléchir et de s'affranchir d'une liaison fâcheuse ou d'un projet dangereux »[656].

Enfin, c'est à travers la loi du 20 juin 1896 que leur nombre va senseiblement diminuer. Au lieu de trois actes respectueux qu'exige en principe le Code civil, elle s'est contentée d'un seul, ce qui a eu pour résultat de réduire à un mois, dans tous les cas, le retard apporté au mariage. Enfin, la loi du 21 juin 1907 les a supprimés, et elle les a remplacés par une formalité qui est loin d'en être l'équivalent, se nomme désormais « la notification du projet de mariage »[657].

La notification du projet de mariage imposée par la loi du 21 juin 1907

Comme les anciens actes respectueux, la notification du projet de mariage est faite par le ministère d'un notaire. L'acte est rédigé dans la forme ordinaire des actes notariés, c'est-à-dire par un seul notaire sans l'assistance de témoins : « Le notaire, représentant du futur époux, ne sollicite plus la réponse des parents, il se borne à leur faire connaitre le projet de mariage et à les prévenir que la célébration aura lieu, s'ils ne consentent pas, dans un délai fixé primitivement à 30 jours, et abaissé à 15 jours par la loi du 9 aout 1919 »[658].

C'est ce que déclare le second alinéa de l'article 154 dans les termes suivants « À défaut de consentement, l'intéressé fera notifier l'union projetée à ses père et mère ou au survivant d'eux par un notaire instrumentant sans le concours d'un deuxième notaire ni de témoins »[659]. L'original de la notification est signé par le notaire, mais comme le fait remarquer Baudry Lacantinerie : « La signature de l'enfant n'a point, au

[656] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil, op.cit*, p. 125.
[657] *Ibid.,* p. 276.
[658] *Ibid*., p. 125.
[659] *Recueil général et méthodique de la législation et de la règlementation des colonnies françaises*, vol. 1, Paris, Société d'édition, 1930, p. 32.

contraire, à y figurer, puisqu'il est représenté dans sa démarche par l'officier public »[660].

Cette notification a pour effet de permettre la célébration du mariage du majeur malgré le refus du consentement des parents, à l'expiration d'un délai déterminé par la loi. Ce délai, qui était primitivement fixé à 30 jours, a été abaissé à 15 jours par la loi du 9 aout 1919. Le cinquième alinéa de l'article 154 est à ce sujet tout à fait explicite : « Si, nonobstant cette notification, les pères et mères ou le survivant des deux ont refusé leur consentement, il ne pourra être procédé à la célébration du mariage que quinze jours francs écoulés après cette notification ». La notification et d'autre part exempte des frais que grevaient les anciens actes respectueux. Enfin et surtout, elle n'est plus requise indéfiniment pour tous les majeurs ni vis-à-vis de tous les ascendants[661].

Il convient également d'indiquer que c'est seulement à partir d'un certain âge que les enfants majeurs peuvent se marier librement, sans avoir à s'inquiéter de l'avis de leur parent à qui ils ne sont même pas tenus de faire connaitre leur projet de mariage : « Cet âge de la pleine majorité matrimoniale est le même pour les hommes et pour les femmes. Il était d'abord fixé à 30 ans par la loi du 21 juin 1907, mais la loi du 28 avril 1922, due à l'initiative de l'abbé Lemire, l'a abaissé à 25 ans »[662]. En outre, lorsque l'enfant contracte un second mariage, la majorité matrimoniale correspond avec la majorité du droit commun et s'il a 21 ans, il n'a aucune notification à faire à ses père et mère. Donc, lorsque les futurs époux ont plus de 25 ans ou, lorsqu'ayant atteint l'âge de 21 ans, ils contractent un second mariage, les parents n'ont plus à intervenir, sous réserve toutefois du droit qu'ils ont de faire opposition au mariage. Même s'ils assistent à la célébration du mariage, l'officier de l'état civil ne devra pas mentionner leur présence dans l'acte.

---

[660]Jean Pernat, *De l'intervention des parents à l'occasion du mariage, op. cit.*, p. 101.
[661] Voir sur l'évolution de la législation : Edouard Levy, *Les difficultés du mariage*, Sirey, Paris, 1923, p. 38.
[662] *Ibid*, p. 38 et suiv.

Si en revanche l'enfant majeur qui se marie, pour la première fois n'a pas 25 ans révolu, les deux parents doivent donner leur consentement, l'officier de l'état civil devra mentionner dans l'acte le consentement des deux parents et leur présence s'il y a lieu : « S'il y a dissentiment entre les deux parents, dans ce cas, depuis la loi du 7 février 1924, le mariage peut être célébré, dès que la preuve du dissentiment est rapportée, c'est-à-dire immédiatement après la notification du projet de mariage à celui des deux parents qui avait refusé son contentent »[663].

Les conditions d'application de la notification d'après les modifications apportées par la loi du 17 juillet 1927

La loi du 27 juillet 1927, dans le but de faciliter le mariage des majeurs, a simplifié ce système en décidant que la preuve du dissentiment des père et mère ne serait plus exigée. À cet effet, elle a ajouté à l'alinéa premier de l'article 151 la phrase suivante : « En cas de consentement du père ou de la mère, il sera procédé à la célébration du mariage »[664].

Dorénavant, s'il y a désaccord entre les parents, aucune notification n'est plus nécessaire, il suffit que la preuve du consentement du père ou de la mère soit fournie à l'officier de l'état civil pour qu'il puisse célébrer le mariage. Cette modification est la conséquence de celle que la loi de 1927 a apporté au mariage des enfants mineurs comme l'observe Edouard Levy « De l'antique fortification, qui interdisait aux majeurs , fussent-ils âgés de plus de soixante ans, l'accès au mariage en cas d'opposition des parents c'est tout ce qui reste : une ruine branlante qui ne tardera pas, elle aussi à s'écrouer »[665].

---

[663] Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, op.cit.*, p. 127.
[664] *Le Bulletin législatif Dalloz,* Paris, Dalloz, 1927, p. 28.
[665] Edouard Levy, *Les difficultés du mariage*, *op. cit.*, p. 103.

Par conséquent, si le futur époux a dépassé 25 ans ou contracte un second mariage, aucune formalité n'est requise puisque l'homme ou la femme âgés de 25 ans peuvent se marier sans avoir légalement besoin de conseil.

À cet égard, la loi du 21 juin 1907 avait fixé cet âge à 30 ans ; celle du 22 avril 1922 l'a abaissé à 25 ans, pour faciliter les mariages. Enfin, en cas de second mariage, cet âge est abaissé à 21 ans et dans ce cas, les parents assistent au mariage, mais ils n'y participent à aucun titre.

Mais au-delà du consentement des parents au mariage des enfants, le Code civil traite également du droit d'opposition que la loi met dans les mains des parents. Ces derniers disposent ainsi de deux puissants moyens de contrôle, a priori avec le consentement et a posteriori avec l'opposition, sur le mariage de leur progéniture.

§2. Le droit d'opposition de la mère au mariage de ses enfants

Le droit d'opposition au mariage est règlementé dans le Code civil par les articles 66, 67, 68 et 69, au Livre Ier, Titre II, chapitre III : « Des actes de mariage » ; et par les articles 172 à 179 qui forment le chapitre II du titre V, du même livre et dont le chapitre est intitulé : « Des oppositions au mariage ».

Certains de ces textes vont être modifiés en faveur du droit de la mère dans le cheminement de l'union de ses enfants par des lois spéciales. Ces lois sont celles des 20 juin 1896, 21 juin 1907 et du 9 août 1919, déjà rencontrées à propos du consentement des parents au mariage, et dont leur but commun était de rendre le mariage plus facile en simplifiant les formalités et en restreignant le droit d'intervention de la famille.

Ce sont ces mêmes motifs qui ont inspiré la loi du 8 avril 1927. Cette loi, dont l'objet principal est la refonte du régime des publications de mariage qui contient une disposition modifiant l'article 176 du Code civil relatif à la forme et au contenu des actes d'opposition[666].

A. L'évolution du droit d'opposition de la mère

En 1804, la plupart des auteurs refusent à la mère le droit de faire opposition au mariage de ses enfants et basent leur opinion, sur l'absence d'efficacité de son refus. En effet, l'article 173, dans sa rédaction primitive, accorde tout d'abord le droit d'opposition au père et ne laisse la possibilité à la mère de n'en jouir qu'à défaut du père où lorsque ce dernier père est mort, absent ou interdit[667] : « Le père, et à défaut

[666] Gaston Griolet, *Nouveau Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, vol 1, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1928, p. 29.
[667] K.-S Zachariae, *Le droit civil français*, Paris, Auguste Durand, 1854, p. 192.

du père, la mère , et à défaut du père et de la mère , les aïeuls et aïeules , peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants… ».

Or, l'article 173, en consacrant la suprématie du père en tant qu'arbitre du mariage de ses enfants créait une contracdiction dès lors que l'article 148 alinéa 1er ne dispense pas les enfants de demander, pour leur mariage, le consentement de leur mère. D'autre part, l'article 173 refuse à la mère le droit de s'opposer au mariage. Si le droit de consentir au mariage est effectivement distinct de celui de former une opposition, il n'en est pas moins vrai qu'il existe entre eux une corrélation puisque l'un étant la conséquence normale de l'autre. Par conséquent, les deux dispositions des articles 148 et 173, inspirées de tendances opposées, offraient donc un contraste des moins heureux dans le Code civil primitif.

La loi du 21 juin 1907 sur la majorité matrimoniale

La loi du 21 juin 1907 vient modifier l'article 173 afin de le mettre en harmonie avec le texte de l'article 148 nouveau, qui fixe à 21 ans la majorité matrimoniale : « Le père, et, à défaut du père, la mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient 21 ans accomplis ». De toute évidence, ce texte ne vient pas simplifier la législation et en particulier le sort de la mère[668].

Par conséquent, à défaut de père, les aïeuls jouissaient du droit d'opposition concurremment avec la mère. Cette situation était étrange ; puisque les grands-parents pouvaient alors s'opposer à une union à laquelle pouvait consentir la mère qui a l'enfant sous sa puissance.

[668] Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence,* Bruxelles, Videcoq Père et fils, 1840, p. 37.

La loi du 9 août 1919 sur le droit d'opposition de la mère en présence du père

Le sénateur Reymonenq voulait faire cesser cette situation en précisant que les aïeuls ne pourraient intervenir qu'à défaut du père et de la mère. En revanche, il proposait un texte qui permettait à la mère de faire opposition, même lorsque le père était en mesure d'exercer lui-même ce droit. La Commission du Sénat va adopter cette proposition, soutenue en ces termes par le rapporteur Catalogne : « L'égalité du père et de la mère s'impose, par exemple dans les trois hypothèses que voici : 1°Quand un enfant mineur se marie avec le consentement de son père, la mère n'ayant même pas été consultée. L'article 158 dit qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit. Mais encore faut-il que le dissentiment, c'est-à-dire le refus de consentement de la mère, soit établi aux yeux de l'officier de l'état civil ; 2° quand l'enfant naturel qui veut se marier a été reconnu par sa mère avant de l'être par son père, c'est la mère, dans ce cas, qui durant la minorité, a exercé sur lui la puissance paternelle, en vertu de l'article 389 du Code civil ; 3° quand les parents de celui qui se marie sont divorcés ou séparés de corps, et que c'est la mère qui a eu la garde de l'enfant pendant la minorité, et au profit de qui le droit a été prononcé. Il est sage dès lors, d'établir cette égalité comme une règle »[669].

Les mêmes motifs sont repris par Leredu, dans son rapport à la Chambre des Députés « A la différence de ce qui se passe pour les enfants mineurs, dit-il, le père n'a aucun privilège à l'égard de son enfant majeur, par rapport à la mère, quant au consentement au mariage. Il n'y a donc pas lieu de lui donner un privilège en ce qui concerne le droit d'opposition. En outre, dans deux cas, c'est la mère et non le père qui, lorsque l'enfant est mineur, a l'exercice de la puissance paternelle : 1° lorsqu'il y a eu divorce et que le profit du divorce et la garde de l'enfant ont été attribués à la mère ; 2° lorsque l'enfant est naturel et qu'il a été reconnu par sa mère avant de l'être

[669] Rapport de Catalogne du 17 février 1916 ; *J.O*, Documents parlementaires de mars 1916, p. 77.

par son père. Enfin, la jurisprudence reconnait à la mère légitime le droit de former opposition au mariage de son fils mineur lorsqu'elle n'a pas été consultée pour constater le dissentiment prévu par l'article 148 »[670].

Le second paragraphe, ajouté au texte primitif par la Commission de la Chambre des députés précise que, lorsque quelconque des ascendants aura formé une opposition et que mainlevée en aura été donnée par justice, aucune autre opposition ne sera plus recevable[671].

Par la suite, la loi du 9 aout 1919 , s'inspirant des critiques de la doctrine , dans ce domaine, va mettre fin à la controverse doctrinale et aux incohérences relatives au droit d'opposition de la mère en accordant ouvertement à celle-ci le droit de former opposition au mariage de l'enfant[672].

Alors que l'ancien article 173 ne donnait à la mère le droit d'opposition qu'à défaut du père, c'est-à-dire lorsque celui-ci était mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, de l'article 173 du Code civil, modifié par la loi du 9 août 1919 prévoit que : « Le père, la mère et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules

---

[670] Rapport de Leredu, 6 mars 1918 ; *J.O*, Documents parlementaires de mai 1918, p. 297, annexe 4403.

[671] Rapport précité de Leredu : Cette disposition a pour but d'empêcher une collusion possible entre les époux pour retarder de façon exagérée la célébration du mariage de leur enfant « Si l'on se contentait du texte voté par le Sénat, disait Leredu, voici ce qui se produirait : le père formerait opposition au mariage de son fils ; le fils demanderait au tribunal la mainlevée ; le père ferait alors appel ; la Cour d'appel à son tour prononcerait la mainlevée de l'opposition ; à ce moment-là, la mère pourrait recommencer toute la procédure en son nom, et le mariage serait indéfiniment retardé. Nous demandons que, par dérogation l'article 1351 du Code civil, tout jugement donnant mainlevée d'une opposition au mariage formée par le père fasse obstacle à la validité d'une nouvelle opposition formée par la mère. S'il existe un empêchement légal au mariage de l'enfant, il est plus vraisemblable que le premier opposant l'aura fait valoir devant la justice, et que le tribunal aura maintenu l'opposition. Si au contraire il en a donné mainlevée, c'était que l'opposition ne constituait qu'un moyen simplement dilatoire, un acte « ab irato ». Au reste, si la mère a de son côté des empêchements légaux à faire valoir, elle n'aura qu'à les dénoncer à l'officier de l'état civil, et celui-ci, après vérification , n'hésitera pas à consulter le Procureur de son arrondissement et à refuser d'obtempérer à la réquisition de célébration qui lui est adressée par les futurs époux ».

[672] Roger Bellet, *La femme au XIX^e siècle*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, littérature et idéologie, p. 9.

peuvent former opposition au mariage leurs enfants et descendants même majeurs. Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition formée par un ascendant n'est recevable ni ne peut retarder la célébration »[673].

Bien qu'a une époque le consentement du père était considéré comme suffisant pour la validité du mariage, la mère devait néanmoins être consultée. Il est donc logique de lui accorder concurremment avec le père, le droit d'opposition, pour lui permettre de faire respecter et de rendre efficace le droit qu'elle avait de donner son avis sur le projet de mariage. C'est ce que fit la loi du 9 aout 1919 en donnant au premier alinéa de l'article 173 sa rédaction actuelle. Dorénavant, « le père et la mère ont un droit égal pour former opposition, c'est-à-dire que la mère peut former opposition même si le père donne son consentement au mariage et vice-versa »[674]. La nouvelle rédaction de l'article 173 accorde donc à la mère en même temps qu'au père le droit de faire opposition au mariage et augmente de ce fait, l'importance du rôle de la mère.

B. Le droit d'opposition au mariage des enfants majeurs

Si l'on peut considérer, dans une certaine mesure, le droit d'opposition des ascendants comme une conséquence de leur droit de consentement à mariage, il faut cependant remarquer qu'il procède d'une conception plus large et que son champ d'application est plus étendu. L'article 173 reconnait aux ascendants le droit de faire opposition au mariage de leurs enfants et descendants « même majeurs ».

Voici ce que disent Colin et Capitant : « Rationnellement, le droit de former opposition devrait être le corollaire de celui de consentir, ou tout au moins de fournir

[673] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.,* p. 139.
[674] Circulaire du Ministre de la Justice du 22 septembre 1919.

son conseil pour le mariage de l'enfant. Or, l'article 173, quoiqu'amélioré par la loi du 9 aout 1919, méconnait en partie ce principe… Et, en effet, la loi moderne, on s'en souvient, a supprimé, lorsque le futur époux est majeur, le droit de conseil des ascendants autres que les père et mère, bien plus au-dessus de vingt-cinq ans, ou même de vingt et un ans, s'il a été antérieurement marié, l'enfant n'a même plus besoin du conseil de ses père et mère, puisqu'il est désormais dispensé de leur faire notification de son mariage, dans les trois cas, le droit de former opposition aurait donc dû disparaitre »[675].

En fait, c'est presque toujours au mariage des majeurs que les parents font opposition. Aussi, le législateur est intervenu à différentes reprises, dans le but de restreindre la trop grande liberté laissée aux oppositions et de diminuer ainsi les obstacles au mariage.

Au-delà de l'étude du consentement de la mère ou encore de son droit d'opposition au mariage de son enfant, l'exercice du consentement de la mère s'étend également lorsqu'il s'agit d'envisager l'adoption de ce dernier.

[675] Ambroise Colin et Henri-Lucien Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t1, Paris, 1927, p. 162 et 163.

Section 2. Le consentement de la mère a l'adoption

> « L'adopté aura besoin du consentement de ses père et mère ; à tout âge il devra requérir leur conseil ».
>
> Berlier[676].

Le consentement de la mère est plus que jamais requis requis lorsqu'il s'agit de donner ses enfants en adoption[677]. En effet, l'article 346 du Code civil proclame l'égalité des parents et exige le consentement de l'un et de l'autre « L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté ayant encore ses père et mère ou l'un d'eux n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant et s'il est majeur de requérir leur conseil »[678].

Il n'est pas nécessaire d'insister sur les différences qui séparent le consentement exigé pour le mariage du consentement requis en matière d'adoption. Ce que doit être mis en lumière, et ce qui ressort jusqu'à l'évidence du rapprochement des articles 346 et 148, c'est la nécessité absolue de l'autorisation maternelle.

Ici, la mère n'est plus seulement consultée, elle possède une véritable voix délibérative et peut opposer son veto sans que le père ne puisse y opposer sa prééminence. Dès lors, le législateur accorde un droit égal à la mère en matière d'adoption **(§1)**. En revanche, on constatera que la législation en la matière ne cessera d'évoluer **(§2)**.

---

[676] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* t.10, *op. cit.*, p. 429.
[677] Ce qui va être dit pour l'adoption doit être étendu à la tutelle officieuse. Les articles 316 à 361 disposant à peu près dans les mêmes termes, et les raisons de décider étant identiques.
[678] Jean-Baptiste Sirey, *Les Codes annotés de tous les arrêts rendus par la Cour de cassationn et par les cours diverses de France*, Paris, Tarlier, 1824, p. 127.

§1 : Le consentement de la mère a l'adoption et à la tutelle officieuse de ses enfants

L'adoption est la seule institution qui a su placer sur un pied d'égalité le père et la mère et ce, depuis 1804. Le Code Napoléon va régler les conditions, les formes et les conséquences de l'adoption **(A).**

En revanche, il faut savoir qu'en 1804, l'adoption ne pourra avoir lieu avant la majorité de l'adopté. En effet, c'est en vertu de l'article 346 du Code civil, l'adoption des enfants mineurs n'est réalisable que sous la forme de la tutelle officieuse et ce jusqu'en 1923 d'où la nécessité de différencier l'adoption de la tutelle officieuse entre 1804 et 1923. Comme en matière d'adoption, la tutelle officieuse ne peut également se produire qu'avec le consentement de la mère à côté de celui du père **(B)**.

A. L'organisation de l'adoption en 1804

Un trait essentiel de l'organisation de l'adoption en 1804 est de ne point autoriser en général l'adoption des mineurs : « L'adoption ne pourra en aucun cas avoir lieu avant la majorité de l'adopté ». Cependant, l'adoption des mineurs est permise dans des circonstances exceptionnelles en vertu de l'article 345 du Code civil qui précise que: « la faculté d'adopter ne pourra être exercée qu'envers l'individu à qui l'on aura, dans sa minorité et pendant six ans au moins, fourni des secours et donné des soins non interrompus, ou envers celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit e, le retirant des flammes et des flots soit en le retirant des flammes ou des flots. Il suffira, dans ce deuxième cas, que l'adoptant soit majeur, plus âgé que l'adopté, sans enfants ni descendants légitimes ; et s'il est marié, que son conjoint consente à l'adoption »[679].

[679] Antoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, vol. 1, Paris, Cotillon, 1856, p. 28.

En dehors de ces circonstances exceptionnelles on considère que : « les mineurs ne peuvent être l'objet que d'une tutelle officieuse qui est une tutelle volontaire par laquelle une personne, en se soumettant aux obligations de la tutelle ordinaire s'impose l'obligation de nourrir gratuitement son pupille et de l'élever, le tout en vue de l'adopter plus tard »[680]. Il faut également préciser qu'il doit être âgé de plus de cinquante ans, n'avoir ni enfants ni descendants légitimes. S'il est marié, il doit s'assurer du consentement de l'autre époux. Dès lors que l'enfant est majeur de 25 ans, il lui suffit de prendre l'avis de ses parents, sans être obligé de le suivre, mais là encore le père et la mère sont traités sur un pied d'égalité[681].

Par la suite, lors de la promulgation de la loi du 19 juin 1923, ces règles initiales vont être modifiées afin d'autoriser l'adoption des mineurs tout en conservant la même nécessité du consentement de la mère.

Ainsi, les règles en matière de consentement à l'adoption et à la tutelle officieuse étant simples, il s'agit dès lors d'examiner quelles seraient les conséquences du défaut de consentement des père et mère ou de l'un d'eux, ou encore de l'absence d'acte respectueux.

L'adoption peut-elle être considérée comme nulle ? Dès lors, dans le cas d'une nullité qui serait admise, il s'agira de savoir si elle doit être considérée comme une nullité purement relative ou comme une nullité absolue ?

---

[680] Ambroise Colin et Henri-Lucien Capitant, *Traité de droit civil, Introduction générale Institutions civiles et judiciaires Personnes et famille, op. cit*., t.1, p. 325.
[681] Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence, op.cit.,* pp. 81-87.

B. La voix délibérative de la mère en matière d'adoption de 1804 à 1923

Le consentement de la mère est toujours nécessaire en matière d'adoption, et ce, depuis 1804 et pour une fois, les auteurs sont à peu près d'accord sur cette question même si on remarque que Marcadé a essayé de transporter ici la règle applicable au mariage, mais son opinion n'a pas été suivie.

Il est finalement curieux de voir que dans les travaux préparatoires du Code civil cette disposition qui place ainsi le père et la mère sur un pied d'égalité n'a presque pas soulevé de discussion. Berlier en présentant le projet au corps législatif indique la raison de ce double consentement « Dans ce cas et jusqu' à 25 ans accomplis, l'adopté aura besoin du consentement de ses père et mère ; à tout âge il devra requérir leur conseil. Les droits des père et mère de l'adopté seront ainsi respectés autant qu'ils devraient l'être. Il s'agit en effet d'un acte non moins important que le mariage »[682].

On ne cherche point à expliquer pourquoi le consentement de la mère est nécessaire, alors qu'en matière matrimoniale le consentement du père suffit en 1804. Il n'y a pas eu de discussion sur ce point en matière d'adoption, tout comme cette discussion n'a plus d'ailleurs qu'un intérêt historique, puisqu'en matière de mariage, le dissentiment entre les parents, vaut consentement depuis la loi de 1919[683]. En effet, d'après Oudot, il faut comprendre « que lorsqu' il s'agit d'élever famille contre famille, affection rivale contre affection rivale, la mère doit avoir le même droit que le père de s'opposer à ce déchirement »[684].

L'idée d'égalité du pouvoir entre les parents ne sert pas non plus de base à la discussion des textes qui décident que l'un des deux époux ne pourra adopter un

[682] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* t.10, *op. cit.*, p. 429.
[683] Brigitte Basdevant-Gaudemet, Jean Gaudemet, *Introduction historique au droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 385.
[684] Julien Oudot, *Du droit de la famille*, *op.cit.,* p. 460.

enfant, sans le consentement de l'autre « L'adoption cesserait d'imiter la nature s'il était permis à l'un des époux de se donner un enfant qui n'appartient pas à l'autre, de même elle pourrait devenir un principe de désunion et de désordre dans la famille[685] » déclare le Premier Consul.

Enfin, concernant l'adopté majeur, il doit requérir le conseil de ses père et mère, mais un seul acte respectueux suffit.

Telle est la législation en place jusqu'en 1923, par la suite, c'est à travers la loi du 19 juin 1923 que sera reconnue l'adoption des enfants mineurs.

[685] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants en l'absence de séparation de corps*, *op. cit.*, p. 63.

§2. La reconnaissance de l'adoption des enfants mineurs à travers la loi du 19 juin 1923

Au début du XXe siècle, le nombre d'adoptions a considérablement augmenté comme l'explique Thérèse Traizet : « La guerre, l'évolution des mœurs expliquent la volonté de réformer l'adoption. La guerre de 1914 a notamment donné une nouvelle vie à l'adoption en la modifiant et en introduisant des réformes devenues souhaitables, sinon nécessaires, par suite des nouvelles conditions de vie. La charité publique se manifeste de différentes manières et entre autres par la loi du 27 juillet 1917 sur les Pupilles de la Nation »[686].

C'est d'ailleurs en vertu de l'article 346 du Code civil, que l'adoption des enfants mineurs n'est réalisable que sous la forme de la tutelle officieuse et ce jusqu'en 1923 puisque: « Tout individu âgé de plus de cinquante ans, et sans enfants ni descendants légitimes, qui voudra, durant la minorité d'un individu, se l'attacher par un titre légal pourra devenir son tuteur officieux, en obtenant le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux, ou, à leur défaut, d'un conseil de famille, ou enfin, si l'enfant n'a point de parents connus, en obtenant le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité du lieu de sa résidence »[687].

Par la loi de 1923, le législateur autorise pour la première fois l'adoption des enfants mineurs **(A)**. À l'instar des législations étrangères, elle a supprimé certaines dispositions anciennes pour établir une nouvelle adoption. Ainsi, les articles 343 à 370 représentant le titre 8 du livre 1er du Code civil disparaissent et d'autres leur sont substitués. L'originalité de la loi tient notamment, à l'utilisation d'une nouvelle

[686] Article 192 : « La France adopte les orphelins dont le père ou le soutien de famille ont été tués à l'ennemi ou dont le père, la mère ou le soutien de famille est mort de blessures ou de maladies contractées ou aggravées du fait de la guerre ».
[687] Edouard Clerc, *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, vol. 1, Paris, Marchal Billard, 1858, p. 46.

méthode de rédaction. En effet si, jusqu'en 1923, seules les Chambres étaient compétentes pour préparer des lois, en revanche, ce sont les Sociétés d'études législatives qui s'en sont chargées en vue de l'élaboration de la loi du 19 juin 1923[688] **(B)**. Enfin, si le consentement du père ou de la mère fait défaut, il y aura nullité absolue de l'adoption **(C)**.

A. La mise en place de l'adoption des mineurs en 1923

Inspirés des travaux de ces sociétés[689], les deux rapports présentés par Pérès au Sénat le 26 octobre 1922[690] et par Guibal à la Chambre des députés le 15 mai 1923 attirent l'attention du législateur sur la nécessité d'une réforme de l'adoption. À partir de 1889 on assiste à un accroissement du nombre d'adoptions. Cette augmentation aurait dû être encore plus élevée si les conditions exigées par le Code civil étaient plus souples. A cet égard, Pérès explique que : « pendant tout le cours du XIX^{e} siècle, les adoptions ont été peu nombreuses, non que la volonté d'adopter se soit manifestée rarement, mais en raison des obstacles apportés à cette volonté par les textes du Code civil. Au XX^{e} siècle, les choses semblent se présenter sous un aspect nouveau. Depuis plusieurs années déjà, le code n'est plus considéré comme immuable, surtout en ce qui concerne les personnes et l'on supporte avec moins de résignation celles de ses dispositions qui apparaissent comme gênantes, rigides et surannées. Pendant la guerre et depuis la guerre, la défectuosité du Code civil français a été plus vivement ressentie que dans le passé »[691].

---

[688] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil, op.cit.,* p. 626.
[689] *Bulletin de la Société* 1920-1921.
[690] Doc. Parl. Sénat 1922. Session extraordinaire ann. 620 page 25.
[691] Rapport de Pérès. *J.O*, 26 octobre 1922. Documents parlementaires Sénat annexe 620.

Par conséquent, pour que l'adoption puisse être utilisée il faut la réformer et lui donner un cadre plus conforme au but qu'elle est désormais appelée à remplir[692].

B. Les modifications apportées par la loi du 19 juin 1923

La nouvelle loi vient apporter de nombreuses et importantes modifications à l'adoption, telle qu'elle était ainsi définie, lors de la rédaction du Code civil. Le nouvel article 344 exige toujours de l'adoptant un minimum d'âge, mais abaisse de 50 à 40 ans l'âge requis pour pouvoir adopter, tout en conservant l'exigence d'une différence de quinze ans entre l'adoptant et l'adopté afin d'imiter autant que possible la nature.

En matière de consentement, antérieurement à la loi de 1923, l'adopté de moins de 25 ans devait, aux termes de l'article 347 : « rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère ou par le survivant » ; passé cet âge, il suffisait de « requérir leur conseil ». Pour l'adoption des mineurs, la loi nouvelle abroge l'ancien article 346 qui exigeait la majorité de l'adopté, désormais l'adoption des mineurs est rendue possible. C'est là une réforme très importante. Les articles 348, 349 et 350 indiquent également les personnes dont le consentement est indispensable et sous quelles formes ce dernier sera donné.

Enfin, la loi nouvelle a ainsi supprimé pour l'adoptant majeur la nécessité de justifier du consentement de ses père et mère. Désormais, le consentement n'est requis que jusqu'à la majorité ordinaire qui est établie à 21 ans en 1923, mais dans les mêmes conditions. Enfin, elle décidera que si l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, ou s'il y a séparation de corps, entre les époux, l'un des

[692] Rapport Pérès, *J.O*, 26 octobre 1922. Doc. Parl., Sénat. Annexe n°620 : « La guerre de 1914-1918 a rendu plus impérieux le besoin d'offrir un foyer aux enfants qui ont perdu leurs parents sur le champ de bataille. Et pour cause, les parents privés d'un fils, les enfants privés de leur père, en échangeant mutuellement leur affection, pourraient encore créer entre eux ce cher lien de père et de fils qui, artificiel à l'origine, acquerrait avec le temps cette force et cette douceur que l'habitude, elle aussi, comme la nature, peut engendrer. Or les textes qui règlementent cette institution sont rigides ».

époux pourra adopter sans le consentement de l'autre. De toute évidence, des sanctions sont prévues en cas de non-respect de ces dispositions, conduisant à la nullité absolue de l'adoption[693].

C. La nullité absolue de l'adoption en cas d'absence du consentement de la mère

L'adoption ne peut exister que si se trouvent réunies toutes les conditions exigées par la loi. L'absence d'une seule de ces conditions suffit à entrainer la nullité de l'acte.

Sur la question de savoir si l'adoption à laquelle les père et mère n'ont pas consenti serait nulle, il faut remarquer que le Code ne prononce pas expressément cette nullité, mais qu'elle semble bien résulter des termes mêmes qu'il a employés. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 355 le tribunal est appelé à vérifier si toutes les conditions de la loi sont remplies, et que l'article 350 lui donne le droit de décider qu'il n'y a pas lieu à adoption, ce qu'il devra faire toutes les fois que ces conditions n'auront pas été remplies : « Aussi, la grande majorité des auteurs décide que l'adoption est nulle lorsque les conditions exigées n'ont pas été exactement remplies, doctrine qui prévaut également en jurisprudence »[694].

De toute évidence, elle sera nulle toutes les fois que l'adopté n'aura pas le consentement de ses père et mère, ou n'aura pas requis leur conseil et « la mère pourra demander la nullité de l'adoption à laquelle elle n'aura pas consenti, ou pour

[693] Jean-François Mignot, « Les adoptions en France et en Italie : une histoire comparée du droit et des pratiques (XIX^e^ et XXI^e^ siècles) », in *Population*, 2015, p. 805.
[694] Odilon Barrot, *Encyclopédie* (V° Adoption, n°32) ; Alexandre Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code français*, t.8, Bruxelles, Ad. Walhen et Cie, n°329.

laquelle son conseil n'aura pas été demandé, sans qu'il y ait lieu de s'inquiéter du point de savoir si le père a consenti ou s'il a été consulté »[695].

Ainsi, si le père outrepassait ses droits et que le Tribunal ou la Cour vient à homologuer l'acte d'adoption, sans tenir compte du défaut de consentement de la mère, celle-ci pourrait faire opposition à la décision d'homologation et demander la nullité, qui serait encourue de plein droit. D'autres formes de consentement nécessitent également l'approbation de la mère de famille. Il en est ainsi pour le recrutement dans l'armée et l'admission dans les ordres. Le consentement de la mère à l'émancipation de l'enfant sera quant à lui, admis plus tardivement.

[695] Sarmisa Bilcesco, *De la condition légale de la mère, op.cit,* p. 218.

Section 3. Le consentement de la mère pour le recrutement dans l'armée, l'admission dans les ordres et l'émancipation

Au-delà du mariage et de l'adoption, d'autres formes de consentements nécessitent également l'approbation de la mère de famille. Il en est ainsi pour le recrutement dans l'armée et l'admission dans les ordres **(§1)**.

En matière d'émancipation, la loi du 14 décembre 1965 modifiera la législation pour que le droit de la mère devienne tout à fait égal à celui du père lorsqu'il s'agit de donner son consentement **(§2**).

A. Les donations faites à un enfant mineur

Une exception intéressante est apportée, dès 1804, à l'omnipotence du père par l'article 935 du Code civil. Cet article concerne les donations faites à un mineur et décide que ces donations pourront être acceptées par les père et mère du mineur émancipé ou non émancipé.

Par conséquent, la rédaction de cet article 935 permet à la mère et aux ascendants de remédier aux refus injustes du père. « Le père peut repousser la donation par un motif de haine contre l'enfant ou par le motif non moins odieux de son intérêt personnel », déclare Tronchet devant le Corps législatif[696].

Il s'agit ici d'une mesure de protection de l'intérêt du mineur, qui peut être prise non seulement par la mère, mais aussi par les autres ascendants. La mère n'a pas besoin ici d'être autorisée par son mari, elle agit non en son nom, mais au nom du mineur.

[696] Jean Guillaume Locré. *Esprit du Code Napoléon, op.cit.,* pp. 206-208.

B. Le recrutement dans l'armée et l'admission dans les ordres

La règle de l'article 374 du Code civil veut que l'enfant ne puisse quitter la maison paternelle sans la permission de son père, or, ce même article fait une exception en matière de recrutement dans l'armée : « si ce n'est pour enrôlement volontaire à l'âge de 18 ans révolus »[697].

En effet sous l'empire du Code civil de 1804, l'enfant peut sans le consentement de son père, s'engager au service militaire dès qu'il a accompli sa dix-huitième année. A cet égard, l'article 374 va être modifié par la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée dont l'article 325 sera ainsi rédigé « l'engagé volontaire devra s'il a moins de 20 ans justifier du consentement de ses père, mère ou tuteur. Ce dernier devra être autorisé par une délibération du conseil de famille»[698]. D'autre part, lorsque la fille mineure de 21 ans souhaite être admise à contracter des vœux dans une congrégation religieuse, elle est tenue de justifier du consentement exigé pour le mariage, et ce en vertu de l'article 7 du décret du 18 février 1809[699].

Le fils âgé de moins de 25 ans quant à lui ne peut être admis dans les ordres sacrés sans avoir obéi à la même loi de respect dû aux parents en vertu de l'article 4 du décret du 28 février 1810.

C. L'émancipation des enfants mineurs

La distinction établie entre les majeurs et les mineurs dans le Code civil repose sur la considération « que l'homme n'est en général capable d'administrer

---

[697] François Laurent, *Principes de droit civil*, *op.cit.,* p. 369.
[698] Philippe Auguste Paget, , *De la puissance paternelle dans le droit romain et dans le droit français, op. cit.* p. 119.
[699] Alphonse Gourd, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, Droit, Université de Paris, 1875, p. 295.

sa personne et ses biens qu'à l'âge de vingt-et-un ans »[700]. Il est donc convenable de l'affranchir en ce cas de l'autorité paternelle et de la tutelle. On atteint ce résultat au moyen de l'émancipation[701].

Les rédacteurs du Code civil, s'inspirant de l'ancien droit et du droit romain, ont fait de l'émancipation un état intermédiaire entre la tutelle et la pleine capacité faisant du mineur un incapable mais dont l'incapacité était moins étendue que celle du mineur non émancipé. A la différence de ce dernier, le mineur émancipé agissait lui-même et non par l'intermédiaire d'un représentant, comme le mineur non émancipé, mais il devait se faire assister d'un curateur et obtenir, pour certains actes, l'autorisation du conseil de famille et, parfois l'homologation du tribunal de grande instance[702].

Le droit d'émanciper l'enfant est un des attributs de la puissance paternelle prévu à l'article 477 du Code civil : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé par son père, ou, à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus. Cette émancipation s'opèrera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier ».

Ainsi, contrairement au mariage ou à l'adoption, la mère n'a pas, dans la rédaction primitive du Code civil, la possibilité de consentir à l'émancipation de son enfant tant que le père exerce pleinement la puissance paternelle. En effet, il est prévu que du vivant des deux époux, le père seul a le droit d'émanciper les enfants issus du mariage commun sans le consentement de la mère[703]. La mère devra donc attendre que le père soit décédé, absent, interdit, mort ou encore dans l'impossibilité de manifester sa volonté, pour pouvoir donner son

---

[700] Jacques Marie Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1839, p. 343 : « Cette règle n'est pas sans exception puisqu'un mineur parvenu à un certain âge peut avoir acquis la capacité de se gouverner lui-même ».
[701] Jacques Marie Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, *op.cit.*, p. 319.
[702] Pierre Blondy et Georges Morin, *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Paris, Répertoire du Notariat Defrenois, 1972, p. 229.
[703] Antoine Magnin, *Traité des minorités et des tutelles*, *op.cit.*, p. 238.

consentement à l'émancipation, ce qui sera étudié dans le titre 2 de cette seconde partie

Or, comme le souligne Pierre Blondy et Georges Morin : « Dans la pratique, l'institution n'a pas connu un grand succès ; s'il existait de nombreux mineurs émancipés, la plupart d'entre eux l'avaient été de plein droit par leur mariage ; une faible minorité seulement devait son émancipation à une déclaration des parents »[704]. La cause de cet échec tenait à la complexité du fonctionnement de l'institution. C'est ce qu'a parfaitement compris la Commission de réforme du Code civil, en proposant, dans son avant-projet de nouveau code, d'élargir la capacité du mineur non émancipé et de donner plus de pouvoirs à la mère.

Il faudra attendre la loi du 14 décembre 1964 portant modification de la tutelle et de l'émancipation pour que l'ensemble du droit des incapacités des mineurs soit refondu. Par conséquent, depuis la promulgation de cette nouvelle loi, la mère ne consent plus à défaut du père à l'émancipation de ses enfants, elle est au contraire appelée à donner son avis sans distinction avec le père. L'article 477 est ainsi modifié en ces termes « Le mineur même non marié pourra être émancipé par ses père et mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de dix-huit ans révolus. Cette émancipation s'opèrera par la déclaration conjointe des père et mère, reçue par le juge des tutelles assisté de son greffier. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, la déclaration de l'autre suffit. À défaut d'accord entre les parents, celui des deux qui a la garde de l'enfant peut demander au juge des tutelles de prononcer l'émancipation. Après avoir entendu l'autre parent, le juge prononce l'émancipation, s'il y en a de justes motifs »[705].

---

[704] Pierre Blondy et Georges Morin, *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, *op. cit.* p. 229.

[705] André Raison, *Le statut des mineurs protégés*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1989, p. 321.

Dans la voie de la simplification, la loi du 14 décembre 1964 est allée encore plus loin puisqu'à travers cette loi, l'émancipation fait l'objet d'une transformation radicale. En effet, au-delà du consentement de la mère, elle est dorénavant permise seulement à partir de 18 ans et confère désormais au mineur la pleine capacité civile considéré comme étant « capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile », en vertu de l'article 481, alinéa 1er du Code civil[706].

[706] André Raison, *Le statut des mineurs protégés*, *op.cit.*, p. 327.

Conclusion du chapitre I

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu intégrer en un seul chapitre les différentes dispositions qui ont trait à la puissance paternelle. Alors que dans le Titre IX du Code civil la mère semble exclue de l'exercice de la puissance paternelle en 1804, d'autres attributs, épars dans le Code reconnaissent à la mère une véritable autorité sur ses enfants.

Qu'il s'agisse du consentement au mariage, à l'adoption, à l'émancipation ou encore à toutes autres formes de consentements, le législateur a ainsi prouvé la confiance qu'il pouvait avoir à l'égard de la mère de famille et de l'influence nécessaire qu'elle pouvait avoir sur les décisions les plus importantes dans la vie de ses enfants.

En effet, lorsqu'il s'agit pour le mineur de prendre un parti dont les conséquences doivent influer sur sa destinée tout entière, la mère exerce de concert cette puissance aux côtés du père, sans même devoir attendre la loi du 4 juin 1970.

L'évolution de la législation a prouvé combien la mère, eu égard à ses enfants se veut être un pilier, tout comme le père avec lequel elle pourra décider de l'avenir de leurs enfants.

De tels développements prouvent qu'il existe une puissance paternelle de la mère dans le Code civil qui, malgré les apparences, a réellement su investir la mère dans les actes les plus importants de la vie familiale.

Enfin, au-delà d'une autorité consacrée à travers le consentement et l'opposition la mère sera également investie dans la contribution aux charges du ménage.

Ainsi, après avoir envisagé l'exercice de la puissance paternelle de la mère à travers la question du consentement, il s'agit dès lors de s'orienter vers une tout autre forme de participation de la mère à l'exercice de cette puissance, en évoquant le rôle

qu'elle peut avoir eu égard à l'éducation de ses enfants et sa participation aux charges du ménage.

Chapitre II. La contribution de la mère aux charges du ménage et à l'éducation des enfants

> « La conquête de l'égalité de la femme mariée et la fin de la puissance maritale auraient sans doute été plus rapides si, comme l'avait préconisé Portalis, au lieu de choisir un régime légal de communauté, les époux étaient restés libres chacun pour leurs biens en l'absence de contrat de mariage. Mais une telle solution ne s'accommodait pas avec un mari tout-puissant. C'est finalement au moment où le régime dotal disparaît totalement en 1965 qu'un esprit propre à ce même régime retrouve sa place dans les relations pécuniaires entre époux. Tel n'est pas le moindre des paradoxes »[707].
>
> Jean-Philippe Agresti[708]

Pendant longtemps, la femme mariée a été frappée d'une forme d'incapacité juridique : « or la réalité sociologique était fort différente : la femme accomplissait seule la plupart des actes de la vie courante. Progressivement elle va conquérir des domaines réservés depuis des siècles aux hommes et dans beaucoup de domaines elle s'est haussée à l'égalité avec lui »[709].

En effet, à côté des lois qui intéressent directement la puissance paternelle de la mère se trouvent d'autres lois qui n'ont pas pour but de modifier les attributs de la puissance paternelle, mais qui donnent à la femme mariée davantage de pouvoirs dans son rôle familial. Ces lois vont lui permettre d'avoir plus de possibilités pour assumer les charges que lui impose la maternité.

En effet, dans le Code, l'autorité du mari domine avec un caractère absolu en général, et en particulier l'organisation des charges du ménage à travers la consécration « du principe d'abord romain, puis devenu coutumier dès le seizième

---

[707] Jean-Philippe Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit, op. cit.*, p. 534.
[708] *Ibid.*, p. 534.
[709] Remi Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, Paris, LGDJ, 2015, p. 15.

siècle, de l'incapacité de la femme mariée »[710]. Or, une telle législation ne pouvait perdurer. Afin de pallier les carences législatives en la matière, la jurisprudence va reconnaitre à l'épouse, dans une assez large mesure les moyens d'assurer l'existence de la famille à travers la mise en place du mandat tacite. Le recours à la notion de mandat tacite était fort utile, mais fictif et parfois mal adapté. La loi du 22 septembre 1942 lui a substitué un pouvoir légal de représentation, les actes accomplis par la femme obligeant le mari envers les tiers, l'article 220 du Code civil disposant dans sa rédaction de 1942 : « La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains »[711].

Mandat tacite ou pouvoir légal de représentation comme l'affirme Remy Cabrillac, « aboutissaient à des solutions injustifiées : le créancier ne pouvait en principe se faire faire payer que sur les biens du mari et les biens communs lorsque les époux étaient mariés sous un régime de communauté, non sur les biens de la femme, qui, ayant contracté comme représentante de son mari, n'était pas personnellement engagée » [712].

Dès lors, l'évolution des pouvoirs ménager de la femme mariée se présente comme une parfaite illustration des transformations apportées à sa condition juridique au sein de la famille. Par conséquent, les règles de droit qui organisaient les rapports des époux, des enfants et des tiers sur le plan matériel ne pouvaient plus dépendre des mêmes textes législatifs qu'au début du XIX[e] siècle[713], ce qui explique que l'évolution du droit civil français reflète assez fidèlement les changements qui se sont opérés dans la conception que l'on pouvait avoir du rôle de la mère dans la famille **(Section 1)**.

---

[710] Charles Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français* ; thèse de doctorat, droit, Université de Paris, Sirey, 1908.
[711] François Terré, Philippe Simler, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 2015, 816p.
[712] Remy Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux, op.cit.*, p. 40.

Enfin, la loi du 13 juillet 1965, dans un souci d'égalité, va reconnaitre à chacun des époux le pouvoir de passer seul les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants en vertu de l'article 200 nouveau du Code civil **(Section 2)**.

Section 1. L'évolution des pouvoirs ménagers de la mère

> « À partir d'aujourd'hui, le principe que le mari est seigneur et maitre de la communauté, qu'il peut la ruiner en folles dépenses sans en devoir ne compte à personne, cesse d'être vrai au moins pour les biens réserver de la femme. »
>
> Rapport Violette à la chambre des députés, 28 juin 1907[714].

En 1804, le mariage est considéré comme la seule carrière qui convient à la femme : « Le modèle féminin fondé sur l'infériorité physique du sexe faible rendorce les poncifs traditionnels et cantonne toutes les femmes aux soins du ménafe. Aussi n'ont-elles pas vraiment le choix, elles ne peuvent échapper aux géôles du mariage » précise Agnès Walch dans *Histoire du couple en France, de la Renaissance à nos jours*[715].

La législation initiale du Code civil de 1804 ne pouvait se maintenir que tant que la famille restait celle qu'elle était au moment où le Code civil a été élaboré. Certes, les mœurs et la jurisprudence ont tenté de tempérer ce qu'il pouvait avoir de plus excessif, il était tout de même inévitable que cette législation écolue pour s'adapter aux évolutions sociales**(§1)**.

Par conséquent, la jurisprudence a fait un effort manifeste vers l'indépendance économique de la femme dans les limites et suivant les exigences de l'exécution des charges du ménage, avant que la loi du 13 juillet 1907 ne réforme cette situation « en proclamant d'une part le libre salaire de la femme mariée et d'autre part à la contribution des époux aux charges du ménage »[716] **(§2)**.

Il faut cependant attendre la loi du 18 février 1938 pour que la femme mariée devienne juridiquement capable et celle du 22 septembre 1942 validée à la Libération

---

[714] Rapport violette à la chambre des députés, 28 juin 1907, *D.P.* 07, IV, 149.
[715] Agnès Walch, *Histoire du couple en France, de la Renaissance à nos jours,* rennes, Éditions Ouest-France, p. 164.
[716] André Veaux, *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage*, thèse de doctorat, Droit, Université de Rennes, 1925, p. 7.

pour que cette capacité puisse avoir une application effective en instaurant diverses mesures qui se veulent de circonstance pour améliorer la gestion des biens du ménage par les femmes de prisonniers.

Enfin, l'épouse n'est plus écartée de la direction morale et matérielle de la famille. Non seulement, elle obtient la faculté de remplacer le mari dans la fonction de chef lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté, et même si celui-ci est présent et capable d'exprimer son avis, elle doit concourir avec lui à assurer la direction des affaires familiales, à pourvoir à l'entretien du ménage, à élever les enfants et à préparer leur établissement[717] **(§3)**.

§1. Les fondements juridiques des pouvoirs ménagers de la femme mariée en 1804

Une des premières obligations qu'impose le mariage aux père et mère, est celle de nourrir, entretenir et d'élever leurs enfants comme en témoigne l'article 203 du Code civil « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». De là résulte le double devoir de donner aux enfants des aliments et de leur procurer l'éducation **(A)**.

Or, pour que la mère puisse effectivement participer à cette obligation de manière effective et personnelle, il faut qu'elle puisse bénéficier de revenus propres et qu'elle puisse les utiliser à son gré pour ses enfants. Le Code civil ne la définit pas non plus du reste que le devoir d'éducation[718].

Alors que le législateur ne s'est pas occupé de définir réellement cette notion d'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants, la jurisprudence a donc dû

[717] Henry Solus, « Mari et femme selon la loi de 1942 », *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1943 p. 21 ; Ancel, les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942.
[718] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence*, Paris, L. Larose, 1898, p. 52.

pallier ces carences afin d'encadrer la gestion des pouvoirs ménagers de la mère de famille **(B)**.

A. Les pouvoirs ménagers de la mère de famille dans le Code civil de 1804

La concentration de toutes les ressources du ménage entre les mains du mari résulte historiquement du principe de la dot. En effet, le mari reçoit la dot et conserve tous ses biens personnels. C'est ainsi qu'il détient toutes les ressources ordinaires du ménage et ce sous tous les régimes matrimoniaux. Toutes les ressources familiales sont entre les mains du mari et l'autorité maritale s'y trouve consacrée avec un caractère absolu.

Le Code civil de 1804 a laissé aux époux le choix entre les régimes de communauté et le régime dotal. Mais le régime légal, c'est-à-dire celui des époux mariés sans contrat, qui sont beaucoup plus nombreux , est un régime de communauté[719]. Ce régime de communauté auquel le plus souvent elle reste soumise à défaut de contrat de mariage attribue alors à son conjoint l'administration et la jouissance de toutes les ressources du ménage ce qui la prive même de la jouissance des produits de son travail personnel. Par conséquent, lorsqu'elle les touche elle agit pour le compte et comme mandataire tacite de celui-ci qui peut toujours mettre opposition à ce qu'ils lui soient remis. Le Doyen Jean-Philippe Agresti souligne d'ailleurs qu'en 1810, la moitié des époux est mariée sous un régime de communauté administrée par un mari tout-puissant, sans avoir rien fait pour cela[720]. .

Toutefois, pour pallier cette situation la femme dispose de la possibilité d'opter pour un régime matrimonial moins sévère que la communauté. Elle peut notamment, au moment de son mariage, adopter le régime de la séparation de biens qui lui laisse

[719] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.,* p. 502.
[720] Jean-Philippe Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien régime, op. cit.*, p. 533.

l'administration et la jouissance de ce qu'elle apporte au cours du mariage et de tout ce qui lui reviendra au cours de son union par son travail ou autrement. Pour ce faire, elle doit pour recourir à un contrat de mariage; or la pratique révèle que le contrat de mariage est une véritable exception[721].

D'autre part, « lorsque la mauvaise gestion du mari met en péril les biens de la femme, celle-ci peut demander au tribunal de mettre fin aux pouvoirs du mari en prononçant la séparation de biens judiciaire »[722].

L'évolution jurisprudentielle à l'égard de la gestion des pouvoirs ménagers de la mère aura également une influence notable sur le système prévu par le Code civil[723].

B. L'influence jurisprudentielle dans la gestion des pouvoirs ménagers de la mère de famille

L'organisation des charges du ménage, consacrée par le Code civil, devait nécessairement évoluer avec la société et les moeurs. Par conséquent, la jurisprudence va peu à peu reconnaitre à l'épouse, dans une assez large mesure les moyens d'assurer l'existence de la famille et donc de ses enfants.

En effet, il faut savoir que « jusqu'à la loi du 13 juillet 1907 relative au titre du salaire de la femme mariée et à l'exécution des charges du ménage, le législateur y prend peu de part alors que la jurisprudence consacre peu à peu le rôle économique de la femme dans la famille à travers le mandat tacite »[724].

---

[721] François, Terré, « Jean carbonnier et l'année sociologique », *L'Année sociologique*, 2007/2 (Vol. 57), p. 443-449.
[722] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.,* p. 502.
[723] *Ibid.,* p. 502.
[724] Joseph Brunel, *La femme mariée et les charges du ménage*, thèse de doctorat, Droit, Université de Montpellier, 1910, p. 37.

La délégation des soins du ménage à la mère de famille à travers la mise en place du mandat tacite

C'est en empruntant la jurisprudence des anciens Parlements, que les tribunaux ont permis à la femme d'engager son mari pour tous les actes ménagers, c'est-à-dire tous les actes de la vie courante : « le mari est censé avoir donné mandat à sa femme d'agir en son nom, c'est la théorie du mandat tacite, ou mandat domestique de la femme mariée. Un large domaine d'activité était ainsi ouvert à la femme »[725].

En effet, le mandat tacite permet au mari de déléguer à son épouse les soins du ménage en lui donnant la mission de pourvoir aux besoins journaliers de la famille. Il est alors tenu des dépenses qu'elle engage dans ce domaine.

Le mandat tacite est en réalité un mandat présumé que le mari est censé avoir conféré à la femme pour des opérations concernant le ménage. Dès lors, son incapacité générale d'agir sans autorisation n'est plus en jeu, puisqu'elle agit en qualité de mandataire, et par ailleurs, l'unité économique est respectée, puisqu'elle agit pour le compte de son mari. À cet égard, Aubry et Rau posent également ce principe : « La validité de l'acte juridique fait par un mandataire n'est pas subordonnée à la capacité personnelle de ce dernier »[726]. De ce fait, même si la femme est frappée d'incapacité, ici cela n'a pas d'importance dès lors que le mandataire engage alors le mandant en vertu de la représentation juridique incluse dans le mandat.

Les conditions d'existence du mandat tacite attribué à la mère de famille

Comme on présume que le mari à partir du mariage donne mandat à sa femme pour tout ce qui concerne le ménage, il s'ensuit en toute logique que les conditions

[725] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil, op. cit.,* p.502.
[726] Charles Aubry et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, op.cit.,* p. 137.

d'existence de mandat sont le mariage et la volonté présumée du mari[727]. Toutefois, ce mandat domestique n'est pas illimité puisqu'il doit se renfermer dans des limites raisonnables comme l'énonce très clairement D'Argentré qui dit que « La femme ne peut pas obliger le mari au-delà de ce que le mari aurait dépensé lui-même »[728].

Une difficulté demeure alors puisque le mandat tacite n'est fondé que sur une volonté présumée, et qu'il faut découvrir quelle est la volonté réelle du mari. Comme les limites probables du mandat varient d'un ménage à l'autre, on a pris comme critère des intentions probables du mari, la situation sociale et pécuniaire d'après le train de vie apparent des époux[729]. Or, cette idée est peut-être le point faible de cette théorie dans la mesure où le rôle qu'elle confère à l'épouse ne repose que sur une présomption de volonté du mari. Dès la manifestation d'une intention contraire, on doit logiquement tenir pour terminer le mandat qu'il est censé avoir accordé à l'épouse[730].

Enfin, en partant de l' idée que le mari est tenu de toutes les charges du ménage, « une action de *in rem verso* est reconnue contre lui aux fournisseurs qui ont contracté avec la femme dans l'intérêt du ménage »[731]. Par conséquent, la majorité de la jurisprudence est donc restée fidèle au mandat tacite et l'a maintenu contre une

---

[727] Adhémar Esmein, Revue trimestielle de droit civil, vol. 41, Paris, 1965, Sirey, p. 538.
[728] Pierre Hévin, *Coûtumes générales du païs et duché de Bretagne: et usemens locaux de la mesme province, avec les procez-verbaux des deux reformations*, Volume 3, Rennes, G. Vatar, 1748, p. 193.
[729] *D. P.* 1903. 1. 153 : : « Attendu, déclare l'arrêt, que D. avait exigé, tandis qu'il était retenu au loin par l'exercice de ses fonctions, que sa femme et sa fille tinssent à Paris un rang digne de leur situation sociale et dont les charges dépassaient beaucoup les revenus du ménage... que la dame D. avait dû dans ce but recourir à des emprunts... qu'à cet égard, elle devait être considérée comme ayant reçu un mandat tacite de son mari qui avait réglé lui-même le train de sa maison...».
[730] Rica Gattenberg, *Le fondement légal du mandat domestique de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1935 p. 14.
[731] Rennes, 26 août 1820, *D.*, J. G, Contrat de Mariage, n°1014 ; Paris, 9 décembre 1895, *D.* 96. 2. 134 ; Paris, 30 nov. 1899, *Gaz. Pal*, 99-1-649 ; Besançon, 15 juillet 1874 (affaire de Chanay, sur renvoi) D. 74-2 219 : « Un avertissement dans les journaux serait insuffisant mais les marchands allègueront toujours qu'ils ne les ont pas lus ».

révocation expresse. Le mandat tacite, a-t-elle raisonné, se présume, le mari doit donc prouver que les tiers en ont connu la révocation[732].

Ainsi, malgré les tempéraments apportés par la jurisprudence aux duretés du droit théorique, une réforme s'imposait, et le législateur est intervenu à plusieurs reprises[733].

[732] *Dalloz, Jurisp.* n°1017 ; Pau, 19 juillet 1823, *D.*, Jurisprudence., v. Contrat de mariage, n°1012, Trib. Versailles, 16 juillet 1873 et Paris, 11 mai 1874, *D.* 75-2-41 : « Si la dette contractée par la femme est supérieure à 150 francs, on ne voit que deux moyens de preuve possibles du côté du mari : un acte extrajudiciaire ou une lettre recommandée. Mais quand un tel avis a été donné dans un magasin, la femme n'a qu'à s'adresser à un autre, et comme dans une ville peu importante, le mari ne peut avertir tous les commerçants en particulier, le mandat tacite devient pratiquement irrévocable ». ; *Civ. Cass.*, 12 janv. 1874, *D.* 74-1-153 ; Poitiers, 23 déc. 1889, *D*, 90-2-360 ; Aix, 3 mars 1887 et sur pourvoi Cass. Ch. Civ., 16 juillet 1889, D.91-1-158.

[733] Joseph Brunel, *La femme mariée et les charges du ménage*, Paris, Firmin, Montane et Sicardi, 1910, pp. 62-63.

§2. Les retouches apportées au Code civil

Les lois des 9 avril 1881 et 20 juillet 1895 ont permis aux femmes mariées de faire des dépôts et des retraits dans les caisses d'épargne sans l'autorisation de leur mari. Comme le souligne Florence Rochefort « Entre 1896 et 1914, le mouvement féministe impulse sans conteste un élan de l'opinion publique en faveur de son programme, y compris parmi les catholiques. Le débat est bel et bien lancé non seulement sur les droits des femmes eux- mêmes, mais sur ce qu'ils soulèvent, à savoir les principes d'autorité absolue et de soumission qui président aux rapports entre les hommes et les femmes. Les féministes poursuivent leur critique radicale du servage de l'épouse, de la dot et du régime de la communauté des biens. Tandis qu'un vent de libéralisation des mœurs traverse la société de la Belle Époque »[734] **(A)**.

De plus, la supérioté du mari accuse au début du XX[e] siècle un décalage important avec les évolutions sociales et les [735]mentalités.

Par conséquent, la loi finit par inadaptée à la vie familiale puisque dans les faits, l'épouse gère le plus souvent elle-même le budget du ménage. De manière générale, la mère oriente très souvent la consommation familiale et prend l'initiative des principales dépenses. De ce fait, il faut aussi considérer la situation familiale dans laquellela mère se retrouve face à un mari dissipateur, débauché ou paresseux comme le fait ressortir Guillier en 1907 au Sénat : « En face d'un mari dissipateur, débauché ou paresseux, la femme est désarmée. Honnête et laborieuse, elle s'efforcera

[734] Florence Rochefort, « À propos de la libre-disposition du salaire de la femme mariée, les ambiguïtés d'une loi (1907) », in *Clio. Histoire, femmes et sociétés,* p. 1 : « Le féminisme va favoriser et accompagner une nette évolution des mentalités et une attitude plus ouverte envers la modernité non sans qu'une nouvelle affirmation du pouvoir masculin s'élabore. La sociologie juridique joue un rôle-clé d'intermédiaire en proposant des compromis possibles entre droits des femmes et préservation de la famille ».

[735] Odile Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes, op. cit.,* p. 81 : « Le fait le plus important sans conteste est l'entrée en masse des femmes dans la production industrielle depuis la seconde moitié du XVIII[e] siècle et l'admission des femmes à l'enseignement supérieur dans la seconde moitié du XIX[e], permettant à quelques privilégiées d'accéder à des postes de responsabilité et à des carrières professionnelles ».

vainement d'assurer par son labeur acharné la subsistance des enfants et l'entretien de la maison ; le mari pourra toujours mettre la main sur le salaire de sa compagne et gaspiller ses moindres économies »[736].

C'est donc à travers la loi du 13 juillet 1907, les femmes mariées obtiennent le droit de disposer librement de leur salaire : « sont alors concernés les 95 % de couples qui, au tournant du siècle, délaissent les possibilités de contrat pour adopter, par défaut, le régime de la communauté des biens. La nouvelle loi entend corriger les effets pervers de ce régime matrimonial qui fait du mari l'unique gestionnaire y compris des produits du travail de son épouse »[737] **(B)**.

A. Les origines de la loi du 13 juillet 1907

La loi du 13 juillet 1907 remonte à deux propositions parlementaires. La première est déposée le 22 juillet 1890 sur le bureau de la Chambre des députés par Louis Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut « ayant pour objet de protéger la femme contre certains abus de la puissance maritale », mais n'envisageait que le cas où le mari dissipe le salaire de sa femme au lieu de l'employer dans l'intérêt du ménage et celui de l'abandon de la femme par son conjoint[738]. La seconde est présentée par le député Goirand, le 9 juillet 1894[739]. Le même jour, la proposition Jourdan, devenue caduque par la fin de la législation précédente, est reprise par ses auteurs[740].

---

[736] Odile Dhavernas, *Droit des femmes, pouvoirs des hommes, op. cit.,* p. 81.
[737] Suzanne Grinberg, « L'application de la loi sur le libre salaire de la femme mariée », in *La Française*, 22 mars 1930, Massave 1990 : « L'application de la loi se révèle pourtant très aléatoire, comme en témoigne l'enquête de *La Française* en 1930. Les banquiers, les agents de change et les notaires exigent encore très souvent une autorisation maritale aux épouses qui veulent disposer de leurs gains ».
[738] *J.O*, 1890, Chambres annexes, n°862.
[739] *J.O*, 1894, Ch annexes, n°801.
[740] *J.O*, 1894. Ch annexes, n°803 : « Jourdan, Dupuy-Dutemps et Montaut se bornent alors à soumettre à la Chambre des députés un projet de loi rédigé par Glasson et Jalabert, Professeurs à la Faculté de droit de Paris, à la demande de la Ligue française pour le relèvement de la moralité publique. ».

Ce projet n'est lui-même que la traduction, sous forme législative, des idées exprimées par Glasson, dans un mémoire lu à l'Académie des Sciences morales et politiques, en 1886, sur le Code civil et la question ouvrière[741] : « La femme des classes bourgeoises déclarait en substance Glasson, est protégée par la séparation des biens contre les gaspillages d'un mari débauché ou dépensier. Mais il suffit de connaitre cette procédure avec ses complications, sa longueur, sa clarté, pour se rendre compte qu'elle ne peut profiter à la femme de l'ouvrier »[742].

Par la suite, Goirand dépose son rapport, au nom de la Commission de la Chambre des députés, le 14 novembre 1895. Toutefois, ce droit ne lui est reconnu qu'en cas d'existence d'enfants : « Il nous a semblé contraire à la dignité de l'homme, déclarait le rapporteur, de lui permettre de réclamer à son profit une part des salaires que la femme gagne par son travail »[743].

Dans sa thèse consacrée à la femme mariée et aux charges du ménage, Joseph Brunnel exprime le fait qu'au Sénat, le projet devait dormir onze ans dans le silence et l'obscurité des Commissions, mais entre-temps, il n'a pas manqué de faire l'objet de discussions au sein de la Société d'études législatives qui, à peine fondée en 1901, inscrit à son ordre du jour la question des « modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée, quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie ». Il précise également que la réforme va finalement sortir des savantes discussions de la Société, sous un aspect à peu près définitif. Cependant, le projet de

---

[741] Ernest-Désiré Glasson, *Le Code civil et la question ouvrière*, Paris, Pichon, 1886 p. 25.

[742] *Ibid.*, p. 25 : « Il réclamait donc au profit de l'ouvrière, le droit d'obtenir l'administration et la disposition des produits de son travail, si le mari mettait par son inconduite les intérêts du ménage en péril. Il propose alors d'instituer devant le juge de paix une sorte de séparation de biens plus rapide et moins couteuse. Il prévoit en outre, l'insuffisance des salaires de la femme aux besoins du ménage et lui permettrait de saisir ceux du mari en des formes économiques et simples, que s'est appropriées la loi du 13 juillet 1907 dans les articles 7 et suivant. La proposition Jourdan-Glasson constitue une innovation considérable puisque pour la première fois, le droit de la femme à concourir aux charges du ménage est proclamé dans un texte officiel. ».

[743] *J.O*, 1895, n°1609 : « Le projet qu'elle propose est voté sans discussion le 27 février 1896 et la transmission au Sénat s'opère le 2 mars. Or, déjà le mari peut saisir-arrêter les produits du travail de l'épouse en vue des besoins du ménage ».

la Chambre des députés paraissait ne devoir profiter qu'aux ouvrières et aux employées. Il s'interroge également sur la situation des commerçantes, des femmes artistes ou auteures sont-elles comprises dans la réforme ? Selon lui, « La chambre paraissait bien n'avoir voulu protéger que les femmes d'un très modeste rang social. La question est fixée depuis les délibérations de la Société d'études législatives, formellement confirmées par les travaux préparatoires du Sénat tout en sachant que le genre de travail de l'épouse est sans influence sur son droit »[744].

Le projet issu des discussions de la Société législatives va inspirer de nouvelles propositions parlementaires. En effet, le 27 février 1905, Grosjean dépose à la Chambre un projet ayant pour objet la protection des gains et salaires de la femme mariée[745]. De son côté, le Sénat est saisi le 26 juin 1906 d'une proposition analogue de Gourju[746]. Après avoir reconnu le caractère d'ordre public de la loi dans sa séance du 25 mai 1907, le Sénat vote le texte qui, sans modification est adopté par la Chambre au rapport de Violette, le 11 juillet 1907[747].

B. Les dispositions de la loi du 13 juillet 1907 relatives au libre salaire de la femme mariée et a sa contribution aux charges du ménage

La réforme du statut de la femme ne fut pas aisée dans la mesure où l'incapacité civile de la femme constitue jusqu'alors « la pierre angulaire de toute la condition juridique des femmes et de l'organisation institutionnelle de la famille »[748]. En effet, y toucher risquerait de mettre en cause tout l'édifice. D'où la concession faite par la loi du 13 juillet 1907[749] dont l'article 224 dispose de manière réciproque : « Chacun des

[744] Joseph Brunel, *La femme mariée et les charges du ménage,* thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, p. 73-74.
[745] *J.O*, 1905, n°2280.
[746] *J.O*, 1906, n°304.
[747] *J.O*, 1907, n°1128.
[748] Odile Dhavernas, *Droit des femmes pouvoir, des hommes*, *op.cit.,* p. 82
[749] Loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage. *D. P.* 07, IV, 149.

époux perçoit ses gains et salaires et peut en disposer librement… ». La loi laisse cependant subsister l'incapacité de la femme mariée, mais instaure une exception importante qui lui donne le droit pour la femme mariée de disposer librement de son salaire et que les « biens réservés », c'est-à-dire son salaire, ses économies ou les biens acquis au moyen de celles-ci sont administrés par la femme elle-même et non plus par le mari[750].

Le texte dit sans distinction : « la femme ». Il est donc aussi général que possible et toute femme peut invoquer la loi du 13 juillet 1907. Il ajoute ensuite : « sur les produits de son travail ». Par conséquent, la femme doit travailler et il faut que son travail soit productif. Enfin il précise « son travail personnel » puisque le quatrième paragraphe nous indique ce qu'il faut entendre par ces mots, c'est-à-dire que le travail de la femme soit distinct de celui du mari. En somme, trois conditions doivent être retenues. Il faut que la femme travaille, d'un labeur rémunéré et d'un travail distinct de celui du mari. L'on doit ajouter, en considération de l'article 2 qui prévoit la déchéance de la femme si elle abuse de ses droits, qu'elle n'ait pas été l'objet d'un retrait judiciaire de pouvoirs.

À travers cette loi, la femme mariée jouit dès lors sur les ressources nées de son travail, d'un droit propre et personnel et les perçoit en son nom et non plus comme mandataire de son mari.

L'organisation de la contribution des époux aux charges du ménage par la loi de 1907

En ce qui concerne la contribution des époux aux charges du ménage, la loi de 1907 ne change rien au fond du droit et « se contente d'organiser une procédure rapide et peu coûteuse, grâce à laquelle l'un des époux est aussi armé qu'il peut l'être

[750] Odile Dhavernas, *Droit des femmes pouvoir des hommes*, *op.cit.*, p. 82.

par des moyens judiciaires, pour contraindre son conjoint à affecter ses salaires aux besoins de la famille, et ce, en vertu des articles 7 à 10 de ladite loi[751]. L'innovation capitale consiste donc à faire passer, en droit, du mari à la femme, la libre disposition de ses salaires, qu'elle avait déjà souvent en fait.

Désormais, la femme a donc, en droit comme en fait, la possibilité de pourvoir aux dépenses du ménage si le mari ne s'acquitte pas du devoir d'y subvenir en vertu des articles 7 à 10 de la loi et d'une manière générale, dans tous les cas, dans la mesure de ses propres gains.

Des gains et des biens auxquels s'appliquent les pouvoirs attribués à la femme mariée par la loi du 13 juillet 1907

Il s'agit désormais de savoir à quels gains et à quels biens s'appliquent ces nouveaux pouvoirs attribués à la femme. À cet égard, l'article 1er de la loi s'exprime ainsi : « Sous tous les régimes, et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et les

[751] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Volume 18, Paris, Larose et Tenin, 1906, p. 3 : « Art.7. — Faute par l'un des époux de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra obtenir du juge de paix du domicile du mari l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de son conjoint une part en proportion de ses besoins.
Art. 8. — Le mari et la femme seront appelés devant le juge de paix par un simple avertissement du greffier, en la forme d'une lettre missive recommandée à la poste, indiquant la nature de la demande.
Ils devront comparaître en personne, sauf les cas d'empêchement absolu et dûment justifié.
Art.9. — La signification du jugement rendu en conformité de l'article 7 qui précède, faite au conjoint et aux tiers débiteurs à la requête de l'époux qui en bénéficie, lui vaut attribution des sommes dont la saisie a été autorisée, sans autre procédure.
Art. 10. — Les jugements rendus en vertu des articles 2 et 7 de la présente loi seront exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel et sans caution. Ils pourront toujours, même lorsqu'ils seront devenus définitifs, être modifies, si la situation respective le justifie.
Art. 11. — Les dispositions de la présente loi pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation ».

économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens. Elle peut en faire emploi en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières. Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux, les biens ainsi acquis. La présente disposition n'est pas applicable aux gains résultant du travail commun des deux époux »[752].

Par la suite, la loi du 22 septembre va redéfinir les principes des pouvoirs ménagers de la femme mariée.

[752] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, op.cit.,* p. 80.

§3. Les pouvoirs ménagers de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942

Le Doyen Jean-Philippe Agresti explique que la conquête de la pleine capacité de la femme mariée, amorcée par la loi du 13 juillet 1907 qui reconnaissait à la femme mariée, la libre disposition de son salaire allait être complétée par deux lois beaucoup plus importantes, la loi du 18 février 1938 et par la suite, loi du 22 septembre 1942 validée à la Libération par une ordonnance du 9 octobre 1945 qui instaurent diverses mesures se voulant de circonstance pour améliorer la gestion des biens du ménage par les femmes de prisonniers[753]. La première affirmait la pleine capacité de la femme mariée ; mais comme le législateur avait laissé subsister les textes anciens qui tiraient les conséquences de l'incapacité, les praticiens hésitaient devant l'application du principe nouveau, rendue cependant indispensable par la guerre, la captivité et la déportation.

Le législateur du 22 septembre 1942 réaffirma alors la capacité de la femme mariée au sein de son nouvel article 216 et modifia les textes qui faisaient application de l'incapacité ; tout en incorporant également la loi du 13 juillet 1907 dans le Code civil. Un chapitre du Code civil, articles 212 à 226 a dû être ainsi entièrement remanié[754] **(A)**.

Dès lors, la loi du 22 septembre 1942[755], œuvre plus subtile et plus complexe que la loi de 1938 qui constitue une réforme profonde et marque une étape aussi

[753] Jean-Philippe Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit, op. cit.*, p. 534.
[754] Henry et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil op.cit.*, p. 501.
[755] Loi sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux, *Gaz. Pal.*, 1942, II, 486. Cet acte a été validé par l'ordonnance du 9 octobre 1945, J. O. 10 octobre 1945.

importante, bien que moins connue, de l'évolution des droits des femmes[756] consacre de manière expresse le pouvoir de représentation de la femme mariée **(B).**

De l'avis de tous, cette réforme, dont l'un des buts était de confirmer la jurisprudence antérieure, constitue un progrès notable sur la théorie du mandat tacite. Les pouvoirs domestiques de l'épouse cessent d'être une simple concession maritale pour devenir une prérogative que le législateur considère dorénavant comme un effet direct du mariage[757]. Il importe peu, dès lors, que les époux vivent séparés ou forment un ménage harmonieux. Il suffisait que le mariage subsiste légalement pour que la femme conserve son pouvoir de représentation.

A. La direction matérielle de la famille octroyée à la mère aux cotes du père

En 1942, le Gouvernement de Vichy assigne une double fonction à la femme, à la fois assistante et d'associée du chef en l'investissant d'une responsabilité personnelle à travers le remaniement de l'article 213, alinéa 1 du Code civil « La femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement ».[758]

En matière de direction matérielle de la famille, force est de constater que cette nouvelle mission « de pourvoir à l'entretien de la famille » auquel les époux doivent contribuer à proportion de leurs facultés respectives en vertu de l'article 214 du Code, introduit l'idée que l'activité professionnelle de la femme lui permet de participer aux dépenses familiales[759]. En recvanche, pour celles qui n'exercent pas d'activité salariée et ne disposent pas, à ce titre, de ressources personnelles, la loi

[756] Odile Dhavernas, *Droit des femmes pouvoir des hommes, op. cit.*, p. 92.
[757] Tous les auteurs ont insisté sur sur cette transformation de l'origine des pouvoirs domestiques de la femme mariée ; V. Marty et Raynaud, *Droit civil*, t.1 n°532 ; Carbonnier, *Droit civil* t.1, n°112, p. 350 ; Henri Léon et Jean. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.1, n°1095.
[758] Odile Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoirs des hommes*, *op.cit.,* p. 92.
[759] *Ibid.,* p. 92.

consacre le concept de « mandat domestique de la femme mariée » crée par la jurisprudence[760].

B. Les limites du pouvoir de représentation de la femme mariée

La loi du 22 septembre 1942 substitue un pouvoir légal de représentation, de sorte que les actes accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers. A cet effet, l'article 220 du Code civil dispose dans sa rédaction de 1942 que « La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains. ». Le nouveau fondement des pouvoirs ménagers se veut tout à fait conforme à l'idée qu'une partie de la doctrine moderne de l'époque se fait du rôle de la femme dans la gestion des intérêts familiaux[761].

Cependant, il n'en demeure pas moins vrai que les prérogatives de cette dernière sont toujours partiellement rattachées à la notion de mandat dans la mesure où le législateur institue en quelque sorte, une présomption de procuration, en vertu de laquelle, par le seul fait du mariage, la femme est censée recevoir de son époux l'autorisation d'engager le patrimoine familial. Malgré son désir de reconnaitre la prépondérance de la femme dans la direction du ménage, le législateur permet encore au mari de faire tomber la présomption et de révoquer expressément les pouvoirs ménagers de son épouse[762]. En résumé, le pouvoir de représentation peut s'analyser comme une mesure destinée à favoriser le développement de la condition juridique

[760] Odile Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoirs des hommes*, *op.cit.,* p. 93 : « C'est désormais de la loi, et non plus du mari que la ménagère tiendra le pouvoir de représenter celui-ci ».
[761] François Terré, Philippe Simler , *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 2015, p. 28.
[762] Jacques Boutard, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée,* thèse de doctorat, droit, Université de Caen, p. 240 et s. Sur les conditions de révocation des pouvoirs ménagers de la femme mariée, après la loi du 22 septembre 1942.

de la femme mariée, mais il ne représente qu'une étape dans le processus qui allait s'amorcer et qui allait tendre à instaurer une égalité parfaite entre époux.

Et pour cause, avec le pouvoir de représentation, tel que l'organisait la loi de 1942, l'épouse n'obtenait en réalité qu'un pouvoir secondaire dans l'administration des biens du ménage. En effet, la prépondérance du mari dans la direction du ménage, ainsi que le silence gardé par le Code sur ce problème, s'opposaient à la reconnaissance d'un pouvoir propre au profit de la femme mariée.

Ainsi, si importante qu'elle soit, « la réforme de 1938-1942 n'avait cependant qu'une portée très limitée. En effet, le législateur n'avait pas modifié profondément les règles des régimes matrimoniaux, qui, pour la plupart, ne laissaient que très peu de pouvoirs à la femme »[763]. Il a donc fallu attendre la loi du 13 juillet 1965 pour qu'un pouvoir propre soit définitivement accordé à la femme mariée. .

[763] Henri Mazeaud, Jean Mazeaud, Michel de Juglart, *Leçons de droit civil*, *op.cit.,* p. 447.

Section 2. Les pouvoirs ménagers de la mère de famille depuis la loi du 13 juillet 1965

« Ce siècle est celui de la promotion de la femme mariée ».

Jean Foyer

Depuis longtemps les praticiens et la doctrine, ainsi que les mouvements féministes, souhaitent une réforme profonde des régimes matrimoniaux et, principalement, du régime de communauté légale. La limitation des pouvoirs de la femme mariée et la prépondérance des pouvoirs du mari dans le régime de communauté ne s'accordaient plus avec les mœurs. La femme mariée était redevenue capable en 1938, mais, dans le régime de communauté, elle n'avait pas l'administration et la jouissance de ses biens propres et, par conséquent, ne pouvait pas en disposer librement en pleine propriété sans le consentement du mari.

De plus, le mari, chef de la communauté, pouvait disposer librement des biens communs à titre onéreux et avait ainsi le moyen de dilapider l'essentiel de la fortune du ménage avant que la femme ne puisse user des moyens de protection prévus par la loi, rendant plus que nécessaire l'idée de réformer cette situation.

Dès lors, c'est sous l'impulsion du Garde des Sceaux, Jean Foyer qu'est devenue la loi du 13 juillet 1965. Cette réforme est inspirée par le souci de donner à la femme sur le plan des effets pécuniaires du mariage et des régimes matrimoniaux, la place qu'elle a déjà conquise en fait dans la société et dans la famille. Certes « dans le régime de communauté, le mari est administrateur des biens communs ; mais, en dehors des nécessités de cette administration, les dispositions qui établissent une discrimination entre mari et femme sont extrêmement rares »[764]. Le principe est l'égalité de traitement du mari et de la femme. Cette promotion de la femme mariée a

[764]Anne-Marie Bourgeois, « La loi du 13 juillet 1965 et les séquelles du statut d'infériorité juridique de la femme mariée », in *RTDciv.* 1968, p. 68.

été recherchée dans deux directions, afin de concilier l'aspiration de la femme à l'autonomie patrimoniale et la nécessité de préserver l'unité de la famille.

Comme l'a fait remarquer le Garde des Sceaux « organiser une indépendance totale des époux eût été oublier qu'il s'agissait de fixer un régime de biens destinés à assurer la vie en commun et l'éducation et l'entretien des enfants communs »[765]. C'est pourquoi le texte nouveau présente la double originalité de renforcer l'indépendance des époux, et singulièrement celle de la femme à l'égard des tiers, spécialement dans la gestion des biens propres, tout en établissant une association et une solidarité plus étroite des époux pour la défense des intérêts de la famille, soit qu'il s'agisse des dépenses d'intérêt familial, soit qu'il s'agisse de la disposition de biens communs constituant l'essentiel de la fortune familiale, ou enfin d'une gestion des biens propres mettant en péril les intérêts de la famille **(§1)**.

Incontestablement, ce droit de regard qui est accordé à chacun des époux sur la gestion de l'autre limite les conquêtes de l'indépendance et, dans certains cas, la femme y perd une partie des pouvoirs qui lui étaient reconnus avant la réforme, notamment pour les biens acquis dans l'exercice de d'une profession. Alors même que « dans l'ensemble, il y a un véritable progrès pour la femme sur le plan de l'indépendance comme sur le plan de l'association. Le renforcement de l'une et de l'autre est le second trait caractéristique de la réforme de 1965 »[766] **(§2)**.

[765]Déclarations à *l'Ass. Nat.*, *J. O.* Déb. 27 juin 1965, p. 2585.
[766] Jean Patarin et Georges Morin, « La réforme des régimes matrimoniaux », in *Répertoire du notariat Defrenois*, p. 18.

§1 : Les principales innovations de la loi du 13 juillet 1965

La loi du 13 juillet 1965 « portant réforme des régimes matrimoniaux » marque une étape fondamentale dans l'émancipation juridique de la femme mariée. En effet, cette loi élaborée par le doyen Jean Carbonnier a indéniablement permis un rééquilibrage des rapports conjugaux[767].

En effet, avant la réforme de 1965, l'idée de mandat tacite conduisait la jurisprudence à décider que seul le mari était engagé par les dettes ménagères, mais les tribunaux admettaient pourtant souvent la solidarité des époux[768]. C'est la solution qu'a consacré l'article 220 du Code civil loi puisque la loi du 13 juillet 1965 apporte deux innovations en la matière : l'une concerne la contribution des époux aux charges du mariage **(A),** l'autre concerne les rapports des époux avec les créanciers à raison de dettes contractées pour les besoins du ménage : « Chacun des époux a pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants : toute dette contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux »[769].

Dans les deux cas, les dispositions de la loi nouvelle se caractérisent par la reconnaissance du rôle éminent de la femme mariée et par une plus grande

---

[767] Benoit de Boysson, « Promulgation de la loi portant réforme des régimes matrimoniaux » in *France archives*, 2015.

[768] Remi Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux*, *op.cit.,* p. 42.

[769] Patrick Courbe, Adeline Gouttenoire, *Droit de la famille*, Paris, Sirey, 2017, 600 p : « Par conséquent, la femme détient désormais le pouvoir de passer en son nom tous les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants sans être tributaire de la volonté de son mari, ce qui est une véritable reconnaissance dans son rôle de mère ».

égalité de traitement des époux : « Au système du mandat domestique de la femme, le nouveau texte substitue le principe que chacun des époux a pouvoir de passer seul les contrats relatifs au ménage et aux enfants, chaque époux étant obligé solidairement à l'égard des tiers »[770].

Toutefois, la mère quel que soit le régime matrimonial adopté, peut agir en vertu d'un pouvoir propre pour procéder aux diverses opérations nécessaires à sa satisfaction des besoins familiaux, elle doit tout naturellement exercer ses fonctions dans l'intérêt même de la famille **(B)**.

A. Les nouveaux principes de la contribution aux charges du ménage

Les époux s'engagent par le seul fait du mariage à partager un ensemble d'obligations d'ordre pécuniaire, qui constituent ce qu'il est d'usage d'appeler les charges du ménage. Ces charges s'analysent en un double groupe. Les unes concernent les rapports entre conjoints alors que les autres concernent les rapports des parents envers leurs enfants[771].

On entend par charges du ménage ou du mariage, les aliments des époux, l'entretien et l'éducation des enfants prévues et imposées aux époux par les articles 203 et 212 du Code civil au titre « Du Mariage ».

L'article 203 concerne les obligations des conjoints vis-à-vis de leurs enfants : les nourrir, les entretenir et les élever. Ces obligations sont connues sous le nom générique de droit d'éducation, obligation qui fait partie intégrante des attributs de la puissance paternelle. L'étendue de l'obligation formulée par l'article 203 comprend ainsi de fournir tout ce qui est nécessaire à la vie, la nourriture, le logement, les vêtements et l'éducation des enfants. Ces obligations ne forment pas un droit fixe et

[770] *Les cahiers de droit*, Volume 8, Université de Laval, 1956, p. 198.
[771] C. de Paris, 7 décembre 1907, *D.* 1908, 2, 209.

doivent au contraire être proportionnées à la position, au rang et à la fortune des parents[772] tel que l'exprime l'article 208 : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ».

La notion « d'entretien du ménage ou l'éducation des enfants »

Au sein de son ouvrage sur *Le droit des régimes matrimoniaux*[773], Remy Cabrillac fait état de ces dépenses en détaillant ce quie signifie la formule « contrats ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants » et en y ajoutant de nombreuses jurisprudences pour exemple. En effet, la formule « l'entretien du ménage » désigne des dépenses très variées comme les achats d'appareils ménagers, le règlement des notes d'eau, de gaz, d'électricité, de téléphone[774], le loyer de l'habitation principale[775], les cotisations sociales[776] ou encore les primes d'assurance[777] intéressant les deux époux, ou les cotisations retraite instaurant un droit à réversion en cas de décès[778], les charges de copropriété[779], les frais d'hospitalisation,[780] les frais médicaux[781], et enfin les frais d'employé de maison[782].

---

[772] Jules Dedebat, *De la puissance paternelle en droit romain et en droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1868, p. 97.
[773] Remy Cabrillac, *Droit des régimes matrimoniaux, op. cit.*, p. 40.
[774] Civ. 1, 15 nov. 1994, *Defrénois* 1995, art. 36040, n°54, obs. G. Champenois ; *RTD civ* 1995. 420, obs. B. Vareille.
[775] Rouen, 22 déc. 1970, *D.* 1971. 429, note Belhulmeur ; Civ. 2, 3 oct. 1990, B., n°177 ; *JCP N* 1991. II. 57, obs. P. Simler ; *Defrénois* 1991. 1126, obs. G. Champenois ; Civ. 1, 13 oct. 1992, B., n°251 ; *JCP* 1993. II. 22047, note J. Hauser ; *JCP N* 1993. II. 110, obs G. Wiederkehr ; *RTD civ.* 1993. 180, obs. F. Lucet et B. Vareille ; *Defrénois* 1993, art. 35572, 708, obs. J. Massip et art. 35490, 38°, obs. G. Champenois.
[776] Soc. 12 mai 1977, B., n°316 ; Civ. 1, 9 oct. 1991.
[777] Reims, 7 janv. 1980, *D.* 1980, I. 457 ; TGI Melun, 21 nov. 1978, *Defrénois* 1980, art. 32267, obs. G. Champenois.
[778] Civ. 1, 4 juin 2009, *D.* 2010. 728, obs. J-J. Lemouland et D. Vigneau, Defrénois 2009. 2184, obs. J. Massip, *RTD civ.* 2010. 800, obs. B. Vareille.
[779] Civ. 3, 1er déc. 1999, *JCP* 2000. I. 245, n°7, obs. G. Wiederkehr
[780] Civ. 1, 17 déc. 2014, *Gaz. Pal.* 11/12 fév. 2015, obs. E. Terrier ; *RLDC* 2015/124, n°5773, obs. M. Jaoul ; *RJPF* 2015-2/26, obs. V. Egéa
[781] Civ. 2, 10 mai 2006, *JCP N* 2006. II. 12 89, obs. G. Wiederkehr.

D'après Remi Cabrillac, d'autres dépenses sont cependant plus controversées par la jurisprudence comme l'achat d'une automobile[783], le loyer d'une résidence secondaire[784], les dépenses de loisir[785], les dépenses d'amélioration de l'habitation principale[786], dans la mesure où chacun des époux n'a pas vocation à en tirer un profit équivalent[787]. Les opérations d'investissement d'un ménage échappent à la qualification de dette ménagère, comme les dettes professionnelles d'un époux[788]. Enfin, la dette peut être ménagère même si elle est contractée au bénéfice d'un bien propre ou personnel d'un des époux.

« Ou l'éducation des enfants » correspondent aux dettes engendrées par l'éducation des enfants correspondent aux dépenses de vêtements, de nourriture, de scolarité…La jurisprudence a également ajouté les frais médicaux, tout comme il faut également savoir que la dépense peut être ménagère même s'il s'agit d'un enfant majeur.

---

[782] Soc. 8 juin 2005, *B.*, n°197, *D.* 2005. 2509, note J. Mourly ; *RTD civ* 2005. 812, obs. B. Vareille.

[783] Pour : Paris, 9 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1990, 1, 7, note Pronier ; *JCP N* 1991.II.57, obs. P. Simler. Contre : Aix, 17 janvier 1994, *JCP* 1995. I. 3821, n°7, obs. G. Wiederkehr.

[784] Jurisprudence (Rouen, 22 déc. 1970) et doctrine (Terré et Simler, n°80 ; Le Bayron, art. cit., 203) plutôt favorable à la qualification de dette ménagère.

[785] Paris, 11 oct. 1989, *JCP N* 1991. II. 57, obs. O. Simler : l'achat d'un billet d'avion pour un voyage d'agrément n'est pas une dette ménagère.

[786] Versailles, 16 févr. 2001, *JCP* 2002. I. 103, n°3, obs. G. Wiederkehr. En sens contraire, Bordeaux admet la solidarité, 18 sept. 1989 *JCP N* 1991. II. 57, obs. P. Simler ; *RTD civ.* 1991. 586, obs. F. Lucet et B. Vareille)

[787] Contre la qualification de dette ménagère, Civ. 1, 10 avr. 1996, *B.*, n°18, *JCP.* I. 3962, n°3, obs. G. Wiederkehr ; pour : Civ. 1, 10 mars 1998, *B.*, n°101, *Defrénois* 1998, art. 36903, obs. G. Champenois.

[788] Civ. 1, 11 janv. 1984, *B.*, n°13 ; *Defrénois* 1984. 933, obs. G. Champenois (emprunt pour l'acquisition d'une résidence secondaire) ; Civ. 1, 4 juill. 2006, *JCP* 2006. I.193, n°2 (dépense liée à la construction). Comp. Civ. 1, 9 oct. 1990, *B.*, n°210 ; *RTD civ.* 1991. 586, obs. F. Lucet et B. Vareille, appliquant la solidarité pour une opération de location-attribution ; comp. Egal. Civ. 1, 29 mai 2001, *Defrénois* 2002. 400, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2002. 556, obs. B. Vareille.

Principe de la contribution aux charges du ménage

L'article 214, auquel renvoie, en matière de séparation de biens, l'article 1537, prescrit dans les mêmes termes qu'avant la réforme, que les époux doivent contribuer aux charges du mariage.

Le nouvel article 214 du Code civil prévoit désormais que : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives . Les charges du mariage incombent au mari, à titre principal. Il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. La femme s'acquitte alors de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont elle a l'administration et la jouissance, par ses rapports en dot ou en communauté, par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari. Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile. »[789].

Il faut entendre cette obligation et son objet avec la même acception qu'avant la réforme. Il faut également savoir que les charges du mariage peuvent comprendre aussi des dépenses faites dans l'intérêt personnel d'un époux[790], des frais de voyage ou de vacances, qui par la volonté des époux peuvent être exceptionnellement élevés et dépasser même le train de vie habituel des époux et ne plus correspondre à la notion d'entretien courant du ménage[791].

[789] Michel Hamiaut, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Dalloz, Paris, 1965, p. 42.
[790] Notes de Tailleur Req. 31 octobre 1934, *Sem. Jur.*, 1935. 163 ; *D.* 1935. 1. 73, note Nast.
[791] Civ. 2e sect. Civ., 17 juillet 1963, *Bull. civ.* II, p. 397.

B. La réalisation de l'obligation de contribution

La volonté du législateur de sauvegarder l'unité familiale justifie les limitations que la femme peut rencontrer dans l'exercice des nouveaux pouvoirs qui lui sont accordés en matière de contribution aux charges du mariage. Le mari demeurant le chef de famille, il conserve, à ce titre, une certaine prééminence en ce qui concerne le gouvernement pécuniaire de la famille. Les conséquences sont perceptibles au niveau même des modalités de réalisation de l'obligation de contribution, aussi bien sur le plan de son mode d'exécution, que sur celui de la détermination de son montant.

Le choix du mode de règlement de l'obligation de contribution

Aucun problème particulier ne se pose quant au mode de règlement de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, lorsque le contrat de mariage en prévoit expressément les modalités. Mais, même en dehors de cette hypothèse, on constate que le législateur de 1965 a accordé une grande liberté aux époux. En effet, l'alinéa 3 de l'article 214 nouveau du Code civil dispose que « la femme s'acquitte de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont elle a l'administration et la jouissance, par ses apports en dots et en communauté, par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession de son mari. Non seulement le choix laissé aux époux est plus étendu qu'autrefois, mais en outre, il implique la reconnaissance à leur profit d'une plus large indépendance »[792].

Désormais, si l'épouse doit toujours contribuer aux charges du mariage, elle conserve, le plus souvent, l'administration et la jouissance de ses biens personnels. Dès lors, dans la mesure où les époux s'entendent, on peut admettre que la femme pourra exécuter son obligation en payant directement les dettes ménagères. Hors les cas dans lesquels les époux ont adopté un régime de communauté avec clause d'unité

[792] Dominique T.C. Wang, *La condition juridique de la femme mariée : étude de droit privé français*, Paris, Imprimerie Ranggli, 1973, p. 127.

d'administration, et où, par conséquent, la contribution s'exécute principalement au moyen du droit de jouissance que détient la communauté sur les biens propre, en vertu de l'article 1515, al. 2 nouveau du Code civil. Cette clause a pour effet de faire entrer dans l'actif commun la jouissance des propres de l'un et de l'autre époux. De ce fait l'épouse n'a plus à remettre entre les mains du mari une part des revenus dont elle conserve la gestion. La solution est en accord avec les nouvelles dispositions relatives à l'activité ménagère de l'épouse. Celle-ci, cessant de représenter son conjoint, s'engage, en effet, personnellement, chaque fois qu'elle passe un contrat pour l'entretien du ménage et de l'éducation des enfants ; ce qui suppose logiquement que la femme conserve l'intégralité de ses gains et revenus pour les affecter elle-même à l'ensemble des dépenses d'entretien de la famille, et ce, en vertu de la nouvelle rédaction de l'article 220 du Code civil[793].

L'autonomie ainsi accordée à l'épouse n'est d'ailleurs pas contraire aux exigences de la vie de famille. Il importe peu que la femme puisse contribuer directement aux charges du mariage ; l'essentiel c'est qu'elle y participe réellement, dans la mesure de ses facultés[794].

L'article 214 laisse toujours aux époux la liberté de régler la contribution aux charges du mariage par leurs conventions matrimoniales. Les époux pourraient donc limiter la contribution de l'un d'entre eux à une somme déterminée ou à une proportion déterminée de ses revenus, ou même exclure au profit de l'un des époux la charge de certaines catégories de dépenses. À défaut de conventions, les époux contribuent à proportion de leurs facultés respectives en vertu de l'alinéa 1 de l'article 214 du Code civil. La loi du 13 juillet 1965 précise cependant que les charges du mariage incombent néanmoins à titre principal au mari. On a alors reproché à cette distinction d'être contraire à l'égalité des époux et de fournir une justification

[793] Gulsen Yildirim, *L'autonomie financière dans la communauté de vie*, Presses universitaires de Limoge, 2001, p. 81.
[794] Marie-José Cambassédès, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée et la protection des intérêts familiaux*, thèse de doctorat, droit, Université de Nice, 1970, p. 83-84.

idéologique de la notion de salaire d'appoint du salaire féminin, qui, de ce fait, serait maintenu à un taux inférieur à celui du salaire masculin[795].

Cependant, dans un grand nombre de ménages, à cette époque, la femme mariée se consacre encore principalement à son foyer et cette réalité ce qui implique la nécessité de conserver le principe que l'autre conjoint doit assumer la charge de cette situation. Il en résulte que le mari dont les ressources personnelles sont suffisantes pour faire face aux charges du mariage ne pourra pas contraindre la femme sans profession et s'occupant du foyer à prélever une contribution sur le capital de ses biens propres. Aussi bien, les soins du foyer constituent un mode d'exécution de l'obligation de contribuer aux charges du mariage[796].

Le montant de la contribution

De même que les époux peuvent librement déterminer le mode de règlement de leur part contributive, ils peuvent encore, en vertu de l'alinéa 1er de l'article 214 du Code civil fixer le montant de leur contribution[797].

Par conséquent, les conventions matrimoniales peuvent régler non seulement le mode d'exécution, mais aussi le montant de l'obligation de contribution. À défaut, les parties peuvent convenir du mode de règlement au fur et à mesure des besoins du ménage, ce qui, à la différence des clauses du contrat de mariage, ne les lie pas pour l'avenir. La plus grande diversité est admise dans le mode de règlement de la contribution, ce qui est conforme à la diversité des situations et des convenances familiales. Dans la rédaction de la loi de 1965, l'alinéa 3 de l'article 214 précisait que la femme pouvait s'acquitter de sa contribution en la prélevant sur les ressources

[795] *Compte rendu des débats parlementaires*, Volume 1, 1965, p. 185.
[796] « Amour et comptabilité ou l'esprit et le chiffre dans l'article 214 du Code civil », in *Revue juridique de l'Ouest*, 1984, pp. 1-41.
[797] Jean-Yves Sayn, Jean-Yves Chevallier, *Les règles générales des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965*, PUF, 1948, p. 8.

dont elle a l'administration et la jouissance, ou par ses apports en dot ou en communauté, ou par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari. Elle pourrait aussi faire un versement entre les mains du mari, ou payer directement des dettes du ménage, ou aider le mari, ou aider le mari dans sa profession sans contrepartie[798].

§2. La consécration de l'obligation solidaire des conjoints au paiement des dettes domestiques

La loi du 13 juillet 1965 a unifié et simplifié les rapports des époux avec les tiers pour les besoins du ménage en remplaçant le pouvoir domestique par un pouvoir qui oblige chacun des époux solidairement[799].

En effet, dans sa nouvelle rédaction, l'article 220 précise que « Chacun des époux à pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux »[800].

Le député De Grailly commente de façon détaillée cet article : « Le premier alinéa de cet article introduit dans notre droit un nouveau principe qui se substitue au principe du mandat tacite de la femme pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Cette notion nouvelle est celle de la solidarité entre les

[798] Annie Chamoulaud-Trapiens, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, Presses universitaires de Limoges, 1999, 863 p.
[799] André Colmer, « Le nouveau régime matrimonial légal en France (loi n°65-570 du 13 juillet 1965) », in *Revue internationale de droit comparée*, 1966, pp. 61-78.
[800] François Terré, Philippe Simler , *Droit civil : les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 2015, p. 28.

époux, l'un étant engagé par les actes qu'accomplit l'autre et que l'autre a pouvoir d'accomplir seul dès lors qu'il s'agit de l'entretien du ménage ou de l'éducation des enfants. Un autre alinéa fixe des limites à cette notion en indiquant que la solidarité n'a pas lieu pour des dépenses manifestement excessives eu égard à un certain nombre de critères. Un dernier alinéa comporte les fameuses dispositions sur les achats à tempérament. Il est nécessaire d'atténuer la notion de solidarité inscrite dans l'article 220 par des dispositions spéciales concernant les achats à tempérament[801].

Au système du mandat domestique de la femme, l'article 220 substitue donc le principe que chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats relatifs au ménage et aux enfants ce qui les obligent solidairement à l'égard des tiers[802].

A. Le pouvoir des époux avec engagement solidaire de l'autre

Suivant l'article 220, alinéa 1 nouveau, chacun des époux a le pouvoir de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants et toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. Cet engagement solidaire constitue un progrès considérable par rapport aux principes du mandat domestique puisqu'il met fin à une anomalie préjudiciable aux tiers traitant

---

[801] 26 juin 1965, *J.O.*, Ass.Nat., p. 2630.

[802] Avant la loi de 1965, l'article 220 de la loi de 1942 énonçait que : *«* La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains. Les actes ainsi accomplis par la femme obligent le mari envers les tiers, à moins qu'il n'ait retiré à la femme le pouvoir de faire les actes dont il s'agit, et que les tiers n'aient eu personnellement connaissance de ce retrait au moment où ils ont traité avec elle. », tandis que l'article *220* nouveau établit que « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'utilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux ».

avec une femme mariée à l'occasion des besoins du ménage. En effet, dans le cadre du mandat domestique, la femme obligeait le mari, et par conséquent, engageait aussi la communauté, mais ne s'obligeait pas elle-même, puisqu'elle agissait par représentation du mari[803].

Désormais, la femme qui contracte pour les besoins du ménage s'oblige elle-même envers le tiers au paiement de la totalité de la dette en même temps qu'elle oblige le mari tout comme celui qui contracte de telles dettes oblige également la femme, quel que soit le régime matrimonial. En outre « il s'agit désormais d'une obligation solidaire qui produira tous les effets principaux et secondaires de la solidarité passive en vertu des articles 1200 à 1216 du Code civil. C'est ainsi que la demande d'intérêts formée contre l'un des époux fera courir les intérêts également contre l'autre époux, la solidarité permettant ainsi au créancier de poursuivre son paiement et sur les biens propres des deux époux, et aussi, en régime de communauté, sur les biens communs et sur les biens réservés »[804].

Enfin, l'un des époux ne pourrait pas valablement retirer à l'autre le pouvoir de l'engager solidairement dès lors que la faculté de retirer à la femme son pouvoir domestique a disparu en même temps que le mandat domestique lui-même[805].

---

[803] Charles Demolombe, *Cours de Code civil*, Volume 2, Paris, Stienon, 1848, p. 284.

[804] Jacques Patarin et Georges Morin, « La réforme des régimes matrimoniaux », in *Defrénois*, Paris, 1977, p. 30.

[805] *Ibid.*, p. 30 : « Cependant, dans le cas où un époux manquerait gravement à ses devoirs et mettrait en péril les intérêts de la famille, l'autre époux pourrait demander au Président du Tribunal de grande instance, au titre des mesures d'urgence permises par l'article 220-1, de lui interdire d'engager des dépenses pour les besoins du ménage et d'ordonner la notification de cette interdiction aux principaux fournisseurs. Toute créance contractée en violation de cette interdiction serait annulable dans les deux ans, dès lors que la mauvaise foi du créancier serait établie en vertu de l'article 220-3. La combinaison des articles 220-1 et 220-3 fournit ainsi une protection d'urgence contre les dépenses inconsidérées faites par le conjoint ».

B. Les dépenses donnant lieu à la solidarité

L'article 220, alinéa 1er, prévoit la solidarité des dettes résultant de contrats ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : « Chacun des époux à pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement »[806].

Objet du contrat

Incontestablement, la solidarité s'applique ainsi à toutes les dettes contractées en contreprestation de fournitures destinées au ménage[807]. Toutefois, la solidarité n'a lieu que si le contrat a un lien suffisamment direct avec l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Ainsi, on a pu douter qu'un emprunt contracté par un époux en vue de se procurer des ressources nécessaires à l'entretien du ménage puisse obliger solidairement l'autre époux[808], du moins lorsque la destination des sommes empruntées n'a pas été connue du prêteur et que leur emploi effectif à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants n'est pas établi. Cela étant, la jurisprudence

[806] François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Goldie, *Droit civil de la famille*, Paris, Dalloz, 2010, 1270 p.
[807] Rouen 22 décembre 1970, *D.* 1971, 429, note Belhumeur. Il a été jugé que l'article 220 s'applique aux cotisations retraite d'un médecin (*Tr. Gr. Inst.* Paris, 10 déc. 1973, *D.* 1975, 265, note *D.* Martin ; Journal. Not. 1974, 1355, note Viatte).
[808] En ce sens, Trib. Inst. Moulins, 24 janvier 1972, *D.* 1972, somm. 108 : du moins lorsque la destination des sommes empruntées n'a pas été connue du prêteur et que leur emploi effectif à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants n'est pas établi.

n'exclut pas que certains emprunts soient considérés comme ayant pour objet l'entretien du ménage et donnent lieu à la solidarité[809].

Cependant, il ne faut pas comprendre l'article 220 d'une façon systématiquement restrictive. La notion d'entretien du ménage exclut, certes, les dépenses d'un caractère exceptionnel comme l'achat d'une automobile ou l'achat d'un appartement, mais elle n'exclut pas des dépenses d'agrément courantes et conformes au train de vie du ménage[810].

Exclusion des dépenses excessives

Quelle que soit la nature de la dépense, la solidarité est exclue si la dépense est manifestement excessive en vertu de l'article 220 alinéa 2 : « La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant »[811].

La loi indique les différents éléments d'appréciation permettant de considérer la dépense comme excessive. En effet, l'appréciation se fonde sur le train de vie du ménage, de l'utilité ou de l'inutilité de l'opération et de la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant[812].

---

[809] La Cour de Cassation a fini par admettre que, sous l'empire du texte antérieur, le mandat domestique de la femme mariée comportait la faculté d'emprunter pour les besoins du ménage (Civ. 1ere, 8 avril 1970, *J. C. P.* 1970, IV, p. 134). Plus récemment, elle a admis l'application de l'article 220 nouveau à des emprunts du mari ayant eu pour objet de faire face au jour le jour aux besoins les plus pressants du mariage (Civ. 1re, 24 mars 1971, *D.* 1972, 360, note Abitbol). V. Moneger, L'emprunt contracté par un époux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, *D.* 1975, Chron. p. 165.

[810] Isabelle Journet Durca, Paulette Aulibé-Islin, *La femme et ses nouveaux droits*, Paris, Albin Michel, 1975, p. 216.

[811] Pierre-Brice Lebrun, « Guide pratique de droit de la famille et de l'enfant », in *Action sociale et médico sociale*, Paris, Dunod, 2011, p. 156.

[812] Gilles Goubeaux, Philippe Bihr, Xavier Henry, *Code civil enrichi d'annotations tirées de bases de données juridiques*, Paris, Dalloz, 1995, p. 170.

Cas des achats à tempérament

Mais l'innovation essentielle est consacrée par le troisième alinéa de l'article 220. Ce texte dispose que tout achat d'objet destiné au ménage, tant qu'il y a vie commune, n'est valable que du consentement des deux époux si le prix doit en être payé à tempérament ainsi « Celui des époux qui n'a pas donné son consentement peut demander l'annulation du contrat, l'action en nullité lui étant ouverte dans l'année du jour où il a eu connaissance de l'acte mais ne peut jamais être intentée plus d'un an après la dissolution du régime matrimonial »[813]. Enfin, l'interdiction de faire une dépense par ordonnance du Président du Tribunal de grande instance et sa notification au tiers est un moyen plus efficace d'échapper à l'obligation solidaire, mais sa mise en oeuvre suppose des circonstances plus graves[814].

En effet, même s'ils sont nécessaires à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants, les achats à tempérament contractés par un époux agissant seul n'obligent pas solidairement l'autre conjoint en vertu de l'article 220 alinéa 3 du Code civil : « Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux »[815]. Ainsi, la solidarité n'a lieu que si l'achat a été conclu du consentement des deux époux. Une habilitation de justice sans pouvoir de représentation ne pourrait pas suppléer, à cet égard, au consentement du conjoint[816].

---

[813] *J.O.*, Séance 16 juin 1965, p. 2584.
[814] Jean Patarin et Georges Morin, « La réforme des régimes matrimoniaux », *op. cit.*, p. 32.
[815] Dominique T.C. Wang, *La condition juridique de la femme mariée : étude de droit privé français*, Paris, Imprimerie Ranggli, 1973, p. 135.
[816] En revanche, l'habilitation judiciaire à représenter le conjoint hors d'état de manifester sa volonté, selon l'article 219 du Code civil, permettrait au requérant, agissant tant en son nom personnel qu'au nom de son conjoint, de faire un achat à tempérament engageant solidairement les deux époux. La gestion d'affaires permettrait aussi de contracter une obligation solidaire au nom des deux époux.

Conclusion du chapitre II

L'importance du rôle domestique de la mère de famille n'a jamais été réellement discutée. En général, on s'est toujours accordé pour reconnaitre que les qualités naturelles de la femme justifiaient les pouvoirs qui lui étaient octroyés dans la gestion du budget familial. L'évolution des pouvoirs ménagers de la femme mariée se présente comme une parfaite illustration des transformations apportées à sa condition juridique au sein de la famille. Certes, à chaque époque la division des tâches familiales a conduit à reconnaitre à l'épouse un certain pouvoir de direction dans la vie domestique. Les qualités propres à la femme semblent en effet, lui assigner une fonction bien déterminée : celle de gardienne du foyer. Ce rôle, dont l'importance demeure indiscutablement, correspond non seulement au tempérament féminin, mais aussi à sa vocation naturelle qui est de donner la vie. Si l'octroi de certains pouvoirs ménagers à la femme fut largement admis à toutes les époques, leur fondement juridique, en revanche, a subi quant à lui, de profondes transformations.

Après avoir été la simple mandataire de son époux, la femme est devenue, en matière domestique, sa véritable associée. Ayant ainsi obtenu un pouvoir effectif sans la direction même du ménage, la mère peut, dorénavant, passer seule la plupart des actes de la vie courante. Égale à l'homme, mais profondément différente, la femme doit posséder la même autonomie dans les domaines qui lui sont traditionnellement réservés en raison de sa nature originale.

Sans doute, l'indépendance de la femme ne doit pas faire oublier que les deux époux collaborent à une tâche commune, néanmoins, on comprendrait mal que la femme, en principe capable pour tout ce qui concerne sa profession, continue de dépendre étroitement de l'autorité maritale chaque fois qu'il s'agit des affaires du ménage. Conscient de cette réalité nouvelle, que constitue la promotion féminine, le législateur moderne a tenté de concilier le droit et les faits en accordant à l'épouse des pouvoirs ménagers qui lui permettent d'engager

directement le patrimoine de la famille. La recherche de l'intérêt familial s'analyse donc comme une source de prérogatives pour la femme mariée et la mère de famille

Enfin, la mutabilité instaurée par la loi du 13 juillet 1965 « n'a pas pour conséquence de jeter bas tout l'édifice que l'immutabilité supportait. Certains pans sont tombés, d'autres demeurent debout. En effet, en dépit de l'ampleur des changements opérés, la loi du 13 juillet 1965 n'a toutefois pu qu'ébaucher une égalité entre époux dont la consécration attendit encore quelques années puisque la loi de 1965 laisse au mari le titre de chef de la famille et s'il continue à administrer la communauté, la femme mariée peut seule gérer ses propres »[817].

À cet égard, le Doyen Jean-Philippe Agresti affirme que « la logique de l'égalité entre époux a été menée à son terme avec la loi du 23 décembre 1985. Elle supprime toute prééminence de l'homme dans la famille, le mari n'est plus chef de la communauté : une gestion concurrente est mise en place sur les biens communs et chacun administre et aliène librement ses propres »[818]. Ainsi, la « revanche » des pays de droit écrit est complète en 1985[819].

Il faudra donc patienter jusqu'à la loi de 1985 pour qu'une direction bicéphale de la famille s'instaure, puis trois textes en 1987, 1993 et 2002 pour que l'autorité « paternelle » devienne plus généralement « parentale ».

---

[817] Jean-Yves Sayn, Jean-Yves Chevallier, *Les règles générales des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965*, PUF, 1948, p. 8.

[818] Jean-Philippe Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit, op. cit.*, p. 534.

[819] Bernard Beigner, « Le chêne et l'olivier », in *Jean Foyer auteur et législateur*, Ecrits en hommage à Jean Foyer, P.U.F., Paris, 1997, p. 373.

Titre II : La puissance paternelle directe de la mère

> « Le nouveau système, beaucoup plus libéral, veut que tout individu marié ou majeur devienne *sui juris*, de sorte que l'autorité dont il s'agit à peu de choses près restreinte à la minorité de l'enfant et à cette époque de la vie qui appelle une protection plus spéciale, devient aussi plus susceptible d'être, à défaut du père, conférée à la mère, qui cependant ne participait point autrefois à la puissance paternelle »
>
> Théophile Berlier[820].

Si pendant le mariage le père seul exerce cette autorité, il est des circonstances diverses où les conditions du mariage se trouvent modifiées exceptionnellement, « empêchant le père de s'acquitter de ses devoirs et d'exercer ses droits à l'égard de ses enfants »[821].

La mère est ainsi appelée à exercer cette autorité même pendant le mariage lorsque le père se trouve dans l'impossibilité de l'exercer lui-même **(Chapitre 1)**. Le droit étant en effet commun au père et à la mère, cet exercice doit naturellement revenir de plein droit à la mère si le père est absent, interdit, ou en état de démence[822]. La législation se veut plus rigoureuse en revanche en matière d'attribution de la puissance paternelle à la mère en cas de déchéance du père.

Enfin, la mère pourra exercer une puissance paternelle pleine et entière après la dissolution du mariage suite au décès du père, à un divorce ou une séparation de corps[823] (**Chapitre 2**).

---

[820] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, t. 10, p. 487.
[821] Sarmisa Bilcesco, *De la condition légale de la mère, op.cit.,* p. 222.
[822] Antoine-Marie Deamante, *Cours analytique de Code Napoléon*, Volume 2, Paris, Plon, 1853, p. 179.
[823] Antoine Magnin, *Traité des minorités et des tutelles*, *op.cit.*, p. 317.

Chapitre I. Le cas où la mère devient à son tour chef de famille

> « Il peut encore arriver que le père qui s'est éloigné ait laissé des enfants mineurs. Il n'est pas de besoin plus urgent que celui des soins qui leur sont dus ».
>
> Bigot-Préameneu[824]

C'est à partir de 1804 qu'une théorie générale sur l'absence voit le jour suite aux troubles engendrés par la tourmente révolutionnaire[825]. Pour autant on constatera qu'au XIXe siècle, la loi, dans la détermination des droits de la puissance paternelle et dans le règlement de son exercice a envisagé une condition familiale classique avec le père et la père exerçant la puissance paternelle sur les enfants. Par conséquent, le législateur au titre de la puissance paternelle n'a pas prévu une législation particulièrement adapté à toutes les situations possibles qui peuvent advenir dans une famille. Or, à la suite d'un accident ou d'une déchéance légale, une incapacité de fait ou de droit peut atteindre le chef de famille, et la mère devra substituée, autant qu'elle le peut légalement à cette autorité.

Ainsi, seront envisagés successivement les divers cas dans lesquels les conditions du mariage peuvent se trouver ainsi exceptionnellement modifiées comme l'absence du père **(Section 1)**, l'interdiction ou la condamnation judiciaire **(Section 2)**, et enfin en cas de déchéance de la puissance paternelle **(Section 3)**.

---

[824] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 447.
[825] Jacqueline Hoareau-Dodineau, Guillaume Métairie, *L'absence- Du cas de l'absent à la théorie de l'absence*, Paris, Pulim, 2011, 445 p.

Section 1. L'exercice direct de la puissance paternelle de la mère lors de l'absence du père

La disparition du chef de famille créée une situation juridique spéciale dont les effets ne se restreignent pas seulement à la mère de famille, mais se font également sentir sur la condition des enfants qu'il laisse à l'abandon. L'absence, qui est visée en premier lieu concerne le cas du mari qui a disparu de chez lui, dont on n'a pas de nouvelles et dont on ne sait même pas s'il est mort ou vivant. En cas d'absence du père, les droits de la mère légitime sont définis de manière formelle par l'article 141 du Code civil, rédigé au Livre premier, Titre IV du Code civil : « Si le père a disparu, laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance et elle exercera tous les droits du mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens »[826].

Aucune difficulté ne peut s'élever sur l'exercice du droit de garde et d'éducation. En effet, l'exercice de cette puissance paternelle repose tout d'abord sur la nécessité de s'occuper des enfants comme le définit Bigot-Préameneu qui expose en ces termes au Corps législatif, les motifs qui ont déterminé à confier à la mère en cas d'absence l'exercice de la puissance paternelle : « Il peut encore arriver que le père qui s'est éloigné ait laissé des enfants mineurs. Il n'est pas de besoin plus urgent que celui des soins qui leur sont dus. Il est conforme aux principes qui vous seront exposé au titre des Tutelles que, si la femme de l'absent vit, elle ait la surveillance des enfants, et qu'elle exerce tous les droits de son mari relatif à leur éducation et à l'administration de leurs biens. C'est l'intérêt des enfants qui sont à cet égard au nombre de tiers ayant droit d'invoquer la justice : c'est le droit naturel de la mère ;

[826] Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, *op.cit.*, p. 421.

c'est la volonté présumée et en quelque sorte certaine du père absent, lorsqu'il n'y a aucune preuve d'intention contraire »[827].

Ainsi, la mère exercera cette puissance dans les mêmes conditions et avec la même latitude que le père lui-même et il n'y a aucune raison d'en restreindre l'exercice entre ses mains.

Cela étant, malgré la clarté de l'article 141 du Code civil, cet article ne fait pas de distinction entre la présomption d'absence et l'absence déclarée. Il y a pourtant lieu de séparer ces deux périodes. La présomption d'absence est la période qui suit la disparition du père et pendant laquelle on peut espérer un retour possible durant quatre années après les dernières nouvelles[828] **(§1)**. Une fois ces quatre années écoulées, le retour du père apparaît comme bien problématique et bien incertain, et les personnes intéressées peuvent se pourvoir devant le tribunal civil, et demander un jugement de déclaration d'absence[829]**(§2)**. Toutefois, cette situation particulière a soulevé quelques difficultés assez graves sur le caractère, l'étendue et les effets du pouvoir de la mère dans ce cas d'absence déclarée. Aussi, pour bien comprendre quelles modifications sont apportées par le jugement déclaratif d'absence aux droits de l'époux présent, il est nécessaire d'exposer quels sont exactement les droits que possède la mère pendant la période de présomption d'absence.

[827] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, op. cit.*, p. 447.
[828] Michel André, *Cours alphabétique, théorique et pratique de la législation civile*, Volume 1, Paris, Bureau de la voix de l'église, 1847, p. 12.
[829] Jacques-Marie Boileux, *Commentaire sur le Code civil, Paris, Joubert*, 1847, p. 12.

§1 : Les droits de la mère durant la période de présomption d'absence du père

Il a longuement été discuté le point de savoir si la mère, en cas d'absence présumée du mari, exerçait la puissance paternelle du mari, ou s'il n'y avait pas plus tôt lieu à ouvrir la tutelle. Bien rares sont les auteurs qui considèrent dans ce cas la mère comme tutrice. Le texte de l'article 141 est absolument formel à ce sujet : « Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens ».

Il est clair qu'il ne s'agit pas de tutelle, mais d'une véritable délégation de l'exercice de la puissance paternelle à la mère puisque celle-ci exerce les droits de son mari et agit en son nom. En effet, aux termes des articles 389 et 390 du code civil, la tutelle ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage. Tant que celui-ci dure, c'est la puissance paternelle qui s'exerce seule. Or la déclaration d'absence ne prouve pas la mort du mari, elle n'établit même pas une présomption de décès. De plus, l'article 141 déclare seulement que la femme exercera tous les droits du mari. Or certainement le mari n'était pas tuteur. Il est tout à fait naturel et logique que l'autorité paternelle passe alors entre les mains de la mère.

Par conséquent, il s'agit d'examiner l'étendue des droits que la mère exerce par procuration, quant à la personne **(A)** et quant aux biens de leurs enfants **(B)**.

A. L'exercice de la puissance paternelle de la mère sur la personne de l'enfant

Lorsque le père disparait, la mère présente exerce la puissance paternelle puisque cette autorité leur appartient collectivement en vertu de l'article 372 du Code civil[830]. L'article 373 en confère l'exercice au père seul, durant le mariage, dans le seul but d'assurer l'unité de direction. Le père étant ici absent, la mère, dont le droit à exercer la puissance paternelle initialement paralysé par la présence du père, est appelé, par la loi à l'exercice de cette puissance en vertu de l'article 141 du Code civil.

Dès lors la mère va exercer sans nécéssiter de surveillance ou encore d'un conseil de famille, tous les droits relatifs à l'éducation des enfants qui appartiendraient au père s'il était présent. Cela étant, l'article 141 du Code civil ne confère expressément à la mère que les droits du mari qui sont relatifs à la surveillance et à l'éducation des enfants ou bien à l'administration de leurs biens[831].

Que faut-il décider relativement à ces autres droits qui se rattachent à la puissance paternelle sans en être des attributs essentiels tels que le droit de correction, le droit de consentir au mariage, le droit d'émanciper ou encore celui de constituer une dot ?

L'article 141 ne les a certainement pas délégués à la mère, mais faut-il en conclure, que toute une série d'actes sera impossible à l'enfant aussi longtemps que durera l'absence, parce que le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté ? Une pareille solution justifie que le consentement de la mère remplace valablement celui du père lors de son absence.

---

[830] Carl Salomo Zachariae Von Ligenthal, *Le droit civil français,* Paris, Durand, 1860, p. 162.
[831] Sarmisa Bilcesco, *De la condition légale de la mère, op.cit.,* p. 222.

L'exercice du droit de correction en cas d'absence du père

Le gouvernement de la personne et la direction de l'éducation des enfants appartiennent à la mère. Mais quant au droit de correction, « la mère est-elle affranchie, en sa qualité de déléguée du mari des restrictions auxquelles elle est soumise lorsqu'elle agit comme mère après la dissolution du mariage ? »[832]

À première vue, les termes de l'article 141 paraissent attribuer à la mère le pouvoir d'exercer son droit de correction, car il ne semble comporter aucune restriction. Il faut comprendre que logiquement la mère peut s'occuper sans contrôle de l'éducation des enfants, dont elle a la garde, mais en ce qui concerne le droit de correction elle ne pourra l'exercer que suivant les restrictions prescrites par la loi, lorsque c'est elle qui requiert contre l'enfant cette sévère punition[833]. Or le droit de correction n'est pas soumis par la loi aux mêmes conditions suivant qu'il se trouve entre les mains de l'époux ou de l'épouse. Admettant en principe que la femme a l'exercice de tous les droits du mari, il faut lui reconnaitre le pouvoir de faire incarcérer son fils. Cela étant, elle ne peut pas l'exercer de la même manière que son mari dès lors que la solution imposée par l'article 381 à la femme veuve qui ne peut faire détenir son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels doit trouver son application au cas prévu par l'article 141[834].

Ainsi, le droit de correction appartient évidemment à la mère, mais elle ne pourra l'exercer dans les mêmes conditions que le père[835]. Elle ne pourra donc jamais agir par voie d'autorité, mais seulement par voie de réquisition et subira toujours le contrôle du président du tribunal qui, sur sa réquisition, pourra accorder ou refuser

---

[832]Frédéric Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, Paris, Marquet Dujardin, 1858, p. 263.
[833] François Laurent, *Principe de droit civil*, *op.cit.*, p. 380.
[834] C. Dagar, *Le nouveau Ferrière ou dictionnaire de droit et de pratique sociales, commerciale, criminel et judiciaire*, Paris, Levrault, p. 1805, p. 18.
[835] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op.cit.*, p. 432.

l'ordre de détention, et celui des deux plus proches parents paternels qui sont tenus de l'assister. Elle n'hérite donc pas sur ce point, comme pourrait le suggérer l'article 141 du Code civil, de l'intégralité des droits du père, mais subit une première restriction[836]

Enfin, il y a lieu de signaler que le décret-loi du 30 octobre 1935 dans ces modifications en matière de droit de correction ne vise que la mère non remariée. Une modification essentielle va se produire à travers la loi du 18 février 1938. Cette loi relative à la capacité de la femme mariée abroge en particulier l'ancien article 213 du Code civil dès le premier alinéa. Elle décide également dans son alinéa 3 que « la qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps »[837]. Dans tous les cas, c'est la femme qui est dorénavant chef de famille et responsable de la garde et de l'éducation des enfants en cas d'absence du père. La disposition relative à l'absence ne constitue pas, il est vrai, une innovation puisque ce même pouvoir était déjà reconnu à la mère par l'article 141 du Code civil qui subsiste intact. Cela étant, le législateur de 1938 a cette fois-ci implicitement considéré comme le corollaire du droit de garde, conférant à la mère en certain cas, du vivant même de son mari, le rôle de chef de famille, et par là aussi la garde des enfants[838]. Il a donc jugé impossible de maintenir l'article 381 devenu incompatible avec ses nouveaux pouvoirs et l'a explicitement abrogé[839]. Désormais, si le père est absent, disparu,

[836] Antoine Marie Demante, Antoine Mazerat, *Programme de cours de droit civil français fait à l'école de Paris*, Bruxelles, Société typographique, 1838, p.117.
[837] Annales du Sénat, Imprimerie des journaux de France, Assemblée nationale, 1937, p. 353.
[838] Yvonne Knibiehler, Martine Sagaert, *Les mots des mères du XVI^e^ à nos jours*, Paris, Robert Laffont, 2016, p. 202.
[839] Article 381 nouveau ; article 5 du décret-loi du 30 octobre 1935 « La mère survivante et non remariée ne pourra obtenir le placement de son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et qu'en se conformant aux dispositions de l'article 377 ».

interdit, empêché, ou si un jugement de séparation de corps a été rendu contre lui, il ressort de cela que la mère a dorénavant qualité pour exercer le placement[840].

Le droit de consentir au mariage en cas d'absence du père

L'absence, même non déclarée du père constitue une impossibilité de consentir au mariage de ses enfants. Toutefois, l'article 141 du Code civil ne précise pas le cas du consentement au mariage de la mère en cas d'absence ce qui pose une réelle difficulté avant la loi du 17 juillet 1927 précédemment évoquée. On s'est alors demandé si l'article 148 exigeant le consentement des père et mère ou du père seulement en cas de dissentiment, pour le mariage des enfants, ne devait pas recevoir son application.

En cas d'absence du mari, la femme de l'absent aura-t-elle le droit de consentir seule au mariage de ses enfants : « Si on admet la négative, cette solution a comme conséquence d'entrainer, pour un enfant mineur ayant son père absent, l'impossibilité absolue de contracter mariage »[841]. En ce sens, l'article 149 du Code civil est ainsi conçu : « Si l'un des époux est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit ». Bien évidemment, le législateur cherche à favoriser les mariages et non à les entraver. Aussi, la jurisprudence et la doctrine admettent généralement que la mère seule peut donner, en cette matière, un consentement utile. Avant la loi du 17 juillet 1927, l'enfant mineur qui désire contacter mariage doit alors s'adresser au Tribunal qui reconnaitra que le mari est en état de présomption d'absence et autorisera la mère à donner seule un consentement valable au mariage.

[840] Henri-Louis Brin, *Les innovations du Décret-loi du 30 octobre 1935 en matière de droit de correction*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1938, p. 138.
[841] Charles Demolombe, *Traité de l'absence, op.cit.,* p. 484.

La seule condition imposée est le délai d'un an, après les dernières nouvelles. Il suffit alors que le parent présent fasse cette déclaration sous la foi du serment[842].

Cela étant, les difficultés qui avaient pu s'élever avant la loi du 17 juillet 1927 n'existent plus dès lors que l'autorisation de la mère suffit toujours pour permettre à son fils mineur de se marier. Aucune difficulté pratique ne peut subsister non plus dès qu'il s'agit de consentir à l'entrée dans l'armée dans la mesure où il est certain que le consentement maternel est suffisant. Il n'y a également plus lieu d'observer ce délai d'un an depuis la loi du 17 juillet 1927 qui est venue indiquer qu'en cas de dissentiment, le partage entre les parents emporte consentement. La mère ayant la possibilité, par son seul assentiment de permettre le mariage de l'enfant, et cela du vivant du père, présent ou absent[843].

Le droit pour la mère d'émanciper son enfant en cas d'absence du père

De nouvelles difficultés surgissent pour l'émancipation des enfants. En effet, l'article 141 du Code civil n'aborde pas expressément le droit d'émanciper, pas plus que de celui de consentir au mariage puisque ce texte ne vise que les droits se rapportant à l'éducation. L'émancipation est pourtant un acte d'une importance particulière à l'égard du père, car elle fait cesser la puissance paternelle, et fait, en particulier, définitivement disparaitre le droit de jouissance légale[844].

A l'égard de cette situation, Demolombe accorde à la mère le droit d'émanciper ses enfants non pas d'après les termes de l'article 141, mais en vertu de l'article 477 du Code civil, qui au titre de l'émancipation, déclare que le mineur peut être émancipé à défaut de père, par sa mère : « Le mineur, même non marié, pourra être

[842] Louis Julien Larcher, *La femme jugée pour les grands écrivains des deux sexes*, Paris, Garnier, 1855, p. 321.
[843] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité élementaire de droit civil*, *op.cit.,* p. 270.
[844] Victor Edouard Dalloz, *Jurisprudence générale de Dalloz*, Paris, Dalloz, t. 1, Bureau de la jurisprudence générale, 1873, p. 18.

émancipé par son père, ou à défaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus »[845].

Les mots « à défaut de père » qu'il contient sont généraux et s'appliquent aussi bien dans le cas où le père est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle que s'il venait à décéder. Dans cette hypothèse, Demolombe précise que c'est au tribunal de décider si dans le cas d'une simple présomption d'absence, la condition qui attribue à la mère la faculté d'émanciper se trouve, d'après les circonstances du fait, accomplie. D'après cet auteur, cette solution permet de concilier les droits du père avec ceux de la mère et des enfants, des enfants dont il ne serait pas juste d'empêcher l'émancipation si elle pouvait leur être utile[846].

Le droit pour la mère de constituer une dot en cas d'absence du père

L'article 1427 du Code civil précise que la femme mariée sous le régime de la communauté peut, avec l'autorisation de justice, disposer des biens communs pour l'établissement des enfants, en cas d'absence du mari. La solution contraire aurait comme conséquence, lorsque la femme n'a pas de biens propres, de faire retarder et même de rendre impossible le mariage de l'enfant. Il peut ainsi être utile que les enfants aient une dot, et si la fortune est importante, il leur serait préjudiciable que leur mère ne puisse leur fournir cette dot, qui facilitera leur union[847].

De même, lorsque les enfants sont en âge de travailler, ils peuvent avoir besoin de quelques capitaux, indispensables à leurs débuts, pour acheter soit un fonds de commerce, soit un office ministériel, ou pour faire partie d'une société commerciale quelconque. À cet égard, l'article 1427 du Code civil énonce l'autorisation qui est faite

[845] François Laurent, *Principes de droit civil français, op.cit.*, p. 223.
[846] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, Paris, Hachette et Cie, 1860, p. 462.
[847] François Laurent, *Principes de droit civil français, op.cit.*, p. 183.

à la femme de s'obliger pour l'établissement des enfants sur les biens de la communauté, en cas d'absence du mari, après y avoir été autorisée par justice[848].

L'article 204 du Code civil, déclare évidemment que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère, pour un établissement par mariage ou autrement, mais ici le problème est différent, la mère peut-elle réaliser à elle seule une donation, en vue de favoriser l'établissement de l'enfant ?[849] Pour Demolombe, l'établissement des enfants est une dette de la communauté : « Il n'y a pas là d'obligation civile, ni d'action en justice, non, il y a une obligation morale consacrée, sanctionnée par toutes les habitudes, par toutes les convenances sociales et mieux encore que tout cela, par la tendresse des parents »[850]. C'est la loi qui le considère ainsi, puisqu'elle permet au mari de disposer à cet effet des immeubles communs, dont elle possède virtuellement la moitié. D'ailleurs cette donation est soumise au contrôle de la justice et celle-ci prendra en considération les possibilités de retour de l'absence, l'importance de sa fortune, et le montant de la dot. Ainsi, la femme de l'individu absent, même pendant la période présomption d'absence, pourra doter son enfant commun, obliger la communauté, aliéner ou hypothéquer les biens qui la composent, avec l'autorisation de la justice dans la mesure où l'établissement des enfants communs constitue une véritable charge de la communauté. Par conséquent, la femme qui y pourvoit fait ce que le mari aurait dû faire, s'il avait été présent.

Le rôle de la mère en cas d'absence du père s'étend également à la gestion des biens de ses enfants et lui laisse une place particulièrement importante.

---

[848] *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et jurisprudence*, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1854, p. 399.
[849] François Laurent, *Principes de droit civil français, op.cit.*, p. 68.
[850] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op. cit.,* p. 461.

B. L'exercice de la puissance paternelle de la mère sur les biens de l'enfant

En matière d'exercice de la puissance paternelle de la mère sur les biens de l'enfant en cas d'absence du père, l'article 141 est formel et délègue à la mère tous les pouvoirs du père relatifs à l'administration des biens des enfants. Ici, c'est le droit du père qu'elle exerce et, par conséquent, sa gestion est libre et affranchie de la nécessité d'une autorisation. L'épouse exerce donc l'administration légale, et ce, dans les mêmes conditions que l'aurait fait son mari[851].

Le droit d'administrer les biens des enfants mineurs en cas de présomption d'absence du père de famille

Le père absent ne peut manifestement remplir la tâche d'administrateur que lui confie la loi. Il semble donc qu'en de telles circonsatnces il est naturel que la mère le remplace. Le législateur consacre cette solution dans l'article 141 du Code civil : « La mère exercera tous les droits du mari quant à l'administration des biens des enfants mineurs »[852]. Cette disposition ne peut laisser place au doute puisque la mère peut faire seule tous les actes d'administration au sens strict du mot dès lors que l'article 141 ne pose aucune condition, quant à cette administration.

Il s'ensuit qu'elle exercera cette administration légale des biens des enfants, d'une manière absolument identique à celle du père. Bien entendu, la mère ne saurait se livrer sur les biens des enfants, à des actes dépassant le cadre de l'administration légale, pour tous les actes d'aliénation, elle est soumise, exactement comme le père, au contrôle des tribunaux et doit obtenir l'autorisation de justice, dans les conditions prévues à l'article 389 du Code civil[853].

---

[851] Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de doctrine, Paris, Bureau de la jurisprudence, 1846, p. 124.
[852] *Ibid.,* p. 207.
[853] François Laurent, *Principes de droit civil*, *op.cit*., p. 393.

Dans le cas de l'absence, même avant la loi de 1938, l'incapacité de la femme mariée ne s'étend pas aux actes de gestion et n'existe d'ailleurs que dans ses rapports avec son mari ce qui la rend pleinement affranchie dès qu'il s'agit de remplir un mandat contractuel ou légal en vertu de l'article 1900 du Code civil[854].

Le droit de jouissance légale et l'usufruit légal conférés à la mère

En ce qui touche l'usufruit légal, lorsque l'absence est seulement présumée, le bénéfice est donc refusé à la mère dans la mesure où la jouissance légale n'est pas l'émolument de la puissance exercée, c'est un droit à part, régi par des règles particulières quant à sa constitution et à son extinction[855].

En somme, hors le cas de décès prouvé du mari, aucun texte n'attribue ce droit à la mère. Spécialement, l'article 141 ne parle que de l'administration des biens, et en conserve tous les droits de la personne disparue demeurent intacts : « Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère en aura la surveillance et elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens »[856].

Pour l'affirmative, quelques auteurs pensent toutefois que le droit de jouissance légale appartient également à la mère : « C'est, disent-ils, la récompense des peines et des soins qu'imposent l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens, et on ne saurait sans injustice, le refuser à la mère quand c'est sur elle que pèsent les obligations de la puissance paternelle. Ces derniers pensent que l'usufruit est une conséquence de cette administration et qu'il en est l'attribut et la prérogative ; la loi en déférant l'administration, accorde ainsi tacitement l'usufruit. Cette opinion a

[854] Voir articles. 217, 223, 1440, 1536, 1576.
[855] Marie-Joseph de Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, Clermont, Imprimerie Thébaud, 1845, p. 438.
[856] Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence, op.cit.,* p. 31.

cependant contre elle le texte de l'article 384, qui n'accorde qu'au père l'usufruit légal durant le mariage »[857].

Demolombe quant à lui pense que l'usufruit légal n'est pas une conséquence essentielle de cette administration des biens des enfants, qu'il en est tout au plus une conséquence naturelle et que dans une telle hypothèse, l'article 141 n'attribuant pas l'usufruit légal à la mère est conforme aux principes généraux de la présomption d'absence[858].

Ainsi, non seulement le texte n'accorde pas l'usufruit légal à la mère ; mais il le lui refuse implicitement par cela même qu'il ne lui défère que l'administration des biens. En effet, « il ne faut pas oublier ici, que le présumé absent ne perd rien encore, et qu'il conserve, au contraire, tous ses droits »[859]. À ce stade le père possède encore l'autorité paternelle et c'est dans sa personne encore que résident toujours l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens. Ce n'est qu'en son nom que la mère est chargée par la loi d'exercer ces droits. Ce n'est pas le droit propre et personnel de la mère qui s'ouvre. Demolombe précise encore que la mère exerce en cela : « un mandat, et ne peut pas dès lors réclamer, en son propre nom, la jouissance légale, qui n'a pas cessé d'appartenir au père »[860].

---

[857] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op. cit.* pp. 464-465.
[858] Charles Demolombe, *Traité de l'absence, op. cit.*, p. 465.
[859] *Ibid.,* p. 466.
[860] *Ibid.*, p. 466 : « Si l'absence est ensuite déclarée à ce moment, la présomption de mort produira, dans ce cas comme dans tous les cas son effet rétroactif ordinaire. Telle est aussi finalement l'opinion de Duranton, qui toutefois, dès avant la déclaration d'absence, accorde l'usufruit légal à la mère, sous condition seulement de restituer les fruits par elle perçus, si le mari reparait » ; Opinion à laquelle Demolombe rétorque « que la mère ne peut disposer de ces fruits pendant la première période, et que l'usufruit légal ne lui appartient alors que sous une sorte de condition suspensive, et non pas résolutoire comme l'enseigne Duranton. ».

§2 : Les droits octroyés à la mère après la déclaration d'absence

La distinction des périodes entre la présomption d'absence et la déclaration d'absence est principalement appliquée par la loi aux biens qui appartenaient à l'absent, à l'époque de ses dernières nouvelles. Il faut savoir que lorsque l'absence est déclarée, le père est présumé mort dès le jour de ses dernières nouvelles et aura aussi effectivement perdu, dès ce jour, l'autorité paternelle. La mère, en conséquence sera réputée l'avoir exercée comme un droit personnel[861].

Cependant, après la déclaration d'absence, doit-on entrer, à l'égard des enfants mineurs de l'absent, dans le droit commun des tutelles ? Les articles 141 et 143 ne sont-ils applicables que pendant la présomption d'absence ?

La doctrine est généralement d'accord pour reconnaitre qu'il y a lieu, après l'absence déclarée, de recourir au régime ordinaire de la tutelle, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 142, c'est-à-dire toutes les fois que l'un des deux parents, le père ou la mère, n'est plus là **(A)**.

Cela étant, on se divise dans l'hypothèse contraire sur le point de savoir si la déclaration d'absence doit apporter un changement quelconque dans l'exercice des pouvoirs de la mère **(B)**.

[861] Charles Demolombe, *Traité de l'absence, op. cit.*, p. 487.

A : Les débats autour de la nécessité d'ouvrir une tutelle en cas d'absence déclarée

L'absence compromet des intérêts nombreux, ceux de l'absent en première ligne, ceux de sa famille, ceux de toute personne ayant des droits subordonnés à la condition de son décès. Tant que la disparition est encore récente et le retour possible, sinon probable, il est pourvu aux nécessités de la situation pour ainsi dire au jour le jour. Lorsque le temps passe et que les années s'écoulent, la loi qui jusqu'alors avait évité de s'introduire dans ses affaires, se décide à intervenir plus efficacement, et organise un système d'ensemble face à la situation d'absence déclarée. Si la distinction entre la déclaration d'absence et la présomption d'absence ne se trouve pas expressément formulée dans la loi, elle résulte suffisamment de l'énoncé des articles 141 à 143.

Au sein de l'article 141 on constate que la loi n'a pas entendu disposer que pour le cas où le père est présumé absent, mais il suffit de le rapprocher de l'article 142, pour comprendre que toutes les mesures ordonnées par le chapitre IV du titre des « Absents » ont un caractère provisoire puisque les mots de l'article 142 précisent que cela a lieu « avant que l'absence ait été déclarée », et la rubrique « de la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu ».

Les mots « disparition », « disparu », « surveillance provisoire », semblent bien caractériser une mesure provisoire et se rencontrent encore dans les articles 141-143. Demolombe révèle également « qu'il y a bien plus encore et que l'on trouve dans l'article 142 un membre de phrase qui suppose très explicitement que les mesures déterminées par cet article ne sont applicables que pendant la première période »[862]. En effet, l'article 142 prévoit que « Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence

[862] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op.cit.*, p. 488.

du père ait été déclarée, la surveillance des enfants sera déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches ou, à leur défaut, à un tuteur provisoire »[863].

Ainsi, l'article 142 se restreint lui-même à la présomption d'absence et par conséquent après l'absence déclarée, il n'est plus applicable. Demolombe conclut en disant que « ce membre de phrase n'a aucune espèce de sens, ou qu'il témoigne nécessairement la volonté de se référer, après la première période, au droit commun des tutelles et cette conclusion était réclamée par le principe »[864].

En effet, lorsque le retour de l'absent parait bien aléatoire, les personnes intéressées peuvent introduire un pourvoi devant le tribunal de première instance afin d'obtenir du tribunal civil, un jugement de déclaration d'absence. Dorénavant, la mort du père est présumée et la condition de la mère devient peu à peu celle de la mère survivante. Le jugement qui déclare l'absence vient alors apporter des modifications assez importantes à la situation que nous venons d'exposer en cas de présomption d'absence. La mère présente doit en conséquence être traitée comme la mère survivante.

En ce sens, les auteurs sont généralement d'accord pour reconnaitre qu'il y a lieu, après l'absence déclarée, de recouvrir au régime ordinaire de la tutelle dans tous les cas auxquels s'applique l'article 142, c'est-à-dire toutes les fois où le père n'est plus là. La femme présente, sauf exception, devient donc tutrice de ses enfants, et, en cette qualité, elle a sur ses enfants tous les droits qui lui sont confiés au titre de la tutelle[865].

---

[863] Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, *op.cit.,* p. 426.
[864] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op.cit*., p. 457.
[865] Henri Tagant, *De la condition de la mère en droit romain, de la participation de la mère à la puissance paternelle*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1878, p. 119.

Comment sera donc réglée la condition de la mère après la déclaration de l'absence ? La déclaration d'absence fait, à certains égards, prévaloir la présomption de décès, et établit une situation presque semblable à celle d'une succession déjà ouverte. Or de là, résulte la nécessité d'organiser aussi, dans l'intérêt des enfants, le même pouvoir, qui serait chargé de veiller sur leur personne et sur leurs biens, si le décès du père était en effet prouvé[866]. Une fois l'absence déclarée : « il faut prendre à titre provisoire toutes les mesures qui seraient définitives, si la mort du père était certaine. L'ouverture de la tutelle par la déclaration d'absence n'est guère douteuse »[867].

Cependant, Demolombe se demande si cette solution est absolue et applicable à tous les actes ? On peut citer en faveur de cette opinion des auteurs comme Proudhon, Demolombe, Delvincourt ou encore Aubry et Rau. Telle semble être la règle, pourtant certains auteurs comme Planiol s'y opposent en justifiant que : « l'absence n'ouvre jamais la tutelle, car la puissance paternelle subsiste au profit de l'époux présent »[868]. Duranton était déjà de cet avis, pour lui l'article 141 continue d'être applicable, après la déclaration d'absence, comme il l'est lors de la présomption d'absence[869]. De Plasman s'exprime en ces termes: « Je n'hésite pas à soutenir que lorsque l'un des deux époux est présumé absent, ou même absent déclaré, l'époux présent n'est pas tuteur, il y a administration, mais non tutelle »[870].

Telle est la législation en matière d'absence présumée, il en va tout autrement en matière de puissance paternelle dès lors que l'absence est déclarée.

---

[866] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op.cit.,* p. 463.
[867] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.*, p. 203.
[868] Marcel Planiol et Georges Ripert *: Traité du droit civil*, t.1, *op. cit.*, n°475 : Planiol lui s'oppose à l'ouverture de la tutelle car selon lui, la puissance paternelle subsiste au profit de l'époux présent.
[869] Alexandre Duranton, *Cours de droit civil français suivant le Code français*, t.8, Bruxelles, Ad. Walhen et Cie, 1841 t.1 p. 317.
[870] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants en l'absence de séparation de corps*, *op. cit.*, p. 82.

B : L'exercice de la puissance paternelle de la mère sur la personne et sur les biens de l'enfant en cas d'absence déclarée

Lorsque l'absence du père est déclarée, en ce qui concerne la personne de l'enfant la disposition de l'article 141 peut être appliquée. Exerçant les droits du père quant à la surveillance des enfants, la mère exerce par conséquent la puissance paternelle, mais comme elle l'exercerait si cette puissance résidait absolument dans sa main par la mort du père.

D'après cela, elle pourra bien faire détenir l'enfant qui lui donnera de graves sujets de mécontentement, mais elle devra cependant le faire avec le concours des deux plus proches parents paternels en vertu de l'article 381 du Code civil[871].

Les effets de la déclaration d'absence quant aux enfants mineurs

Dans tous les cas qu'il prévoit, le législateur, s'occupe uniquement de la surveillance des enfants dont les parents sont seulement en situation de présomption d'absence mais qu'en est-il de la législation lorsque l'absence est déclarée ?

La législation sur l'absence laisse supposer que lorsque l'absence est déclarée, il faut appliquer ce qui se ferait si la mort de l'absent était certaine. Dès lors, on peut s'interroger sur la possibilité d'organiser provisoirement la tutelle des enfants comme si l'absent était effectivement décédé, et d'appliquer toutes les règles tracées au titre de la tutelle ? On peut se demander si l'administration légale continue pour la mère ou si c'est une tutelle qui s'ouvre à son profit. Pendant la première période, le père

[871] *Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845*, L'histoire de la législation, et la doctrine des auteurs, Paris, Plon Frères, 1845, p. 21.

est présumé vivant ; son retour est attendu à tout instant, il est donc raisonnable de conserver provisoirement le mode d'administration préexistant[872].

Tout d'abord il faut savoir que lorsque l'absent laisse derrière lui un conjoint avec lequel il était commun en bien, c'est en vertu de l'article 141 que le conjoint présent opte pour la dissolution de la communauté et que la déclaration d'absence va produire tous ses effets et la tutelle sera ouverte. Le conjoint présent aura dès lors la surveillance et l'administration en qualité de tuteur, ce qui rend applicables toutes les règles établies par la tutelle[873].

Au contraire, comme le précise Jacques Marie Boileux : « la déclaration d'absence fait prévaloir la présomption de décès du père ; son retour n'est plus que faiblement attendu ; on ne peut donc justement priver plus longtemps les mineurs des garanties ordinaires de la tutelle, alors que la situation est presque semblable à celle d'une succession déjà ouverte. Par conséquent, après l'absence déclarée, la tutelle provisoire commence avec toutes ses conséquences. La mère exerce la puissance paternelle et la jouissance légale est une dépendance de cette puissance »[874].

Toutefois, une seconde hypothèse est à prévoir, celle de la continuation provisoire de la communauté qui empêche la prédominance de la présomption de mort. Aux termes de l'article 124 du Code civil, l'époux présent peut par suite de cette continuation s'opposer à l'envoi en possession provisoire, et à l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Il peut de plus conserver par préférence l'administration des biens de l'absent[875]. La tutelle et ses garanties apparaissent moins utiles puisque l'enfant n'a pas à recueillir la succession de son

---

[872] Antoine de Saint-Joseph, *Concordance des codes civils étrangers et Code Napoléon*, vol. 4, Paris, Cotillon, p. 327.
[873] *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit de gens et de droit* public, t.2, Paris, Bureau de la jurisprudence générale du Royaume, 1846, p. 125.
[874] Jacques Marie Boileux, *Commentaire sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1842, p. 110.
[875] Jean-Joseph-François Rolland de Villargues, *Répertoire de la jurisprudence au notariat*, Paris, Jurisprudence du notariat, 1840 , p. 52.

père, on ne saurait donc sur ce point édicter les mêmes règles qu'en cas de décès du père. La continuation de la communauté suppose l'existence de l'absent, et la tutelle suppose au contraire son décès[876]. Dans ce cas-là organiser une tutelle ne serait pas nécessaire vu l'effet de la continuation de la communauté, la part des biens communs appartenant à l'absent n'est pas liquidée et continue à faire une masse indivise, avec la totalité des biens communs, que la mère peut administrer.

En conséquence, si la communauté est maintenue la mère conservera jusqu'au retour de l'absent ou jusqu'à a son décès prouvé, ou encore jusqu'à l'envoi en possession définitif, les pouvoirs délégués. D'autres auteurs, comme Demolombe, sans méconnaitre que l'utilité de la tutelle se fait beaucoup moins sentir lorsque l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, estiment cependant qu'il faut toujours protéger les droits éventuels des enfants[877]. La communauté certes continue : « mais elle sera rétroactivement dissoute, à partir du jour des dernières nouvelles de l'absent. Si au contraire, la communauté est provisoirement dissoute, il faudra procéder à l'organisation d'une tutelle, qui sera légitime ou dative suivant les distinctions ordinaires, et la mère exercera les pouvoirs attribués à la veuve non remariée. D'autres juristes proposent une solution transactionnelle et admettent la tutelle, en cas de continuation de la communauté, lorsque l'enfant a des biens personnels, qui ont besoin d'être protégés »[878].

Quoiqu'il advienne, qu'il y ait ou non tutelle, la mère conservera toujours l'administration de la masse des biens communs, dont elle a demandé la continuation. En ce qui concerne les biens personnels de l'enfant, il parait utile de les faire bénéficier de toutes les garanties qu'amène l'organisation de la tutelle. En ce qui concerne la jouissance légale, les auteurs semblent à peu près d'accord pour l'accorder à la mère, à partir de la déclaration d'absence. Aux termes de l'article 384

[876] Charles Demolombe, *Cours de Code civil*, *op.cit.*, p. 334.
[877] Charles Demolombe. *Traité de l'absence*, *op. cit.*, p. 490.
[878] Marcel Rougé de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français op. cit.*, p. 211.

du Code civil, la jouissance légale des biens de l'enfant appartient au survivant des père et mère, la déclaration entraine une présomption de décès qui permet d'attribuer sans difficulté à la mère l'usufruit des biens de l'enfant. Il ne semble pas que les auteurs examinent sur ce point, comme ils l'ont fait précédemment en matière de tutelle : « le plus ou moins de force de cette présomption de mort, selon que la mère opte ou non pour la continuation de la communauté »[879].

Certains auteurs vont même jusqu'à accorder à la mère le droit d'usufruit des biens de l'enfant, non seulement à partir du jour de la déclaration d'absence, mais à partir des dernières nouvelles de l'absent et cela de manière rétroactive[880].

C. Les propositions de réforme du Code civil en matière d'absence

En raison de la trop grande complexité liée à la législation sur la présomption d'absence et la déclaration d'absence, des propositions de réforme du Code civil en matière d'absence ont vu le jour.

Les travaux de la Commission de réforme du Code civil

Plusieurs propositions de réforme sont élaborées pour modifier les textes sur l'absence depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. En premier lieu, l'avant-projet de Code civil, établi par la Commission de réforme du Code civil et présenté au garde des Sceaux le 20 décembre 1953, comporte un chapitre sur l'absence. En effet, dans son exposé des motifs, la Commission précisait qu'elle avait entendu poursuivre l'œuvre des rédacteurs d'un précédent projet « élaboré en 1944 par le Conseil d'État, en même temps que les dispositions de l'ordonnance du 30 octobre 1945 modifiant

[879] Claude Etienne Delvincourt, *Cours de Code civil*, vol.1, Paris, Videcoq, 1834, p. 85.
[880] Thérèse Traizet, *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants en l'absence de séparation de corps*, *op. cit.*, p. 84.

les articles 87 et suivants du Code civil relatifs aux présomptions de décès et aux déclarations judiciaires de décès »[881].

Le texte proposé par la Commission de réforme visait à apporter des simplifications au régime de l'absence. Dans cette perspective, il est envisagé de faciliter la gestion des biens de l'absent ou du présumé absent et de mettre fin, dans un délai raisonnable, à la situation incertaine découlant de l'absence d'une personne passant de quatre ans ou dix ans à deux ans pour la durée de présomption d'absence. Ce texte est demeuré à l'état de projet, mais n'en constitue pas moins une étape importante sur le chemin d'une réforme que les auteurs de l'avant-projet de code civil estimaient nécessaire pour actualiser des dispositions comptant, de l'avis général, parmi les plus « vieillies » du Code civil[882].

Par conséquent, toutes les réformes entreprises depuis 1964 pour rénover les dispositions du Code civil sur la tutelle, les incapables majeurs, la filiation, l'âge de la majorité ou encore le divorce devaient inéluctablement conduire à une refonte du titre IV du livre 1er relatif aux absents. Déjà, les modifications apportées par les ordonnances du 30 octobre 1945 et du 23 aout 1958 à la procédure de déclaration judiciaire de décès laissaient apparaitre une différence entre les nouvelles règles dans un domaine très voisin et les impératifs auxquels demeuraient soumis ceux qui ne pouvaient que solliciter un jugement déclaratif d'absence. Puis il s'est avéré indispensable de mettre en harmonie les textes spécifiques à l'absence avec d'autres dispositions législatives récentes et c'est dans ce contexte général que la loi n°74-1447 du 28 décembre 1977 a été finalement élaborée[883].

---

[881] *Avant projet de Code civil présenté à Monsieur le garde des Sceaux*, livre 2, Sirey, 1955, p. 96.
[882] *Avant-projet de la Commission de réforme du Code civil*, Paris, Sirey, 1955 p. 91.
[883] Jean Bernard de Saint Affrique, « La réforme de l'absence », in *Répertoire du notariat Defrénois*, p. 19 : « En présence de cet ensemble de dispositions, qui permettent de résoudre les difficultés provoquées par l'absence, il s'est avéré inutile d'en prévoir d'autres lors de d'élaboration de la loi du 28 décembre 1977, il a semblé en effet, qu'une pluralité de textes ne serait en la matière qu'une source de complications, et qu'il était préférable de s'en tenir aux règles générales déjà en vigueur ».

Enfin, la situation des enfants mineurs du présumé absent va être modifiée par les dispositions générales du Code civil relatives à l'autorité parentale et à la minorité. C'est ainsi, qu'après la loi du 4 juin 1970, l'article 373-1 prévoit que le père perd l'exercice de l'autorité parentale ou qu'il en est provisoirement privé, s'il se trouve hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son absence ou de son éloignement. Par voie de conséquence, l'article 389-2-1 place l'enfant sous le régime de l'administration légale avec contrôle du juge des tutelles lorsqu'un seul de ses parents se trouve dans la situation prévue à l'article 373-1[884].

Les modifications apportées par les lois du 23 juillet 1942 et du 22 septembre 1942

Les lois du 18 février 1938, du 23 juillet 1942 et 22 septembre 1942 vont créer un système ayant un caractère définitif et de portée générale qui permettra d'aplanir les doutes en matière d'absence.

En effet, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 13, la loi du 18 février 1938 prévoit que « La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari : 1° dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté et de séparation de corps ; 2° lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine. »

La loi du 23 juillet 1942 sur l'abandon de famille va également trancher la question en modifiant l'alinéa 3 de l'article 373 du Code en précisant que la puissance paternelle passe à la mère quand le père a perdu la qualité de chef de famille, c'est-à-dire quand il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause: « Cette autorité appartient au père et à la mère. Durant le mariage, elle est exercée

[884] Annales parlementaires : *documents France Parlement*, Paris, Imprimerie des journaux officiels, 1971, p. 892.

par le père en sa qualité de chef. Sauf décision décision contraire du tribunal civil de la résidence de la mère, qui statuera en chambre du conseil, sur requête du ministère public, conformément aux articles 4 à 9 de la loi du 24 juillet 1889, cette autorité est exercée par la mère : (…) 3° Dans le cas où le père n'a plus la qualité de chef de famille, c'est-à-dire lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause »[885].

Enfin, la loi du 22 septembre 1942 précise les circonstances dans lesquelles s'opère cette substitution de la femme au mari dans la direction de la famille dès que le mari ne peut plus exercer ses droits de chef de famille pour que la femme soit normalement appelée à le suppléer dans ses pouvoirs normaux[886]. Le nouvel article 373 vise ainsi les cas dans lesquels la puissance paternelle est exercée par la mère, parmi ces cas énoncés, il y a, outre celui de l'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté, celui où il a été déchu en tout ou partie de la puissance paternelle, celui où il a abandonné cette puissance en vertu de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889, et celui enfin ou il a été condamné pour abandon de famille[887].

Autre affirmation nouvelle apportée par la loi du 22 septembre 1942 et qui avait été omise par le législateur de 1938 et qui se retrouve désormais au sein du nouvel article 213 : « La femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause ».

---

[885] Marcel Nast, « Commentaire de la loi du 23 juillet 1942 », *Dalloz*, 1943, p 23 et s.

[886] Cependant, en l'absence de toute disposition formelle en ce sens, on doit admettre que la perte de la puissance paternelle n'emporte pas par elle-même perte de la qualité de chef de famille. Le mari déchu a toujours qualité pour fixer le domicile du ménage ou pour s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession séparée, sauf bien entendu le recours de la femme devant le juge.

[887] Henry Solus, *Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942*, RTDC, 1943, p. 86, n°8.

Force est de constater que ces nouvelles dispositions marquent de façon catégorique l'aptitude de la femme à tenir à égalité le rôle qui incombait normalement au mari, ce qui sera également appliqué lorsque le père est interdit.

Il s'agit désormais d'étudier la condition de la mère dans les cas où l'autorité est enlevée au père soit provisoirement soit définitivement afin de constater que cette situation relève d'une législation tout à fait analogue à celle de l'absence.

§3. Une législation analogue à la présomption d'absence : l'interdiction du père

En matière d'absence, différentes constructions doctrinales sont venues combler d'une manière plus ou moins uniforme les imprécisions des textes du Code civil. En revanche, concernant l'interdiction du père, l'œuvre de la doctrine a dû suppléer à la carence totale des textes. En effet, il n'y a point d'article du Code qui ait prévu particulièrement cette situation, relativement à l'exercice de la puissance paternelle **(A)**.

Lorsque le père est absent, le Code transfère à la mère l'exercice de la puissance paternelle, de ce fait, l'analogie des situations a fait adopter la même solution s'il est interdit **(B)**.

A. L'exercice de la puissance paternelle de la mère en cas d'interdiction judiciaire du père

En cas d'interdiction judiciaire du père, la mère a la garde, l'éducation des enfants et peut les habiliter aux actes importants dont nous avons donné ailleurs l'énumération, sauf toujours l'intervention des tribunaux chargés de protéger les droits du père contre des atteintes que n'exigerait pas impérieusement l'intérêt des enfants. Quant aux biens, la mère n'aura pas l'usufruit légal pour les motifs que nous avons donnés plus haut : l'émolument continuera à en appartenir au père interdit[888].

Sur la personne de l'enfant

Lorsque le père présente des troubles mentaux, la mère peut demander son interdiction en vertu de l'article 490 du Code civil : « Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre »[889].

Le jugement d'interdiction va alors entrainer la mise en tutelle de l'interdit. Si le mari est de plein droit le tuteur de sa femme, la femme quant à elle, peut être nommée tutrice de son mari. Dans ce cas, le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration. Lorsque la mère de famille devient tutrice du père de famille, elle exerce sur les enfants les droits que confère la puissance paternelle et elle administre le patrimoine du mari, et celui des enfants, avec la seule obligation d'employer la majeure partie des revenus de l'interdit à améliorer son sort[890].

Par ailleurs, il se peut également que la tutelle du mari soit confiée à une tierce personne. Dans ce cas, la mère n'en exerce pas moins la puissance paternelle, et on

---

[888] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit.*, p. 263.
[889] Charles Demolombe, *Cours de Code civil*, vol. 4, Bruxelles, Stienon, 1852, p. 349.
[890] Jeulet et D'auvilliers, *Les Codes français*, Paris, Journal du Palais, 1843, p. 84.

lui accorde les mêmes pouvoirs qu'en cas d'absence du mari et les difficultés invoquées en matière de consentement au mariage, de droit de correction ou encore d'émancipation sont les mêmes. Ainsi, on reconnaitra facilement qu'en cas d'interdiction judiciaire du père, la mère a la garde et l'éducation des enfants[891].

Sur les biens de l'enfant

La mère n'aura pas l'usufruit légal et l'émolument continuera à en appartenir au père lorsqu'il est en situation d'interdiction. Quant à l'administration des biens des enfants, c'est l'administration légale du mari qui passe à la femme et comme l'explique Ludovic Beauchet : « il n'y a aucune difficulté si la femme est nommée tutrice de son mari »[892].

Par ailleurs, dans le cas où la tutelle du mari serait confiée à un étranger, on a voulu accorder à celui-ci l'administration légale et la mère, en vertu de son droit d'administration, pourra faire de son côté, tous les actes nécessaires par la gestion qui seront en dehors de la jouissance légale comme l'indique les articles 507, 511, 509 du Code civil »[893].

Par ailleurs, en dehors des cas d'interdiction judiciaire, le père de famille peut également être frappé d'une interdiction légale ce qui modifiera de toute évidence l'exercice de la puissance paternelle.

---

[891] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op. cit.*, p. 263.
[892] *Ibid.,* p. 263.
[893] *Ibid.,* p. 264 : « les mêmes solutions seront appliquées au cas d'administration du père non interdit dans un établissement public ou privé d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838. L'incapacité du père est la même que dans le cas d'interdiction. La mère sera donc autorisée à prendre en main l'exercice de la puissance paternelle, et la preuve de l'empêchement légal de son mari résultera du certificat constatant son internement ».

B. L'exercice de la puissance paternelle de la mère en cas d'interdiction légale du père

Dans son analyse sur l'interdiction légale, Ludovic Beauchet explique qu' : « en même temps qu'elle est une peine, l'interdiction légale est aussi une mesure de protection pour le condamné, hors d'état pendant la durée de sa peine de pourvoir à l'administration de ses biens (…) Or, si les effets de l'interdiction légale ne se rapportent qu'à l'administration des biens du condamné, le père conserve donc intacte son autorité »[894].

L'internement du père

Lorsque le père est simplement interné dans un asile d'aliénés, sans avoir été interdit, il se retrouve dans l'impossibilité totale de s'occuper moralement et matériellement de l'enfant. Dès lors, ses biens sont gérés par un administrateur provisoire. Par conséquent, les mêmes solutions doivent être appliquées en cas d'admission du père non interdit dans un établissement public ou privé d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838 puisque l'incapacité du père est la même que dans les cas d'interdiction.

Face à de telles situations, la mère sera autorisée à prendre en main l'exercice de la puissance paternelle : « la preuve de l'empêchement légal de son mari résultera du certificat constatant son internement »[895]. En revanche, lorsque le père est aliéné,

[894] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op. cit.*, p. 265 : « Toutefois, le père incarcéré étant dans l'impossibilité matérielle d'exercer son pouvoir, la mère le recueillera en fait, mais seulement comme subrogée de son mari et sans pouvoir ne se prévaloir d'aucun droit en son propre nom. Il faut ainsi prendre pour référence les cas d'absence et d'interdiction judiciaire puisque l'exercice de la jouissance paternelle pare la mère sera soumise aux mêmes règles pendant la durée de l'interdiction légale du père ».

[895] *Ibid.*, pp. 263-264.

mais n'est ni interdit ni interné, il était dès lors difficile de confier à la mère l'exercice de la puissance paternelle.

Par ailleurs, il faut aussi envisager le fait que le père puisse être détenu en prison sans se trouver en état d'interdiction légale, dès lors, la mère exercera de fait la puissance paternelle et devra pourvoir à l'éducation des enfants. Mais l'autorité continuant de résider intacte dans la personne du père : « la femme sera sans droit pour autoriser les actes importants pour lesquels la loi réclame l'autorisation du père. Toutefois, si l'intérêt des enfants peut être compromis, la mère peut recourir aux tribunaux à qui il appartiendrait d'ordonner les mesures les plus propres à concilier les droits du père et l'intérêt de l'enfant »[896].

La mère occupera une place particulièrement importante également lorsque le père sera mobilisé et devra donc substituer l'absence du père qui se trouve au front.

[896] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit.,* p. 266.

Section 2. Le transfert de la puissance paternelle à la mère sur les enfants d'un mobilisé

« L'incertitude sur l'existence d'une personne qui a disparu ne peut plus se prolonger, aujourd'hui, aussi longtemps qu'à l'époque où fut promulgué le Code civil : il est donc nécessaire de mettre la législation en harmonie avec la réalité des faits »

Théophile Huc[897]

Les solutions apportées en matière d'absence ne répondent plus aux impératifs d'une nouvelle époque, celle du XX^e siècle, où les situations évoluent beaucoup plus rapidement qu'autrefois. Aussi, depuis la Première et la Seconde Guerre mondiale, la législation sur l'absence a fait l'objet de critiques, tant de la part de particuliers que de parlementaires[898]. À cet égard, la jurisprudence révèle qu'il peut toujours y avoir des absents, que ceux-ci risquent de réapparaître après une longue période de disparition et qu'il ne faut pas, en conséquence, laisser de telles situations dépourvues de solution juridique[899].

De toute évidence, il fallait rénover la législation sur l'absence pour l'adapter aux impératifs du monde moderne, notamment à la situation du transfert de la puissance paternelle à la mère sur les enfants des mobilisés. En effet, face aux circonstances de guerre, des lois et des décrets se succèdent depuis le début des hostilités pour protéger les droits des citoyens. Un nombre considérable de pères de

[897] Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t.2 et 3, Paris, Librairie Cotillon, 1893.
[898] Question écrite du 27 juin 1973, de Cazenave, député, *J. O.* du 15 septembre 1973, Déb. Ass.nat., p. 3762.
[899] Amiens, 7 octobre 1974, D. 1975, som. p. 22.

famille, touchés par l'appel sous les drapeaux vont abandonner leurs foyers, pour rejoindre leurs corps.

Ces derniers partent alors sans faire ce que l'on peut appeler le règlement de leurs affaires, sans laisser aucune procuration à leurs épouses. Une guerre de quelques mois, croyaient-ils, ne pouvait influer sur la vie générale de la nation et des familles.

Lorsque le mari part au front et que la femme est dépourvue de toute procuration, peut-elle administrer les biens de la société conjugale ? La mère peut-elle en présence des dispositions de l'article 373 du Code civil, continuer l'éducation des enfants privés de leur père ? Peut-elle prendre la défense de leurs biens ? En somme, comment le remplacement par la femme du chef de famille mobilisé est-il possible [900] ?

La loi du 3 juillet 1915 va venir mettre en place la règlementation de l'exercice de la puissance paternelle de la mère en temps de guerre **(§1)** afin de répondre aux exigences familiales de cette époque **(§2)**.

[900] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef mobilisé*, thèse de doctorat, Droit, Université de Dijon, 1918, p. 4.

§1. La mise en place d'une loi sur l'exercice de la puissance paternelle de la mère en temps de guerre

Malgré l'existence très ancienne des guerres Pierre Planchard explique que les questions en matière familiale ne paraissaient jamais s'être posées dans l'histoire avec la même acuité qu'au début de la Première Guerre mondiale[901]. Au commencement de cette guerre, le remplacement par la femme du chef de famille mobilisé semble compliqué par la codification, qui, en vue de leur unification de toutes les règles de droit, a eu pour résultat de fixer les conditions d'application des principes de la puissance paternelle et de la puissance maritale en cas d'absence du mari, mais non celle de la situation du mobilisé **(A)**. Pourtant, conformément à sa situation d'associée du mari, l'épouse semble toute désignée pour remplacer celui-ci dans l'accomplissement de ses diverses fonctions. Afin d'éviter qu'une telle situation ait pour conséquence la saisie de plusieurs tribunaux de demandes d'autorisation de femmes mariées dont les maris sont mobilisés, Briand, le garde des Sceaux, accompagné de plusieurs députés vont découvrir simultanément l'urgence d'une intervention législative à ce point de vue **(B)**.

A. L'insuffisance des règles de droit commun relatives à la situation de la mère de famille en temps de guerre

C'est surtout à la suite des guerres, dit Beudant, que les cas d'absence se produisent : « Les hasards de la vie des camps exposent davantage aux disparitions inexpliquées. Des soldats qui sont portés comme disparus, les uns sont morts sans que leur identité ait été constatée et l'acte de décès dressé ; les autres, arrêtés par la maladie ou par toute autre cause, se fixent ensuite là où ils ont été recueillis ; d'autres, enfin, sont des déserteurs et se fixent, soit à l'étranger, soit en France, loin de leur domicile. Autant de cas d'absence dont le Code civil prolonge l'incertitude lorsqu'il

[901] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef mobilisé*, *op.cit.*, p. 4.

s'agit de cas isolés d'absence résultant de faits ou de cause inconnus. Dans toutes guerres, des militaires et même des civils pris dans les mouvements des armées disparaissent, sans que le décès de ces disparus puisse être régulièrement constaté »[902]. Mais leur nombre a été si grand pendant la guerre de 1914, à cause du chiffre des combattants et de la puissance des moyens de destruction employés, que le législateur a dû modifier pour eux le droit commun.

Initialement, la femme ne peut prendre la place du père mobilisé. En effet, aucune disposition légale en dehors de l'article 141 du Code civil ne charge la mère de l'éducation des enfants lorsque le père se montre digne d'exercer la puissance paternelle. Or cette disposition qui concerne l'absence est insuffisante pendant la guerre dans la mesure où il est évident que les mobilisés ne peuvent pas tous être considérés comme des absents. Les femmes de mobilisés se trouvent alors interdites d'user des dispositions légales qui constituent l'exercice de la puissance paternelle alors que l'intérêt des enfants peut l'exiger et que le mari se trouve dans l'impossibilité de s'occuper de sa famille.

La procédure complexe et la longue échéance de l'absence telle qu'elle est règlementée par le titre IV du livre 1er du Code civil ne se justifie plus lorsque la disparition se rattache à des opérations de guerre. C'est pour ce même motif qu'une loi intervenue le 13 janvier 1817, remis en vigueur en 1871, et destinée à régler la situation des Français disparus au cours des guerres de la République et de l'Empire et en 1870-1871 avait déjà apporté des modifications notables au régime du droit commun de l'absence au point de vue de la simplification de la procédure et de la réduction des délais[903].

Lors de la Première Guerre mondiale, il a paru nécessaire de s'inspirer des mêmes principes et de simplifier encore les règles posées par les lois antérieures.

---

[902]Charles Beudant, *Cours de droit civil français, op. cit.*, p. 296.

[903] Victor Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, *op.cit.* p. 397.

Ainsi, cette carence législative va être comblée par la loi du 3 juillet 1915 pour remédier aux difficultés que peuvent rencontrer les femmes de mobilisés dans la gestion des affaires familiales.

B. L'élaboration de la loi du 3 juillet 1915 fondée sur l'influence des régimes de guerre antérieurs

Au début des hostilités de la Première Guerre mondiale, Briand, alors ministre de la Justice dépose, le 18 mars 1915, au bureau du Sénat, un projet de loi « visant à modifier pendant la durée de la guerre des dispositions légales relatives à l'autorisation des femmes mariées en justice et à l'exercice de la puissance paternelle »[904].

Le lendemain, le 19 mars, Paul Meunier remet au bureau de la Chambre une proposition de loi « tendant à modifier en cas de mobilisation générale les formalités légales : 1° pour l'autorisation des femmes mariées à l'effet de contracter ou d'ester en justice ; 2° pour l'exercice de la puissance paternelle ; 3° pour l'émancipation des enfants »[905]. Le projet, comprend trois articles, qui seront renvoyés pour étude à la Commission de législation civile et criminelle, nommée par le Sénat le 13 mai 1890 en vue de l'examen des propositions de loi relatives aux droits civils des femmes.

Le 25 mars 1915[906], le sénateur de la Dordogne Ernest Guillier remet au bureau de la Haute Assemblée un rapport au nom de la Commission sénatoriale, rapport approuvant sans réserve l'initiative du Garde des Sceaux, et le 1er avril le projet gouvernemental est adopté par le Sénat[907].

---

[904] *Documents parlementaires Sénat,* 1915, annexe n°96.
[905] *Documents parlementaires Chambre,* 1915, annexe n°767.
[906] *Documents parlementaires Sénat*, 1915, annexe n°118.
[907] *Débats parlementaires Sénat,* 1915, page 166.

Le lendemain, le 2 avril, Briand saisit la Chambre des trois articles qui avaient été votés par le Sénat, et ceux-ci, après avis favorable des députés, sont renvoyés à la Commission de législation civile et criminelle[908].

La proposition de loi est à peu près la reproduction du décret des 14 décembre 1870 et du 20 janvier 1871, pris par le ministre de la Justice lors du précédent conflit franco-allemand et qui modifiait pendant la durée de la guerre les formalités légales pour l'autorisation des femmes mariées en justice ; l'exercice de la puissance paternelle et l'émancipation des enfants[909] et dont les articles 1, 2, 3 et 4 sont en tous points identiques [910].

Cependant, cette proposition de loi est désormais plus longue que le projet gouvernemental, en raison du soin qu'elle accorde à la détermination des tribunaux compétents ratione personae pour relever la femme de son incapacité et lui permettre d'exercer les droits de la puissance paternelle, d'émanciper l'enfant quand elle est veuve ou n'est pas en « puissance de mari » pour diriger les tutelles ou les curatelles. Il faut dès lors soulignet que la loi du 6 février 1915, avait déjà prévu le cas où un demandeur, et d'abord la femme mariée ne pouvait par suite de guerre, communiquer avec les tribunaux de son domicile au sein de son article 3, alinéa 1er : « Si à raison de l'interruption des communications, une demande ne peut en matière de juridiction gracieuse et notamment pour l'autorisation et l'approbation d'actes intéressants les femmes mariées et les mineurs, peuvent être portée devant le tribunal ou le président du tribunal compétent pourra en connaitre d'après la législation en vigueur, elle sera valablement soumise au tribunal ou au président du tribunal de la résidence de l'intéressé »[911].

---

[908] *Débat parlementaire, Chambre,* 1915, page 552.
[909] *Bulletin des lois de la délégation du Gouvernement de la défense nationale hors de Paris. République Française*, XIIème série, Tours et Bordeaux, du 12 septembre 1870 au 18 février 1871, Imprimerie Nationale, Versailles, Juin 1871.
[910] *Documents parlementaires de la Chambre*, 1915, annexe n°767.
[911] Journal officiel du 7 février 1915.

Après une assez longue discussion entre le garde des Sceaux et le député d'Eure-et-Loir Maurice Violette, le projet gouvernemental devient ainsi la loi du 3 juillet 1915 dont les articles sont les suivants[912] :

Article premier- La femme mariée qui sera dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale par suite de la guerre se pourvoira de l'autorisation de justice conformément à l'article 863 du code de procédure civile.

Article 2.-La mère exercera provisoirement la puissance paternelle à défaut du père empêché par la cause ci-dessus énoncée.

Article 3.- La présente loi sera applicable que dans les cas d'urgence reconnus par la justice[913].

Il s'agit dès lors d'envisager l'application de ces articles à la situation de la mère à l'égard des enfants du mobilisé.

[912] Débats parlementaires de la Chambre 1915, p. 1032.
[913] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef mobilisé*, *op.cit*., p.18 : Source du *J.O* du 4 juillet 1915.

§2 : L'application de la loi du 3 juillet 1915

La loi du 3 juillet 1915 s'applique dès la déclaration de guerre, puisque la guerre existe tant qu'un traité de paix n'a pas été signé ou tant que l'un des adversaires n'a pas été amené à capituler **(A)**. Il est évident que durant le temps qui suit la conclusion de la paix, cette loi doit demeurer applicable puisqu'aucun article ne fixe à ce moment la cessation de validité de cette disposition nouvelle. Le texte emploie en effet cette expression « par suite de la guerre » et non pas « pendant la durée de la guerre ».

En effet, ce n'est pas au lendemain du traité de paix que les mobilisés pourront retourner chez eux et seront en mesure d'autoriser leurs femmes ou d'exercer la puissance paternelle puisque la démobilisation de l'armée actuelle peut être longue. Aussi, parait-il normal que la loi du 3 juillet 1915 persiste même après la guerre, tant que le chef de famille ne sera pas de retour au foyer et moyennant les mêmes conditions qu'avant la conclusion de la paix **(B)**.

A. Les conditions d'applications de la loi du 3 juillet 1915

Depuis la loi du 3 juillet 1915, en matière d'éducation et de défense des intérêts de l'enfant, la femme peut remplacer le chef de famille de plein droit s'il a disparu dès lors qu'elle aura obtenu une autorisation de justice. En effet, les juges doivent au préalable constater l'impossibilité pour le père d'avoir des relations fréquentes avec ses enfants et l'urgence à ce que la mère exerce, immédiatement ou dans un très bref délai, les attributs de la puissance paternelle.

La loi nouvelle va précisément déterminer les droits et les devoirs de la femme du mobilisé à l'égard de la personne et des biens des enfants mineurs qui seront régis par des conditions de fonds et de procédure [914].

[914] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 91.

Conditions de fonds

De toute évidence, comme le précise Pierre Planchard dans sa thèse consacrée à la loi du 3 juillet 1915 : « cette loi s'adresse à des femmes autres que celles dont les maris mobilisés sont en situation d'absence, autrement elle ferait double emploi avec les articles 141 et 222 du Code civil. Elle prévoit avons-nous annoncé la situation des épouses dont dont les maris sont sûrement vivants, mais ne peuvent communiquer avec la France. Les batailles d'aujourd'hui font subir aux belligérants d'importantes pertes d'hommes en prisonniers valides ou blessés, et il arrive trop souvent malheureusement, que la haine pousse nos ennemis à interdire à nos nationaux captifs de donner de leurs nouvelles, alors que l'on connait leur sort par l'intermédiaire des ambassades neutres ou des institutions philantropiques qui font des recherches au nom de famille françaises angoissées »[915]. Par ailleurs, il est nécessaire de prendre en considération que par suite de guerre, les moyens de communication ne sont plus aussi rapides qu'en temps de paix.

Par conséquent, pour que cette loi du 3 juillet 1915 puisse être appliquée, la mère doit répondre à des conditions de fonds qui sont au nombre de deux. D'une part, la femme doit se trouver dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation du mari et être dans l'urgence. L'application de cette loi sera donc subordonnée à cette première condition, que le mari soit, par suite de guerre, dans l'impossibilité de s'occuper de sa famille. Quant à l'urgence, elle peut être démontrée par tous les moyens de preuves utiles puisqu'elle n'est qu'une question de fait et les juges ont pour appréciation un pouvoir discrétionnaire. Comparativement, les articles 141 et 222 du Code civil font dépendre l'action de l'épouse de la disparition ou de l'absence de son mari, tandis que

[915] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 50.

l'article 1er de la loi nouvelle dit: « la femme mariée qui sera dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale… »[916].

À savoir que cette impossibilité qui doit provenir de la guerre peut tenir tant à la situation physique, physiologique ou morale du mari. Au point de vue physique, l'époux mobilisé peut être disparu, non présent et privé des moyens de communiquer avec les siens, éloigné et n'ayant la faculté de correspondre avec sa famille que d'une manière peu sûre et peu rapide. Si le chef de famille a disparu, les circonstances qui font de lui un militaire n'empêchent pas d'appliquer les règles de l'absence[917].

À cet égard, Proudhon s'exprime en ces termes : « Au reste qu'un homme ait disparu tout à coup du lieu de sa demeure ou qu'il ait complètement quitté son domicile pour un voyage dont l'objet était connu, même pour le service de l'État, comme un militaire, peu importe la cause de son départ ou de sa disparition. Il suffit que dans son dernier domicile et sa dernière résidence connus, sa famille, ses proches, ses voisins, amis et autres n'aient reçu aucune de ses nouvelles pour que, sa vie et sa mort se trouvant ainsi au rang des choses incertaines, il mérite la qualification d'absent, dans le sens propre que la loi attache à cette expression »[918].

Au point de vue de l'état physiologique, il faut également considérer que l'épouse peut être dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation de son mari à cause d'une modification de l'état physiologique de celui-ci, résultant de faits de guerre : « Un ébranlement du cerveau, souvent provisoire, s'est produit chez beaucoup de combattants à la suite des carnages dont ils étaient les témoins et des fatigues qu'ils ont supportées. Ils sont aussi atteints de maladies aiguës qui, pour un temps plus ou moins long, les mettent dans l'impossibilité de faire un usage normal de leurs facultés »[919].

---

[916] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit* , p. 51.
[917] *Ibid.,* p. 50.
[918] Jean-Baptiste Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t.1, *op. cit*., p. 251.
[919] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit*., p. 53.

Or, à cet égard, l'analyse des termes généraux de la disposition nouvelle « par suite de la guerre » laissent sous-entendre que la femme pourra s'adresser directement à la justice, si le mari, en raison de ces circonstances se trouve dans l'impossibilité d'accorder ou de refuser une autorisation[920].

Enfin, du point de vue moral, la femme peut être empêchée d'obtenir l'autorisation de son mari en raison d'un refus formel de celui-ci de donner son consentement. Or, la femme dont le mari mobilisé refuse de donner son consentement ne peut citer son mari en justice après l'avoir sommé à cause de l'article 4 de la loi du 5 août 1914[921].

Conditions de procédure

En matière d'absence, l'article 141 du Code civil attribue à la mère, sans autre condition que celle de la disparition du père, l'exercice de tous les droits quant à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens. Cependant, il ne semble pas qu'il puisse en être ainsi au cas où la mobilisation et la guerre empêche le père sûrement vivant de s'occuper de sa famille[922]. De ce fait, l'article 3 de la nouvelle loi précise que « La présente loi ne sera applicable que dans les cas d'urgence reconnus par la justice ». L'article 2, tout comme l'article 1, contiennent la condition de l'impossibilité.

---

[920] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 53 : « Lorsque le chef de famille est ainsi atteint d'une faiblesse d'esprit temporaire due à un ébranlement cérébral ou à une maladie violente résultant des faits de guerre, l'intérêt de la solution proposée est certain » ; « En l'absence de la loi de 1915, il faudrait que la femme d'un mobilisé malade attende que son mari retrouve sa lucidité d'esprit, expectative qui pourrait être longue et préjudiciable dans la mesure où ce dernier étant au point de vue de l'autorisation à accorder à son épouse assimilée par le droit commun à un interdit ».

[921] *Ibid.,* p. 54.

[922] *Ibid.*, p. 61.

A cet égard il faut différencier les pouvoirs de la mère selon si le père est absent ou si ce dernier se trouve dans une des situations prévues par la disposition exceptionnelle.

Si le père est seulement absent, l'épouse n'est ni divorcée, ni séparée de corps et pourra remplacer le chef de famille dans l'accomplissement de ses devoirs de père sans en faire part à personne. En effet, lors d'une telle situation, l'intervention judiciaire ne sera nécessaire que pour reconnaître la réalité de l'absence du mari.

En revanche, face à une situation prévues par une disposition exceptionnelle, la mère qui veut exercer tout ou partie de la puissance paternelle à la place du chef de famille empêché doit généralement demander une autorisation de justice. Par conséquent, le tribunal doit vérifier la réunion des deux conditions de fond mentionnées aux articles 1 et 3 de la loi du 3 juillet 1915 afin que la mère puisse exercer la puissance paternelle[923].

Dès lors il s'agit d'envisager l'exercice par la mère des attributs de la puissane paternelle relatifs à la personne des enfants du mobilisé avant d'envisager cette même situation sur les biens des enfants.

[923] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 61.

B. L'exercice par la mère des attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne des enfants du mobilisé

Lorsque la mère commence à exercer la puissance paternelle du père mobilisé, elle possède à l'égard de ses enfants différents attributs de la puissance paternelle qui sont le droit de garde, d'éducation, de correction, d'émancipation ou encore le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de ces derniers.

Le droit de garde

Dans sa thèse consacrée à la loi du 3 juillet 1915, Pierre Planchard évoque le fait que « l'application de la loi du 3 juillet 1915 à ce premier point de vue est susceptible de soulever plusieurs questions. Par exemple, l'autorisation de justice est-elle toujours nécessaire pour que le droit de garde puisse être exercé par la femme dont le mari est mobilisé ? »[924]. On peut ainsi penser que lorsque les conjoints s'entendaient bien en en temps de paix, il serait paradoxal qu'au lendemain de la promulgation de la loi nouvelle, de déclarer indispensable une autorisation de justice pour l'exercice du droit de garde par la mère, qui, en temps normal, collaborait avec son mari à l'éducation des enfants. Celle-ci jouit donc de plein droit, pour la surveillance de ses enfants, du bénéfice de la loi du 3 juillet 1915[925].

Cette responsabilité de la mère, qui exerce le droit de garde en vertu de la loi du 3 juillet 1915 est donc complète et nécessaire, puisque le père est provisoirement affranchi par la loi des obligations que comporte la surveillance des enfants, qui lui

[924] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 92.
[925] *Ibid.*, p. 95 : Cela étant, la femme du mobilisé, en assurant la surveillance de ses enfants : « exerce une fonction qui entre dans les attributions ordinaires du chef de famille, celle de la responsabilité des enfants » ; : « À l'inverse, la loi du 3 juillet 1915 empêche cette injustice de se produire dès lors que la mère, qui peut exercer ou être autorisée à exercer la puissance paternelle, dans le cas de mobilisation du père, est elle-même tenue de réparer le dommage causé par les enfants dont elle a la garde, et cela, quelle que soit la situation, peu importe que le chef soit disparu ou prisonnier, qu'il participe activement aux combats ou soit malade, depuis son départ aux armées, d'accomplir ses devoirs de père ».

est ordinairement confiée, mais qu'il ne peut plus assurer personnellement en raison de sa mobilisation. Ainsi l'épouse n'exerce pas la puissance paternelle en vertu d'une délégation tacite de son mari, mais elle possède une véritable autorité légale.

Le droit d'éducation

Le droit de garde octroyé à la mère pendant la guerre doit de toute évidence être complété par le droit d'éducation dans l'intérêt de l'avenir des enfants : « ceux-ci, en effet doivent connaitre le but de la vie, apprendre des principes, grâce auxquels ils pourront plus tard se rendre utiles à la société, en un mot il faut qu'ils soient élevés. La mère, qui remplace dans son accomplissement de ses devoirs de père le chef de famille doit, aussi longtemps que cela est nécessaire, surveiller l'éducation de ses enfants »[926]. A cet égard, les termes mêmes de la loi du 3 juillet 1915 laissent deviner facilement quelle doit être à ce point de vue, l'étendue des pouvoirs de l'épouse.

Ainsi, l'article 2 précise que la mère exerce provisoirement la puissance paternelle à défaut du père empêché tout en précisant qu'elle l'exerce « provisoirement » lorsque le mari mobilisé et sûrement vivant se trouve, par suite de la guerre, empêché d'avoir de fréquentes relations avec sa famille. La mère est alors tenue de remplir les obligations légales que comporte le devoir d'éducation. Ainsi « elle doit nourrir ses enfants, les vêtir, les loger, assurer leur développement au point de vue physique et intellectuel, et, en particulier, leur assurer le bénéfice de l'instruction primaire, ainsi que le prescrit la loi du 28 mars 1882 »[927].

---

[926] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 99.

[927] *Ibid.*, p. 100 : « De manière générale, il est nécessaire qu'elle se conforme autant que possible à la volonté certaine du mari. Si, cependant alors que le père ne pouvait être consulté durant un temps suffisamment long, des circonstances exceptionnelles exigeaient que la mère change quelque peu l'orientation de l'éducation de ses enfants ou consente des sacrifices pécuniaires un peu plus importants que ceux que la loi déclare obligatoires. Une telle initiative ne lui serait pas interdite, à la condition que, conformément à la loi du 3 juillet 1915, article 3, elle ait obtenu l'autorisation de justice ».

Le droit de correction

En matière de droit de correction, l'article 381 du Code civil n'évoque que le cas de la mère survivante. La loi du 3 juillet 1915 en attribuant à celle-ci l'exercice de la puissance paternelle, lui donne certainement le droit de correction puisqu'il est établi qu'en principe la femme peut exercer la puissance paternelle « à défaut du père empêché » et « dans les cas d'urgence reconnue par la justice ».

Enfin, tout comme pour la femme survivante, la femme du mobilisé ne peut exercer le droit de correction que par voie de réquisition, il lui faut en outre le concours des deux plus proches parents paternels[928].

Le consentement de la mère au mariage de ses enfants mineurs en temps de guerre

La loi du 3 juillet 1915 n'apporte aucune nouveauté pour la mère en matière de consentement au mariage de ses enfants. En effet, l'article 149 du Code civil prévoit que « si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit ».

Cette impossibilité pour le mineur d'obtenir, en vue de son mariage, le consentement de son père peut présenter diverses formes. Le père peut être, en effet, disparu, ou éloigné d'une telle manière qu'il ne saurait transmettre l'expression de sa volonté à sa famille, ou atteint de maladies mentales ou cérébrales lui enlevant pour un temps indéterminé l'usage normal de ses facultés. Demolombe estime que si les communications étaient interrompues par suite de guerre, soit autrement, ou s'il y avait en fait impossibilité de se procurer le consentement de l'ascendant, alors même que son existence était certaine, il appartenait aux magistrats d'apprécier les circonstances, la durée plus ou moins urgente de la célébration du mariage, et

[928] Pierre-Joseph Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, *op.cit.*, t. 2, p. 247.

d'autoriser, s'il y avait lieu, à le célébrer avec le seul consentement de l'ascendant présent[929].

En effet, l'expression « impossibilité » , employée par l'article 149 du Code civil, a un sens aussi large que dans l'article 1 de la loi du 3 juillet 1915, et le pouvoir accordé au juge par le droit commun pour consentir qu'un mineur ne peut, en vue de son mariage, obtenir le consentement de son père est aussi souverain que celui qui lui est donné par la loi exceptionnelle pour reconnaître qu'une femme mariée ne saurait, par suite de la guerre, se munir en temps voulu de l'autorisation maritale pour contracter. Enfin il faut savoir qu'en matière de preuves que l'enfant désireux de contracter mariage avec le seul consentement de sa mère : « pourra produire afin de démontrer la situation de son père et l'impossibilité où il se trouve d'obtenir le consentement de celui-ci, elles sont les mêmes que celles auxquelles la femme doit avoir recours pour être autorisée par la justice à contracter »[930].

Le droit d'émancipation

En temps de paix, lorsque le père est absent, la question de la délégation à la mère de l'exercice du droit d'émanciper ses enfants est particulièrement discutée. Cependant, l'article 141 du Code civil semble conférer à l'épouse d'un absent l'intégralité de l'exercice du droit d'émancipation.

L'épouse du chef de famille mobilisé et disparu a le droit, par conséquent d'émanciper l'enfant comme elle pouvait le faire en temps de paix, si son mari se trouvait en état de présomption d'absence à la suite d'une circonstance autre qu'un combat. Toutefois, la loi du 3 juillet 1915 se veut plus précise que l'article 141 du Code civil puisqu'elle permet, en effet, à la mère de famille d'émanciper son enfant lorsque son mari mobilisé, sûrement vivant, ne saurait envoyer une procuration.

[929] Charles Demolombe, *Traité de l'absence*, *op.cit.,* t.3, n°142.
[930] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 109.

Toutefois, la mère devra, au préalable, s'être munie de l'autorisation de justice conformément aux articles 1 et 3 de la loi du 3 juillet 1915, c'est-à-dire en accomplissant les formalités indiquées par l'article 863 du Code de procédure civile. Dès lors : « les juges devront apprécier l'impossibilité d'obtenir le consentement du père à l'émancipation et l'urgence pour le mineur à devenir capable »[931].

Il s'agit désormais d'envisager les différents attributs que la mère peut exercer relativement à leurs biens.

C. L'exercice par la mère des attributs de la puissance paternelle relatifs aux biens des enfants

Lorsque le père est en capacité d'exercer la puissance paternelle ces attributs sont le droit d'administration légale, la jouissance légale ou droit d'usufruit légal. Mais qu'en est-il lorsque la puissance paternelle est transférée à la femme du mobilisé ?

L'administration légale

En temps de paix, l'article 141 du Code civil accorde de plein droit à l'épouse du présumé absent le pouvoir d'administration légale concernant les biens des enfants encore soumis à la puissance paternelle, il est donc logique que la loi du 3 juillet 1915, à travers l'interprétation de son article 2 et avec celui de l'article 141 du Code civil, confère aux femmes des mobilisés sûrement vivants la possibilité d'obtenir de la justice l'autorisation de faire les actes nécessaires à la conservation de la fortune de leurs enfants[932].

---

[931] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 109.

[932] Pierre Planchard, *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé, op. cit.*, p. 115 : « Cependant il est peu probable que ces femmes aient demandé au tribunal civil de leur domicile ou de leur résidence la permission générale d'exercer le droit d'administration légale. La loi du 3

Jouissance légale ou droit d'usufruit légal

Comme en matière d'absence, il est assez souvent retenu que par suite des articles 384 et 141 du Code civil la jouissance paternelle, ne peut appartenir à la mère tant que le père n'est pas sûrement décédé. Même si le père est mobilisé c'est toujours en lui que réside cette puissance, par conséquent la mère a qui sera confié cet exercice n'exercera qu'une sorte d'intérim plus ou moins temporaire et provisoire, et, en réalité, elle ne fait qu'exercer les droits du mari. La mère ne peut alors être usufruitière des biens qu'elle administre.

De toute évidence, la législation en matière de guerre n'est pas restée figée et a du s'adapter à l'évolution des situations familiales en temps de guerre entre la Première et la fin de la Seconde Guerre mondiale.

---

juillet 1915 n'ayant été promulguée en effet qu'un an après le commencement de la guerre, ces épouses, dont les maris sont sous les drapeaux depuis les premiers jours ont très certainement continué après la promulgation de la loi nouvelle d'assurer cette administration qu'elles avaient dirigée en fait pendant la première année des hostilités ». pp. 152-153 : « Par ailleurs, lorsque la mère est chargée de l'administration des biens, elle n'exerce pas la tutelle, mais l'administration légale, la tutelle ne s'ouvre en effet que par la mort de l'un des parents. De là, résulte que lorsque la femme du mobilisé gère la fortune de ses enfants, les biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale art 2121 du Code civil et qu'il n'y a pas lieu à la constitution du conseil de famille dès lors que la mère a les mêmes pouvoirs que le père, administrateur légal » ; pp. 115-116 : « Elle dispose ainsi de la faculté d'accomplir sans aucune approbation spéciale chacun des actes que le tuteur peut faire seul ou avec l'autorisation du conseil de famille. Non seulement la passation des baux de neuf années au plus des biens du mineur et la perception des revenus, mais aussi la réception des capitaux, le placement des capitaux, l'acceptation d'une succession sous le bénéfice d'inventaire lorsque l'enfant est héritier ou encore l'acceptation d'un legs ou d'une donation dont l'enfant est bénéficiaire ou donataire et enfin l'exercice des actions mobilières et mêmes certains actes de disposition, comme l'exercice des actions immobilières appartenant à l'enfant ou l'acquiescement à une demande immobilière dirigée contre cet incapable lui sont accordés l'aliénation des valeurs mobilières, quand elles ne dépassent pas quinze cents francs. Enfin, une autorisation spéciale de la justice est nécessaire à la femme du mobilisé pour la passation de chacun des autres actes relatifs à l'administration légale ».

§3. L'évolution de la législation familiale en temps de guerre

Depuis la Première et la Seconde Guerre mondiale, la législation sur l'absence a fait l'objet de critiques, tant de la part de particuliers que de parlementaires[933]. Il fallait dès lors rénover la législation sur l'absence pour l'adapter aux impératifs du monde moderne. En ce sens, la législation va évoluer et s'adapter aux circonstances de guerre entre 1915 et 1919 jusqu'à la loi du 25 juin 1919 qui va simplifier la procédure à suivre pour parvenir à la déclaration d'absence et en a également réduit la durée nécessaire à son aboutissement **(A)**, avant que les lois du 18 février 1938, du 23 juillet et 22 septembre 1942 sur la législation familiale en cas de mobilisation de guerre viennent aplanir le problème de l'absence tant générale que celle des mobilisés. Le législateur va ainsi créer un système ayant un caractère définitif et une portée générale dont l'objectif est d'étendre, à tous les cas d'absence, l'application du principe **(B)**.

A. L'application des lois sur les disparus de guerre de 1915 à 1919

La guerre de 1914-1918 a posé la question de la situation soulevée par la mort d'une personne dont le décès n'a pas été légalement constaté. Le sous-secrétaire d'État de l'administration de la guerre déclarait à la Chambre de Députés, le 19 juin 1919, qu'au jour de l'armistice, qui le 11 novembre 1918, mit fin aux hostilités, le nombre des seuls militaires et marins disparus était de 314.000. Le nombre des disparus, civils et militaires a été, depuis, officiellement fixé à 361.854. À l'égard de ces victimes de la guerre, la présomption de vie s'efface bien vite devant la présomption de mort[934].

---

[933] Question écrite du 27 juin 1973, de Cazenave, député, *J. O.* du 15 septembre 1973, Déb. Ass.nat., p. 3762.
[934] *J. O.* 20 juin 1919. Débats *in extenso*, Chambre, p. 2755.

Une fois la guerre terminée, lorsque les prisonniers sont de retour, l'espoir de retrouver ceux qui ne sont pas revenus s'amenuise. Relativement à ces personnes, la présomption de décès apparaît seule à l'esprit et une loi spéciale devait donc intervenir pour régler leur situation juridique puisque le Code civil ne permettait pas d'apporter à ces situations une solution rapide et décisive. Pour résoudre ce problème il faut alors assimiler la disparition à la mort.

Les premières mutations législatives

Dès 1915, les pouvoirs publics l'avaient compris et, sur la proposition du député Le Fas, le Parlement vote la loi du 3 décembre 1915 « relative aux actes de décès des personnes présumées victimes d'opérations de guerre » [935]. Par son article unique, cette loi se veut être l'application des articles 89 et 92 du Code civil, au cas de toutes personnes décédées postérieurement au 2 août 1914, victimes des opérations de guerre, c'est dire « d'un fait qui rappelle de très près le combat ou la préparation du combat »[936].

Ensuite, une loi en date du 3 décembre 1915 « permet aux personnes intéressées, à travers son article unique, de faire régulariser la situation des militaires, marins ou civils, présumés victimes d'opérations de guerre postérieurement au 2 août1914, de demander aux ministres compétents de déclarer la présomption de

[935] *J.O.* du 5 décembre 1915, p. 8837.
[936] *J.O.* 14 juin 1919, p 908 : « Sur la requête de tout intéressé et du ministère public, ou bien d'office, le ministre compétent, après enquête administrative, déclare la présomption de décès de l'individu ; il transmet ensuite une copie du procès-verbal de déclaration de présomption de décès au procureur général du ressort dans lequel se trouve le tribunal civil, soit du domicile du défunt, soit du lieu de décès, soit du dépôt du régiment, et requiert ce magistrat de poursuivre d'office la constatation judiciaire du décès. Le tribunal constate le décès et en fixe le jour ; mais il ne peut le faire qu'en cas de conviction absolue. Le jugement, transcrit sur les registres, tient lieu d'acte de l'état civil ».

décès »[937]. Cette déclaration est transmise aux tribunaux qui l'examinent et peuvent, si la conviction du ministre leur parait fondée, rendre un jugement déclaratif de décès destiné à tenir lieu de l'acte non établi[938].

La loi du 3 décembre 1915 va véritablement inaugurer un autre système en étendant aux disparus de guerre, civils et militaires, les articles 87 et suivants, œuvre de la loi du 8 juin 1893. Cette dernière loi, qui a introduit définitivement dans notre droit la distinction entre le disparu et l'absent, seulement esquissée auparavant par un décret du 3 janvier 1813, permet de faire constater judiciairement le décès des disparus en mer. La loi de 1915 leur assimile enfin les disparus de guerre, ce qui a permis de fixer définitivement le sort d'autant de militaires et de civils disparus[939]. Il est cependant regrettable de constater que cette assimilation qui a rendu possible la déclaration de décès de près de 80000 disparus qui, sans elle, seraient restés des absents[940] n'en parut pas moins bientôt insuffisante[941] : « elle subordonnait expressément la constatation du décès à des présomptions graves qui devaient s'ajouter à l'absence prolongée de nouvelles. En effet, le jugement déclaratif de décès ne pouvait intervenir que dans le cas où aucune incertitude n'existe quant à la réalité matérielle du décès. Or, ces présomptions manquaient quand on ne pouvait restituer les circonstances de la disparition, et les familles de beaucoup de disparus étaient réduites à invoquer les règles de l'absence »[942].

---

[937] « Les articles 89, 90, 91 et 92 du Code civil sont applicables au cas de toutes les personnes décédées victimes des opérations de guerre, postérieurement au 2 août 1914, quand il n'aura pas été dressé d'acte régulier de décès. Les ministres compétents pour déclarer la présomption de décès sont : le ministre de la Guerre pour les militaires et assimilés ; le ministre de la Marine, pour les marins et assimilés, et le ministre de l'Intérieur pour toutes les autres personnes ».

[938] Journal des notaires et des avocats, Paris, éditions du journal des notaires et des avocats, 1919, p. 511.

[939] Marcel Planiol et Georges Ripert., *Traité pratique de droit civil*, *op.cit.,* p. 47.

[940] Circ. Du Ministre de la Justice, 24 juillet 1919 ; *J.O.* 27 juillet 1919, p. 7748.

[941] Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil*, *Les personnes*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1925, p. 46 et 47.

[942] Tr. Senlis, 12 décembre 1915.

Par conséquent, on retrouve dans la Gazette judiciaire et commerciale de Lyon « les conditions rigoureuses auxquelles cette loi subordonne la déclaration de décès, conditions que la prudence imposait à l'époque où elle a été promulguée ne seront plus nécessaires après la rentrée en France des populations civiles emmenées en captivité et du retour des prisonniers, puisqu'aucun doute ne peut malheureusement subsister sur la réalité de la mort de la plupart de ceux qui sont toujours portés disparus. En raison de l'impossibilité dans laquelle devait fatalement se trouver à l'égard de nombreux disparus, de fournir la preuve évidente de leur mort, ou même d'établir celle-ci par des présomptions graves, précises et concordantes, il fallait que le législateur se décidât à donner à la présomption de décès résultant de l'expiration d'un certain délai, une force probante suffisante par elle-même, pour permettre la constatation judiciaire du décès et c'est la loi du 25 juin 1919 a réalisé cet objectif »[943].

La loi du 25 juin 1919 sur les disparus de guerre

Un projet de loi est déposé par le Gouvernement, à la séance de la Chambre du 12 juillet 1917. Le député Leredu, au nom de la Commission de la législation civile et criminelle, chargé d'examiner ce projet, présenta son rapport à la séance du 22 novembre 1918. Le jour même où ce rapport est distribué aux députés, Rognon dépose une proposition de loi, sur le même objet, proposition qui prévoyait outre a déclaration d'absence, la constations judiciaire du décès. C'est de la fusion du projet du Gouvernement et de la proposition de Rognon, qu'est née la loi du 25 juin 1919, adoptée par la Chambre, sur un nouveau rapport de Leredu, le 12 mars 1919 ; et par le Sénat, sur le rapport de Lebert, le 13 juin suivant.

La loi est promulguée le 25 juin et publiée au journal officiel du 27 juin 1919[944]. Elle a pour but de permettre à toute personne intéressée, et même au ministère

[943] *Gazette judiciaire et commerciale de Lyon*, Lyon, A. Rey et Cie, 1919, p. 265.
[944] Doc. Parl. Chambre. 1917. Annexe n°3555. 1918. Annexes n° 5278-5322, 1919.

public, d'obtenir des tribunaux des décisions fixant le sort des militaires, marins ou civils, disparus au cours des hostilités[945].

C'est en vue de mettre fin aux situations pénibles et préjudiciables à tous égards, créées par l'incertitude juridique de leur sort que la nouvelle loi dispose dans son article 9 que si deux ans se sont écoulés depuis la disparition constatée, et si cette disparition à sa cause dans un fait de guerre, le tribunal sera tenu de prononcer un jugement déclaratif de décès. Ainsi, si ces deux conditions exigées sont réunies, deux moyens sont offerts par le législateur, aux familles pour fixer légalement le sort du disparu et déterminer son nouvel état juridique. Ou bien la famille du disparu conservant, malgré tout, quelque espérance de le revoir peut le faire déclarer absent, ou bien tout espoir étant désormais perdu, il lui est loisible d'obtenir, de l'autorité judiciaire, un jugement déclaratif de décès[946].

Au cours de la discussion du projet au Sénat, le rapporteur a indiqué les raisons qui font que la loi de 1915 ne répond plus aux nécessités de l'époque. Lebert s'est exprimé ainsi : « Aux chances de survie qu'il fallait ménager se substituent, hélas ! les chances de mort qu'il faut bien admettre. Aussi l'article 9 est-il impératif ; les tribunaux devront prononcer le décès lorsque les conditions de la loi seront remplies»[947]. Toutefois, pour écarter les possibilités d'erreur, le deuxième alinéa de l'article 9 prévoit que la décision ne pourra intervenir que six mois après le décret fixant la fin des hostilités. Si, malgré les précautions prises, le disparu reparaît ou donne de ses nouvelles, l'article 11 l'autorise à poursuivre l'annulation du jugement déclaratif de décès. La situation de ses biens est réglée ainsi que celle du conjoint remarié et des enfants nés de ce nouveau mariage. Il n'y a d'ailleurs aucune innovation, les principes admis par la nouvelle loi sont ceux qu'énoncent les articles

[945] *Circ. Minist.* du 24 juil. 1919.
[946] Journal des notaires et des avocats, *op.cit.*, p. 511 : « La différence entre la loi de 1915 et de 1919 est donc considérable. À la présomption de décès qui ne se pouvait baser elle-même que sur des présomptions graves, précises et concordantes, succède une autre présomption tirée de la longueur même du temps pendant lequel la disparition s'est prolongée ».
[947] Gazette judiciaire et commerciale de Lyon, *op.cit.*, p. 265.

132, 139 et 201 du Code civil lorsque l'absent revient après envoi en possession définitif[948].

La loi du 25 juin 1919 s'applique à tous les individus, sans exception, qu'ils soient militaires, marins ou civils, dont le domicile est en France, et qui sont disparus, sans que leur décès ait été régulièrement constaté durant la période comprise entre le 2 août 1914 qui correspond au premier jour de la mobilisation au 24 octobre 1919 inclus, date de la cessation des hostilités[949]. Les jugements déclaratifs de décès devant tenir lieu d'actes de l'état civil, ils doivent être transcrits sur les registres des décès et seront opposables aux tiers, contrairement aux règles de la relativité de la chose jugée. Malgré le silence du texte à cet égard, aucun doute n'est possible et Lebert s'est expliqué sur cette question de la façon la plus claire et la plus formelle : « Notre volonté, a-t-il dit, est la même que celle du législateur de 1893. Par contre, ajoute-t-il, ces jugements doivent être susceptibles d'être rectifiés à la requête des personnes non présentes ni appelées à l'instance en déclaration de décès, s'ils contiennent quelque mention erronée. Aucune controverse ne doit naître sur cet objet. Il va de soi que l'initiative du Parquet reste entière. Il est toujours parti à ces instances auxquelles l'ordre public est intéressé »[950].

Ainsi, le législateur de 1919 « a voulu simplifier la procédure à suivre pour parvenir à la déclaration d'absence, il a réduit aussi la durée nécessaire à son

[948] Circulaire du Ministre de la Justice relative à l'application de la loi du 25 juin 1919 concernant les militaires, marins ou civils, disparus durant la guerre.
[949] Pandectes françaises périodiques, Paris, Chevalier Marescq, 1921, p. 38.
[950] *Journal officiel* du 14 juin 1919, p. 908 : Il n'est pas douteux que le législateur souhaite qu'en une matière qui intéresse tant de personnes peu fortunées, la procédure soit, en même temps que simplifiée, rendue aussi peu coûteuse que possible. Lebert s'exprime également à ce sujet, sans équivoque possible : « Nous voulons mettre à la disposition des familles des disparus un moyen de procédure plus rapide que ceux du droit commun, moins coûteux et, il faut bien l'espérer aussi, fréquemment gratuit, car il est entendu que l'assistance judiciaire devra être accordée toutes les fois que les parties intéressées seront susceptibles de l'obtenir régulièrement et normalement ».

aboutissement[951] mais en réalité, cette procédure ne diffère de la procédure ordinairement suivie en matière d'absence, que sur quelques points »[952].

Pour finir, l'article 11 de la loi pose également comme principe général, que « les dispositions du Code civil relatives aux absents, continueront d'être appliquées en tant qu'il n'y est pas dérogé par la présente loi ». Ainsi, chaque fois qu'une disposition formelle de la loi de 1919 ne contredira point aux règles établies par le législateur de 1804 au titre IV du Code civil « Des absents », c'est à celle-ci qu'il faut se reporter pour résoudre les diverses situations engendrées par la disparition d'une personne.

B. L'influence des lois du 18 février 1938, du 23 juillet et 22 septembre 1942 sur la législation familiale en cas de mobilisation de guerre

Après le vote des lois de 1915 et 1919 deux législations distinctes s'opposent, la législation de droit commun, telle qu'elle résulte des dispositions du titre « Des absents » du Code civil et la législation exceptionnelle contenue dans ces deux lois de guerre qui viennent d'être évoquées. Afin d'aplanir le problème de l'absence, les lois intervenues à la veille de la Seconde Guerre mondiale, dès 1938, puis en 1942, vont être mises en application tant générale sur les disparus en général que sur les mobilisés. Le législateur va ainsi créer un système ayant un caractère définitif et une portée générale dont l'objectif est d'étendre à tous les cas d'absence l'application du principe.

[951] *Journal officiel* du 14 juin 1919 : Débats in extenso. Sénat, p. 907 s.
[952] Léon Barge, *Des règles de l'absence*, thèse de doctorat, droit, Université de Clermont-Ferrand, 1920, pp. 107 et suiv.

Les apports de la loi du 18 février 1938 en temps de guerre

Les évènements nouveaux, aussi inattendus que déplorables, ne pouvaient laisser le législateur et le juge indifférents. La guerre a en effet précipité l'évolution de la place de l'épouse et mère avec le départ des hommes pour le front, la prise en charge de leurs activités par les femmes et la dévalorisation du mariage, en tant qu'institution patriarcale. Les mères ont vu leur situation s'améliorer jusqu'à obtenir des droits à peu près égaux à ceux de leur mari.

En effet, aux termes de l'alinéa 3 de l'article 213 nouveau de la loi du 18 février 1938, loi portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, le mari perd la qualité de chef de la famille dans plusieurs cas. La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari, soit dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté, et de séparation de corps, soit lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine. Initialement, cette cessation de la qualité de chef de famille dans la personne du mari n'était prévue par aucun des projets du Gouvernement et de la Commission de législation du Sénat. L'alinéa 3 a pour origine un amendement qui fut voté sans discussion par le Sénat dans sa séance du 19 mars 1937[953].

Cela étant la loi de 1938 : « se borne à viser les hypothèses où la qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari, de telle sorte qu'il n'y a plus de chef de famille »[954]. Or, cette situation s'est révélée assez défavorable au point de vue des intérêts même de la famille et c'est ce qu'a voulu éviter la loi du 22 septembre 1942 qui traite la femme comme l'égale avec le mari.

[953] *J.O.*, du 20 mars, p. 253
[954] Henry Solus, « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1953, p. 86.

Les apports de la loi du 23 juillet 1942 modifiant l'article 373 du Code

La loi du 23 juillet 1942 relative à l'abandon de famille a également tranché la question. La modification de l'alinéa 3 de l'article 373, dispose désormais que la puissance paternelle passe à la mère quand le père a perdu la qualité de chef de famille quand il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause : « Cette autorité appartient au père et à la mère. Durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef. Sauf décision décision contraire du tribunal civil de la résidence de la mère, qui statuera en chambre du conseil, sur requête du ministère public, conformément aux articles 4 à 9 de la loi du 24 juillet 1889, cette autorité est exercée par la mère : (…) 3° Dans le cas où le père n'a plus la qualité de chef de famille, c'est-à-dire lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause[955] ».

Les apports de la loi du 22 septembre 1942

Le nouvel article 373 vise les cas dans lesquels la puissance paternelle est exercée par la mère, parmi ces cas énoncés, il y a, outre celui de l'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté, celui où il a été déchu en tout ou partie de la puissance paternelle, celui où il a abandonné cette puissance en vertu de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1889, et celui enfin ou il a été condamné pour abandon de famille[956]. Autre affirmation nouvelle et qui avait été omise par le législateur de 1938 et qui se retrouve désormais au sein du nouvel article 213 : « La femme remplace le mari dans sa fonction de chef s'il est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause »[957].

[955] Marcel Nast, « Commentaire de la loi du 23 juillet 1942 », *Dalloz,* 1943, p 23 et s.
[956] Loi du 23 juillet 1942 sur l'abandon de famille.
[957] Henri Mazeaud, Jean Mazeaud, Michel de Juglart, *Leçons de droit civil*, *op.cit.,* p. 442.

A l'égard de cette loi, Adhémar Esmein exprime en fait que « cette nouvelle disposition marque de façon catégorique l'aptitude de la femme à tenir à égalité le rôle qui incombait normalement au mari, ce qui est bien une conséquence de son rôle d'associée dans la direction de la famille »[958]. De ce fait, la loi du 22 septembre 1942 permet à la femme d'obtenir la direction de la famille lorsque le mari ne peut plus être le chef, et ce pouvoir lui est acquis de plein droit, sans formalité.

[958] Adhémar Esmein , *Revue trimestrielle de droit civil*, *op.cit*., p. 86.

Section 3. L'exercice de la puissance paternelle de la mère en cas de déchéance de la puissance paternelle du père

« Les députés et sénateurs de 1889, en acceptant la remise en cause, dans certains cas de la puissance paternelle telle que le Code l'avait organisée « permirent que le soupçon, institutionnalisé dans une loi, investisse les familles »

Louis Marie Pellerin [959].

Jusqu'à la fin du XIX[e] siècle, la famille est un espace privé dont les règles du quotidien s'établissent en interne. A cette époque l'État ne va pas franchir les portes de la maison soumise à la puissance du père, parce que celle-ci est au fondement même de l'ordre social. Le Code civil de 1804 n'envisage pas de déchéance de la puissance paternelle dès lors que le père est considéré comme le chef unique de la famille comme l'explique Malville qui considère que la puissance paternelle est : « la providence des familles, comme le gouvernement est la providence de la société. Eh ! Quel ressort, quelle tensionne faudrait-il pas dans un gouvernement qui ne pourrait pas se reposer sur l'autorité des pères de famille pour suppléer les lois, corriger les mœurs et préparer l'obéissance »[960].

Par conséquent, la déchéance totale de la puissance paternelle n'est guère encourue par le père ou la mère indigne que dans un cas exceptionnel prévu à l'article 335 du Code Pénal, visant les parents condamnés pour avoir excité, favorisé ou facilité habituellement la prostitution ou la corruption de leur enfant,

[959] Louis Marie Pellerin., *Le père déchu : débats autour de la loi du 24 juillet 1889*, op. cit, p. 141. Voir également P.Frisch qui fait une description fort intéressante, concernant la mise en scène de la famille : « De la famille cible à l'objet famille », in *Revue recherches*, n°28, Discipline à domicile, novembre 1977, p. 209.

[960] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires* du Code civil, t. 9, *op. cit.*,p. 486.

mais on est obligé de reconnaitre que le législateur n'avait apporté aucun remède à cette situation, en dehors du cas spécial par l'article 335 du Code pénal[961].

De ce fait, la loi du 24 juillet 1889 est : « la première loi qui touche aux droits du père de famille tenus encore pour les plus sacrés en instituant une déchéance de la puissance paternelle dans tous les cas où les parents se montrent indignes d'exercer leurs droits sur leurs enfants et met ainsi en place ce qui est appelé « un système du tout ou rien » [962]**(§1)**.

Cette législation décisive met en œuvre des règles strictes et laisse peu de place à l'appréciation souveraine des juges du fond. Or, dès la fin du XIX[e] siècle, elle va être combattue par de nombreux auteurs et politiques de l'époque. Pour autant, cette réticence à l'égard de cette nouvelle institution ne sera réellement prise en compte qu'au début des années vingt, par la loi du 15 novembre 1921 qui va atténuer la régidité de la précédente loi en permettant d'instaurer la déchéace totale ou partielle de la puissance paternelle[963].

Le système de la déchéance de la puissance paternelle déchéance va alors faire l'objet de multiples retouches avec notamment, le Code de la famille du 29 juillet 1939 et l'ordonnance du 23 décembre 1958 puis va se métamorphoser avec la loi du 4 juin 1970[964] **(§2)**.

---

[961] Charles Demolombe, *Traité de l'adoption*, p. 284.
[962] Marcel Planiol et Georges Ripert., *Traité pratique de droit civil*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952.
[963] Dominique T.C. Wang, *La condition juridique de la femme mariée : étude de droit privé français*, *op.cit.,* p. 54.
[964] Isabelle Demesley, *Des parents, étude juridique et judiciaire*, thèse de droit, Université de Bordeaux, 1995, p. 31.

§1. L'institution de la déchéance de la puissance paternelle

L'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1889 sur la déchéance de la puissance paternelle marque une étape clé dans l'histoire de la protection de l'enfance en France »[965] **(A)**.

Dans un article consacré à « L'enfant de tous les dangers », la psychologue Marlène Lucksch explique que : « Pour la première fois, l'État détermine, d'une part, les situations où les parents indignes seront désormais déchus de leur pouvoir sur leur progéniture, et s'octroie, d'autre part, le rôle de protection des enfants considérés comme "maltraités et moralement abandonnés"[966] **(B)**.

Dorénavant on va considérer que c'est à travers des solutions puisque l'enfant commence à reposer entre ses mains[967].

A. L'élaboration de la loi du 24 juillet 1889

La période qui s'ouvre en 1880 est une période marquée par une certaine hantise du socialisme ainsi que de nombreuses prises de position en faveur de la religion et d'une conception traditionnelle de la famille[968].

---

[966] Marlène Lucksch, « L'enfant de tous les dangers », Antigone formation : « La puissance paternelle ainsi mise en cause, le regard du social, du médical, du juridique, de l'éducatif va davantage s'intéresser aux parents, eux-mêmes source de danger pour l'enfant, par leur déviance, leur pathologie, leur misère, leur vice » ; « Le législateur, donnant à l'Etat l'instrument juridique dont il a besoin pour enlever aux pères leur pouvoir, fait en sorte qu'une importante zone intime de la famille se projette dans la sphère publique et que l'enfant à son tour se démarque un peu plus dans la scène familiale en tant que sujet de droit ».

[967] Léon Bequet et Paul Dupré, *Bulletin annoté des lois et décrets année 1889,* n° 12, Paris, Paul Dupont Editeur, 1890.

Le projet de mise en place d'un contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle ne laisse pas indifférent. Les modèles de protections étrangers sont pris en compte[969] et la protection de l'enfance devient : « une nécessité impérieuse »[970]. Durant cette période, trois grandes lois voient l'affrontement, entre Républicains d'un côté, Droite traditionnelle et Natalistes de l'autre. D'une part, la loi du 31 juillet 1884 sur le divorce qui porte atteinte à l'indissolubilité du mariage, d'autre part, la loi du 2 novembre 1892 sur le travail des femmes et enfin la loi fondamentale, du 24 juillet 1889, derrière laquelle les disciples de Le Play ont « vu la mort de la famille »[971].

Louis-Marie Pellerin expmiquera d'ailleurs qu' : « avant la promulgation de cette loi fondamentale, une longue période de tâtonnement, voit se succéder de grands débats, rapports et enquêtes parlementaires »[972]. Personne au départ ne demandait la suppression absolue de la puissance paternelle, mais sa limitation au droit de garde et d'éducation. C'est le sens des propositions de loi présentées par Félix Voisin en 1875, puis par Théophile Roussel à la séance du Sénat du 13 janvier 1880[973]. Cette succession de projets révèle d'ailleurs une impossibilité

---

[968] André-Jean Arnauld, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, P. U. F, 1975, p. 228 : « La fin du XIXème siècle est marqué par les idées longtemps triomphantes de l'Eglise, qui exaltait la religion, la famille, la patrie et le travail consciencieux exécuté dans l'humilité, la soumission du patron et la résignation. Il y a une volonté tenace de défendre l'ordre social menacé par les progrès du socialisme ».

[969] Frédéric Le Play, *La réforme sociale en France, déduite de l'observation comparée des peuples européens*, 1864, Tours, Mame et fils, p. 152.

[970] Isabelle Demesley, *Des parents, étude juridique et judiciaire*, thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 1995, p. 38.

[971]Frédéric Le Play, *L'organisation de la famille selon le vrai modèle*, Paris, Saint Michel, 1871, p. 301 : « La famille est la cellule sociale et non l'individu… Elle a un chef naturel, le père, intermédiaire entre l'Etat et les individus. Etre père, c'est la plus haute fonction sociale du monde ; porter atteinte aux droits du père, c'est menacer la Famille de dissolution (…). L'autorité du père repose sur l'amour paternel, la plus durable et la moins égoïste des affections humaines (…). A tous ces titres, la puissance paternelle est l'éternel fondement de la civilisation ».

[972] Louis-Marie Pellerin, « Le père déchu : débat autour de la loi du 24 juillet 1889 » in *Textes et Langages II, Femmes et familles*, Université de Nantes, 1979, pp.142 et suivantes.

[973] « L'esprit de la loi du 24 juillet 1889 », *D.P*, 1921, I, 4, 313.

manifeste de s'entendre sur des points essentiels ce qui explique que de nombreux obstacles vont ajourener le vote de la loi.

Ainsi le 27 novembre 1880, un arrêté du garde des Sceaux institue une Commission extraparlementaire qui doit étudier les possibilités de déchéance. L'année suivante, le 27 janvier 1881, la Société Générale des prisons propose une loi devant le Sénat[974] et le 8 décembre de la même année, le ministre de la Justice Cazot lui présente un autre projet[975].

Par la suite, c'est le 25 juillet 1882 que Théophile Roussel, médecin, homme politique et philanthrope français dépose au Sénat un rapport préliminaire sur les deux propositions réunies[976]. Si en 1882, le renouvellement au Sénat est marqué par le renforcement de la majorité républicaine, l'opposition traditionaliste reste puissante et s'attache à critiquer systématiquement le projet et à paralyser le débat. Après une année, le Sénat va pouvoir adopter, le 10 juillet 1883, le projet de loi et le transmettre à la chambre[977]. Il faut savoir qu'entre 1884 et 1889, la

[974]Roussel, Bérenger, Dufaure, Fourichon, Schoelcher, Simon*, J. O.* 20 février 1881, annexes, n°5, p. 34.
[975] Doc. Paarl. Sénat. Session. Extra de décembre 1881, n°67, p. 865.
[976]Louis Guillaume, *Actes du Congrès pentitentiaire international de St-Petersbourg*, Bureau de la chambre Commission, d'organisation du Congrès, 1894: « C'est seulement en organisant un système d'éducation préventive qu'on peut influer notablement sur le développement moral de notre jeune population et arrêter dans son sein le flot montant de délits et de crimes dont l'opinion publique est alarmée. Il était donc plus pressant de compléter nos lois d'assistance concernant les mineurs, que de réviser nos lois répressives ».
[977] *J.O.* avril, mai, juin, juillet 1883, le rapport de Courcelle-Seneuil avec l'exposé des motifs du gouvernement. Doc. Parl. Chambre des députés. Session extraordinaire de 1889, p. 706 et s, Ann. 3389.

pression sur l'opinion publique est très forte[978] et la Chambre des Députés, élue en 1885, se retrouve devant un projet considérablement allégé par rapport à celui voté par les sénateurs six ans plus tôt. En effet, le nouveau projet dissipe quelques inquiétudes, notamment, celles qui concernent la participation financière de l'État relativement à la prise en charge de l'enfance malheureuse et moralement abandonnée[979]. Le 12 janvier 1889, Gerville Reache présente un nouveau rapport[980] et le 18 mai, le projet de loi est enfin adopté en seconde lecture[981]. Le 18 juin : « l'urgence est déclarée, le projet est alors adopté sans discussion par le Sénat »[982]. En effet, la loi est votée successivement par les deux

[978] *J.O.* 1887, annexes, p. 499, n°1081 : En 1884, le projet transmis à la chambre des députés est renvoyé en Commission spéciale et le 26 mai, Gerville Reache fait un rapport à la chambre des députés. Le 13 juillet 1886, il dépose son rapport sous la forme d'un nouveau projet devant la chambre des députés. Le 13 juillet 1886, il dépose son rapport sous la forme d'un nouveau projet devant la chambre des députés. Le 14 avril 1888, un décret gouvernemental crée le Conseil Supérieur de l'Assistance Publique qui donne son avis sur ce projet. Il doit clarifier le projet et Loys Brueyre en est chargé. Parmi les 67b membres du conseil, il y a 27 médecins et 16 parlementaires dont Théophile Roussel, Jules Simon, Gerville Reache, Félix Voisin, Loys Brueyre, Ferdinand Buisson, Paul Stauss, c'est-à-dire tous les protagonistes qui réfléchissent depuis fort longtemps sur le problème. Au mois de juin, le directeur de l'Assistance Publique fait un rapport au président du Conseil, Ministre de l'Intérieur, le Gouvernement saisit le Conseil d'Etat du projet, qui l'adopte après modification. Durant l'été, le rapport de Loys Brueyre puis de Courcelle Seneuil se succèdent. Le 22 décembre, le projet de loi est présenté par le gouvernement à la chambre des députés. Projet de loi ministériel. Floquet, 22 décembre 1888.

[979] Gabriel Baudry-Lacantinerie, « De l'extinction de la puissance paternelle stricto sensu et de la déchéance de la puissance paternelle lato sensu » Traité de Droit civil des personnes, 1905, IV, p. 258 : « Le 22 décembre 188, le gouvernement déposait sur le bureau de la Chambre des députés, un projet dont le but était défini par l'exposé des motifs dans les termes suivants « Protéger les enfants contre les parents indigne sen prononçant à l'égard de ces derniers la déchéance de la puissance paternelle, procurer aux actions publiques, aux associations de bienfaisance et aux personnes charitables le moyen légal de pourvoir efficacement et avec sécurité à l'éducation des enfants qu'elles recueillent, enfin, régler la dévolution de l'Assistance Publique de la puissance paternelle retirée aux parents ou délaissée par eux ».

[980] Gaston Gerville Reache et Yvon le Villain, *La vérité par devoir*, Paris, Ibisrouge, 2001, p. 975.

[981] *J.O.* 26 mai 1889, p. 1122.

[982] Commentaire de la loi du 24 juillet 1889, D.P, 1890, IV, 15.

chambres[983] et promulguée le 24 juillet où « en une journée tout a été dit »[984]. Isabelle Demesley considère que : « Le vote final est à l'image de la structure du Sénat de l'époque, dominé par les républicains où 171 sénateurs se prononcent pour l'adoption et seulement 76 contre »[985].

Toutefois, le vote de l'article 9 de cette loi va tout de même poser certaines difficultés. Une des grandes critiques soulevées lors des débats parlementaires est la crainte d'une possibilité de duel judiciaire entre le père et la mère. En effet, cet article prévoit la possibilité pour la mère légitime de saisir le tribunal compétent : « afin d'obtenir la déchéance de la puissance paternelle, en cas d'inconduite notoire ou d'ivrognerie du père, mettant en péril la santé, sécurité ou moralité de ses enfants. Cette innovation choque profondément de nombreux auteurs et politiques de l'époque, dans la mesure où elle introduit selon eux, une lutte au sein du foyer familial, qui porte alors atteinte à l'honneur de la famille et de son chef »[986].

Pour autant, cette loi apporte un changement important dans l'organisation des droits de la famille. Ainsi, avec la loi de 1889, la notion de puissance paternelle est redéfinie comme « L'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants mineurs et non émancipés pour leur permettre d'accomplir leur devoir de parents [987] », ce qui va vraiment modifier en droit les relations entre les parents et les enfants au sein de

---

[983] Baudry-Lacantinerie G, Cheneaux . G, Bonne-Carri, *De l'extinction de la puissance paternelle « stricto sensu » et de la déchéance de la puissance paternelle « lato sensu », Traité de droit civil des personnes*, t.4, 1905, p. 258.

[984] *J.O.* 26 mai 1889. P. 1122. Voir Pellerin L. M., Le père déchu : débats autour de la loi du 14 juillet 1889, op. cita. p. 154.

[985] Isabelle Demesley, *Des parents, étude juridique et judiciaire*, *op. cit*. p. 40 et suiv.

[986]Louis-Marie Pellerin, « Le père déchu : débat autour de la loi du 24 juillet 1889 », *op. cit.*, p. 142.

[987]Pierre Gautron, *Le contrôle des tribunaux sur l'exercice du droit de garde de la puissance paternelle durant le mariage,* thèse de doctorat, Université de Rennes, 1931, p. 1 : « La puissance paternelle comprend plusieurs attributs, tels que le droit de garde, d'éducation, d'émancipation… ».

la famille et faire admettre l'idée que le père ne peut abuser de ses droits et ne peut donc plus être le seul arbitre de l'étendue de son autorité[988].

B. La dévolution de la puissance paternelle à la mère après la déchéance de la puissance paternelle du père

En cas de déchéance de la puissance paternelle, il est naturel de s'interroger sur la passation de l'exercice des droits de la puissance paternelle. Il semble tout à fait normal et ce dans l'intérêt de l'enfant, que la mère puisse recueillir les droits de la puissance paternelle.

Le législateur de 1889 en a pourtant disposé autrement à travers l'article 9 de cette loi qui ne consacre pas la dévolution automatique de la puissance paternelle à la mère comme une conséquence nécessaire de la déchéance prononcée contre le père. Le Sénateur Clément est alors un des seuls à s'insurger contre l'idée que la mère ne puisse pas recueillir la puissance paternelle d'une manière automatique en cas de déchéance du père et écrit au cours des discussions de 1883 : « On doit remarquer en effet, qu'en même temps que la mère ne se serait pas personnellement rendue indigne d'exercer la puissance paternelle par une participation aux actes qui ont entrainé la déchéance du père, le fait de la vie commune, du contact et de l'influence du père est d'une telle importance que si la mère était investie de droit sur l'enfant, les effets de la décision rendue contre le père seraient annulés »[989].

Exclamation à droite, le duc de Brogolie s'exclame ainsi : « C'est inouï ! » alors que Clément poursuit : « Voilà pourquoi on donne au tribunal le droit ou plutôt on lui impose l'obligation (…) en prononçant la déchéance du père, de

[988] Sur la déchéance de la puissance paternelle, voir le manuel de David Deroussin, *Histoire du droit privé XVI^e^-XXI^e^ siècle*, Paris, Ellipses, 2010, 460 p.
[989] *Annales du Sénat : Débats parlementaires*, Volume 2, Paris, Imprimerie des Journaux officiels, 1883, p. 22.

décider par le même jugement si la mère sera tenue ou non dans l'exercice de la puissance paternelle. Si on détourne ces regards de ce milieu corrompu que la Commission a eu seul en vue, si on considère, au contraire dans son ensemble notre société française où le dévouement des mères est si grand où la pureté de vie est Dieu merci, la règle générale, comment admettre qu'on est enveloppé d'une telle défiance et d'une telle suspicion ? »[990].

L'article 9 est tout de même voté par la majorité républicaine et découpé ainsi en trois points qui traitent successivement de la déchéance du père de plein droit, facultative ou en cas de remariage: « Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le ministère public ou les parents désignés à l'article 3 saisissent sans délai la juridiction compétente, qui décide si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil. Dans ce cas, il est procédé comme à l'article 4. Les articles 5, 6 et 7 sont également applicables.

Toutefois, lorsque les tribunaux répressifs prononceront les condamnations prévues aux articles 1 et 2, paragraphes 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans les conditions établies par la présente loi. Dans le cas de déchéance facultative, le tribunal qui la prononce statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice, en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la Chambre du Conseil, dans les termes de l'article 5, pour la période premier âge.

[990] *Annales du Sénat : Débats parlementaires*, Volume 2, Paris, Imprimerie des Journaux officiels, 1883, p. 22.

Si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage, la nouvelle femme peut, en cas de survenance d'enfants, demander au tribunal l'attribution de la puissance paternelle sur ces enfants»[991].

Force est de constater que l'influence du père avec lequel la mère continue à vivre pousse le législateur de 1889 à laisser au Tribunal le soin de décider si la mère pourra ou non exercer la puissance paternelle. En effet : « conférer la puissance paternelle à la mère n'empêchera nullement le père déchu, mais vivant avec sa femme, sinon d'exercer en fait ce pouvoir, du moins de donner de mauvais exemples à ses enfants ou de les livrer à ma débauche. Il revient donc au juge d'apprécier la situation au regard de l'intérêt de l'enfant, sachant qu'on recherche avant tout sa protection corporelle et morale » [992].

Un autre facteur, peut également influencer la décision du juge lorsqu'il s'agit de déterminer si la puissance paternelle sera confiée à la femme du père déchu, celui de la prise en compte de la gravité de la condamnation prononcée contre ce dernier, gravité appréciée, cette fois-ci, non pas selon le critère moral, mais selon un critère de pur fait qui repose sur la durée de la peine prononcée contre le père[993].

Dans le cas de l'affirmative, lorsque la mère est investie par les tribunaux de la puissance paternelle, elle possèdera l'exercice de tous les droits relatifs à la personne, tels que les droits de garde, d'éducation et de correction et l'usufruit

---

[991] En vertu de la loi de 1189, lorsque l'action est seulement dirigée contre le père, le tribunal doit statuer sur les droits de la mère ? Il a été ainsi jugé, que le père déchu de la puissance paternelle, ne peut attribuer à un tiers sans que la mère soir appelée au proc et au besoin mise en cause d'officie. C. A. Agen. 22 décembre 1895*, Dalloz*, 1898. II. 184.

[992] Jérôme Ferrand, *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle, op. cit.*, p. 522.

[993] *Ibid.*, p. 522 : « si le père est condamné à dix ans de réclusion ou de travaux forcés, les inconvénients qu'il y a à confier l'enfant à la mère, si bien qu'elle offre par ailleurs les garanties requises, sont moindres que si ce dernier est condamné à six mois d'emprisonnement. Ces deux facteurs vont donc permettre aux tribunaux de déterminer si l'intérêt de l'enfant passe par l'octroi de la puissance paternelle à sa mère ».

légal des biens. On peut tout à fait comprendre la position des tribunaux qui envisagent cette idée davantage comme une mesure de précaution que comme une sanction puisque lorsque les époux vivent encore ensemble, le père peut encore abuser de ses droits en raison de l'ascendant qu'il pourrait avoir sur sa femme.

Par ailleurs, il se peut également que l'exercice de la puissance paternelle soit refusé à la mère et que le père déchu décède pendant la minorité de l'enfant. En effet, « aux termes du Code civil, l'autorité paternelle en cas de prédécès du père passe en principe à la mère avec tous ses attributs »[994] or le fait, que, du vivant du père l'exercice de la puissance paternelle soit déféré à d'autres que la mère, à l'Assistance publique par exemple, doit-il faire obstacle à l'application de cette règle ? La loi du 24 juillet 1889 est muette à cet égard. Toutefois : « lorsque par suite de la déchéance du père, un tuteur a été donné aux enfants nonobstant l'existence de la mère, la mère a le droit, si le père vient à mourir de convoquer le Conseil de Famille, qui décide si la tutelle continuera à subsister, ou si cette tutelle appartiendra à la mère selon le droit commun »[995].

Dans le mesure où le seul motif qui fait obstacle à la dévolution automatique de l'exercice de la puissance paternelle à la mère, du vivant du père, à savoir l'ascendant du père sur sa femme, n'existe plus en cas de décès de celui-ci il est tout naturel que la mère recouvre l'exercice de cette puissance.

Enfin, quelle que soit la décision du tribunal, la mère conserve quoiqu'il advienne en revanche les droits prévus à l'article 14 de cette loi, à savoir le consentement au mariage, à l'adoption et à l'émancipation.

---

[994] Victor Alexis Désiré Dalloz, *Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, op.cit., p. 45.
[995] Adrien Carpentier, *Répertoire général alphabétique de droit français*, Paris, Larose, 1904, p. 1028.

A la suite de la mise en vigueur de la loi du 24 juillet 1889, un certain nombre de textes vont être votés par le Parlement et vont dans une certaine mesure modifier et améliorer la situation de la mère.

§2. L'impact des changements législatifs advenus entre 1889 et 1970

La création d'une loi spéciale relative à la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés qui permet de déchoir le père ou la mère et qui coupe tout lien avec leurs enfants « a rencontré bien des résistances et suscité bien des critiques et des passions. Toutes les modifications, rectifications et retouches en ce domaine en sont affectées »[996]. La législation adoptée en 1889 institue la déchéance de la puissance paternelle dans tous les cas où les parents se montrent indignes d'exercer leurs droits sur leurs enfants et met ainsi en place ce qui est appelé « un système du tout ou rien »[997] et les tribunaux ne peuvent en fractionner les effets[998].

---

[996] Isabelle Demesley, *Des parents déchus*, *op.cit.*, p. 34 : « Cinq étapes-clés retracent l'évolution du régime de la déchéance : La première concerne la mise en œuvre de la loi du 24 juillet 1889 et une déchéance totale des droits du père ou de la mère fondée sur le dogme de l'indivisibilité des droits de la puissance paternelle.
-La seconde aborde la modération de cette déchéance totale, avec l'adoption de la loi du 15 novembre 1921, qui autorise un retrait seulement partiel de la puissance paternelle du père ou de la mère.
-La troisième est marquée par la politique des familles indignes. Ils vont adopter, dans le cadre du régime de Vichy, une politique visant des individus catégorisés comme suspects.
-La quatrième peut –être qualifiée d'étape « transitoire » ou d'étape « passerelle ». En effet, une réflexion s'engage réellement sur les mesures les plus adéquates à prendre face à l'indignité d'un père ou d'une mère à l'égard de son enfant ou de ses enfants. L'influence des systèmes européens contemporains va être déterminante quant à l'adoption de mesures intermédiaires. L'ordonnance du 23 octobre 1958 qui met en œuvre l'assistance éducative séduit du fait de son approche éducative et non plus répressive du problème délicat des enfants en danger par le fait de leur père ou de leur mère.
-Enfin la cinquième étape s'ouvre à l'entrée en vigueur de la loi du 4 juin 1970, qui opère des transformations importantes tant de fond que de forme. C'est la mise en place d'une déchéance seulement facultative de l'autorité parentale du père ou de la mère ».

[997] Marcel Planiol et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil*, Paris, 1952, p. 869.

[998] Article 1 et 2, loi du 24 juillet 1889.

En revanche, cette législation ne met en œuvre que des règles strictes et laisse peu de place à l'appréciation souveraine des juges du fond. De ce fait, cette loi va subir différentes modifications. Certains parlementaires soutenus par une partie de la doctrine se sont acharnés à obtenir des modifications profondes du projet originel, voir même à repousser en totalité l'institution de la déchéance. Par conséquent, il a fallu plusieurs années de débats passionnés, d'enquêtes minutieuses et de rapports contradictoires afin de surmonter tous les obstacles posés par les adversaires et ennemis de la déchéance.

En effet, en 1889, la déchéance est totale et obligatoire, les droits de la puissance paternelle sont indivisibles, et la mère a un rôle effacé, voire, doit subir dans certains cas, comme par effet de ricochet de sa situation maritale, l'indignité du mari. Dès la fin du XIX^{e} siècle, ce système de déchéance sera combattu par de nombreux auteurs et politiques de l'époque et la loi du 15 novembre 1921 va mettre en place une déchéance totale ou partielle **(A)** avant que de nouvelles retouches soient effectuées entre 1938 et 1970 **(B)**.

A. La loi du 15 novembre 1921 sur la déchéance totale ou partielle

La réticence à l'égard de l'institution en place n'est réellement prise en compte qu'au début des années vingt, par la loi du 15 novembre 1921. Etienne Flandin va alors déposer sur le bureau de la Chambre une proposition de loi le 18 avril 1918, qui est devenue la loi du 15 novembre 1921 et qui va mettre en place le retrait de « tout ou partie » des droits de la puissance paternelle[999].

Cette loi va compléter la loi du 24 juillet 1889 et va modérer cette déchéance totale en laissant place à une déchéance qui peut être totale ou partielle, mais laisse malgré tout subsister cette méfiance à l'égard de la mère.

[999] Gaston Griolet, *Nouveau Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, *op.cit.*, p. 29.

L'article 9 modifié par la loi de 1921, demeure assez obscur sur certains points et maintient ainsi la prépondérance du père de famille dans toutes les situations : « Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le ministère public ou les parents désignés à l'article 3 saisissent sans délai la juridiction compétente, qui décide si dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle tels qu'ils sont définis par le Code civil. Dans ce cas, il est procédé comme à l'article 4. Les articles 5, 6 et 7 sont également applicables. Toutefois, lorsque les tribunaux répressifs prononceront les condamnations prévues aux articles 1 et 2, paragraphes 1, 2, 3 et 4, ils pourront statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans les conditions établies par la présente loi »[1000].

L'addition faite au §3 de l'article 9 donne la possibilité au tribunal d'attribuer les droits à la mère vivante non déchue, en cas de retrait partiel prononcé contre le père s'il l'en juge digne et capable : « (…) Dans le cas de la déchéance facultative, ou de retrait de tout ou partie des droits de la puissance paternelle, le Tribunal qui prononce l'une ou l'autre de ces deux mesures statue par le même jugement sur les droits de la mère à l'égard des enfants nés et à naître, sans préjudice en ce qui concerne ces derniers, de toute mesure provisoire à demander à la Chambre du Conseil dans les termes de l'article 5, pour la période du premier âge»[1001].

Des transformations ultérieures vont se produire entre 1938 et 1970 et vont apporter les dernières retouches en matière d'égalité des parents.

[1000] Le bulletin législatif, vol. 4, Dalloz, 1921, p. 625.
[1001] Gaston Griolet, *Nouveau Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, vol 1, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1928, p. 28.

B. Les transformations législatives opérées entre 1938 et 1970

La loi du 18 février 1938 ne traite pas directement de la déchéance de la puissance paternelle. En effet, cette loi ne change que le principe, c'est-à-dire que l'épouse devient en principe capable. En ce sens, les alinéas 1 et 3 de l'article 9 continuent à recevoir application dans les décisions judiciaires, sous la nouvelle rédaction de l'article 373 du Code civil qui peut être interprété comme les abrogeant tacitement.

Dans le même sens, la loi du 22 juillet 1942 ne va en rien toucher à l'article 9 et ce dernier va donc demeurer en décalage par rapport au principe de l'égalité des époux consacré par la loi du 22 septembre 1942.

Il faut ainsi attendre la loi du 4 juin de 1970 pour que la législation soit réellement retouchée. Pour la première fois, le Code civil ajoute aux articles 378 et suivants du Code civil que la déchéance de l'autorité parentale devient, au civil comme au pénal, une mesure toujours révisable et toujours facultative. La loi de 1970, qui abroge celle de 1889 et son article 9 §3, pose le principe de la dévolution légale automatique de l'autorité parentale au père ou à la mère[1002].

En effet, l'article 380 du Code civil précise qu'« en prononçant la déchéance ou le retrait du droit de garde, la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au Service Départemental de l'aide Sociale à l'Enfance. Elle pourra prendre les mêmes mesures lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet de la déchéance prononcée contre l'autre »[1003]. En toute logique, étant donné que l'autorité s'exerce collégialement, les problèmes antérieurs de détermination à l'égard de la mère des

[1002] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme, op.cit.,* p. 204.
[1003] Annales de l'Assemblée Nationale, vol. 5., Paris, Imprimerie des journaux officiels, p. 893.

conséquences de la déchéance ne doivent plus se poser et la dévolution doit être automatique.

Ainsi, si l'un des époux décède ou se trouve soit empêché, soit absent, soit privé de son autorité à la suite d'une délégation, d'une condamnation pour abandon de famille ou d'un jugement de déchéance ou de retrait, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu dans son entier à l'autre.

Les conséquences énumérées à l'article 373 du Code civil sont les mêmes pour la déchéance et le retrait. Mais le régime de la déchéance et du retrait conserve malgré tout, dans ce domaine une particularité par rapport aux autres régimes comme le décès ou l'absence. Rappelons que sous l'empire de la loi du 24 juillet 1889, le principe est que la mère, en cas de déchéance du père, ne se voit attribuer les droits de puissance paternelle, qu'en cas de décision du tribunal ; or sous la loi de 1970, le choix est inverse. Le principe est celui de la dévolution automatique de l'autorité parentale et l'exception celle d'une décision contraire du tribunal[1004]

En effet, si le législateur exclut toute déchéance et tout retrait contre celui des parents qui n'a pas personnellement démérité, il donne tout de même au tribunal la faculté de s'opposer à cette dévolution automatique. Le procureur de la République ne semble pas pouvoir s'opposer à cette dévolution, alors que sous l'empire de l'ancien article 374 de Code civil, il était admis que le ministère public avait le droit de faire échec à l'exercice de la puissance paternelle par la mère[1005]. Le motif invoqué est identique à celui de 1889, cette dévolution directe est

[1004] Marie France Callu*, Le nouveau droit de la femme*, *op.cit.,* p. 204.
[1005] Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil*, 2ème édition, Tome I, par René Savatier avec le concours de Jean Savatier N°32 ter. Mais, le ministère public pourrait évidemment, si les conditions sont réunies, exercer une action en déchéance ou saisir le juge des enfants pour qu'il organise une assistance éducative.

susceptible de déboucher sur l'inefficacité de la sanction en raison de la communauté de vie des parents[1006].

En fait, le véritable changement repose sur le fait qu'il n'y a plus de suspicion à l'égard de la mère. Au terme de l'article 180 du Code civil, il n'y a plus de référence directe à l'un ou l'autre des parents. Le tribunal peut donc décider de ne pas laisser la garde à celui qui continue de vivre avec le parent déchu, peu importe que ce soit le père ou la mère. La suspicion existe par conséquent toujours, mais cette fois, à l'égard des deux. Et c'est bien là, le bouleversement important apporté par la loi de 1970. Le deuxième changement essentiel est reflété par la volonté du législateur d'assouplir le régime de la déchéance, en attribuant à de telles mesures, un caractère à la fois facultatif et temporaire sur demande du père ou de la mère déchu antérieurement.

Aux termes également des articles 378 à 381 du Code civil, la loi du 4 juin 1970 et le décret du 23 décembre de la même année, abrogent la loi du 24 juillet 1889 et l'ensemble de ses modifications postérieures et déterminent avec précision et concision les règles nouvelles relatives à la déchéance de l'autorité parentale.

[1006] Raymond Legeais, « L'autorité parentale *», Répertoire Défrenois*, 1973, n°145, n°229, p.189.

Conclusion du chapitre I

Ainsi s'achève l'étude des différents cas où la mère devient à son tour chef de famille lorsque le père est absent, atteint d'une incapacité temporaire ou encore en cas de déchéance de la puissance paternelle.

De toute évidence, la législation en matière de dévolution de la puissance paternelle à la mère lorsque le père ne peut exercer cette autorité s'est progressivement adaptée à l'évolution des mœurs et des comportements des individus.

Alors que la législation de 1804 n'avait prévu qu'un nombre de situations restreintes, obligeant la doctrine à suppléer ces diverses carences la législation du XX^{e} va aplanir les doutes et unifier le système afin de régulariser et d'uniformiser toutes ces situations complexes liées à la défaillance du père en matière d'autorité et à la suppléance de la mère de famille. À travers ces diverses mutations sociales et législatives, les mères de famille ont peu à peu obtenu des droits égaux à ceux du père, à l'image de la condition de l'épouse qui s'est également sensiblement transformée à travers ces lois.

À travers les lois du 18 février 1938, du 23 juillet et 22 septembre 1942 le législateur a su créer un système ayant un caractère définitif et de portée générale qui permettra de clarifier les doutes en octroyant l'autorité à la mère de famille lorsque celle du père fait défaut.

Ces nouvelles dispositions marquent de façon catégorique l'aptitude de la femme à tenir à égalité le rôle qui incombait normalement au mari. La mère se doit désormais de remplacer le père dans ses fonctions de chef, ce qui est bien une conséquence de son rôle d'associée dans la direction de la famille et ce pouvoir lui est acquis de plein droit, sans formalité.

Enfin, à travers la loi du 4 juin 1970 la confiance faite à la mère va ressortir plus que jamais en cas d'empêchement du père, puisque, contrairement au régime antérieur, la dévolution de toute l'autorité parentale en sa faveur est automatique en vertu de l'article 371-1 du Code civil. Dans cet automatisme, les commentateurs enregistrent un progrès notable : « l'esprit même du texte semble nouveau : il ne s'agit plus d'assurer un remplacement à la tête de la famille, mais plutôt de déterminer les cas dans lesquels l'un des deux époux perdra ses droits à la direction du foyer »[1007].

Cependant, ce principe n'est pas aussi absolu puisque les nouvelles dispositions remplaçant la loi du 24 juillet 1889, abrogée tacitement à partir du 1 janvier 1971 par l'article 18 de la loi du 4 juin 1970 : « permettent toujours au juge, statuant sur la déchéance de désigner un tiers comme gardien ou de confier l'enfant à l'Aide sociale, même si l'autre parent est vivant et non déchu de ses droits »[1008].

[1007] Rapport Tisserand, *op.cit.,* p. 27 : « A ce propos, le concept de « dévolution » avait paru illogique aux rapporteur de la Commission des lois. La mère ayant perdu son rôle de remplaçante, il ne pouvait être question de lui transférer un droit qu'elle possédait déjà. Le terme a cependant été maintenu dans la mesure où les pouvoirs ordinaires de la mère se trouvent complétés et renforcés par ceux que l'on enlève au père condamné, déchu ou ne pouvant plus manifester sa volonté. En ce sens, il y a bien dévolution de pouvoirs à la mère ».

[1008] Marie-France Callu, *Le nouveau droit de la femme*, Paris, l'Hermes, 1978, p. 204.

Chapitre II. Le transfert de la puissance paternelle à la mère après la dissolution du mariage

« La loi distingue l'exerce de la puissance paternelle pendant le mariage, de l'exercice de cette même puissance après sa dissolution ».

Henri-Louis Perronneau[1009].

Dans son traité sur la puissance paternelle, Henry Taudière explique que « tant que dure le mariage, la puissance paternelle appartient communément au père et à la mère. Le même devoir incombe à l'un et à l'autre, et chacun d'eux en est tenu pour le tout. Ces principes étant posés, qu'advient-il en cas de divorce, de séparation de corps ou après le décès du père »[1010] ?

Les règles admises comme principe, quant à la puissance paternelle durant le mariage viennent à être adaptées à certaines situations comme le divorce, la séparation de corps ou encore le veuvage.

Romuald Szramkiewicz et Jacques Bouineau donnent la définition suivante de la notion du divorce : « le divorce est la rupture d'un mariage prononcée par l'autorité judiciaire sur la demande de l'un des époux et pour les causes que la loi détermine. La séparation de corps est l'état de deux personnes dispensées par la justice de l'obligation de vivre ensemble que le mariage leur imposait»[1011].

Les définitions qui précèdent laissent voir que le divorce dissout le mariage, tandis que la séparation de corps le laisse subsister mais dispense seulement les époux de l'obligation de vie commune. Cette différence fondamentale engendre plusieurs conséquences soit dans les relations entre les époux soit dans les

---

[1009] Henri-Louis Perronneau, *Dictionnaire raisonné des matières de législation civile, criminelle, de finance et administrative,* Paris, Perroneau, an XIII, p. 321.
[1010] Henry Taudière, *Traité de la puissance paternelle, op. cit.*, p. 499.
[1011] Romuald Szramkiewicz et Jacques Bouineau, *Histoire des institutions 1750-1914*, Paris, Litec, 1998, 693 p.

relations avec les enfants et donc sur la puissance paternelle exercée par la mère **(Section 1)**.

Par ailleurs, il est également nécessaire d'analyser le mécanisme et l'évolution du transfert de cette puissance dès lors que le père ne peut plus exercer ses fonctions, et ce, de manière irrémédiable, à savoir lorsque la mère devient veuve. Aucun pouvoir ne peut désormais se poser en concurrence avec le sien, et aucun conflit n'est possible à l'avenir puisque seule elle est responsable de l'éducation de ses enfants, seule elle a qualité pour la diriger : « juridiquement, la femme prend de plein droit la place du mari vis-à-vis des enfants et devient tutrice de ceux qui sont mineurs non émancipés. Elle est alors assistée par le conseil de famille et par un subrogé tuteur pris dans la ligne paternelle, mais il n'y a là aucune atteinte à son droit. Enfin, elle administre librement les biens de ses enfants mineurs, mais devra leur en rendre compte à leur majorité »[1012]. Mais cette législation va changer en 1944 lorsque la loi du 14 décembre 1964 va modifier cette réformation de la tutelle en faisant du conjoint survivant l'administrateur légal et non plus le tuteur[1013].

Par conséquent, il s'agit d'étudier la situation de la veuve avant et après l'application de la loi du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation **(Section 2)**.

[1012] Françoise Guelaud-Leridon, *Recherches sur la condition féminine de la société d'aujourd'hui*, Paris, PUF, 1987, p. 112.
[1013] *Ibid.,* p. 112.

Section 1. L'exercice de la puissance paternelle de la mère de famille après le divorce ou la séparation de corps

> « Le contrat de mariage n'appartient pas aux époux seuls, et il ne peut être détruit par eux ; les enfants, la société y sont intéressés »
>
> Bigot de Préameneu [1014].

En cas de divorce ou de séparation de corps entre les parents, l'autorité judiciaire est amenée à se préoccuper des enfants. En situation de divorce, tout comme lors de la séparation de corps, les deux parents sont vivants : « Le plus souvent, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé n'en est pas moins dévoué à ses enfants que celui qui l'a obtenu en sa faveur puisque cela ne remet pas en cause la capacité à être un bon parent. Mais le mariage est dissous, la famille dispersée et les enfants doivent suivre l'un des époux à qui est confiée la garde »[1015].

Pour confier l'exercice de cette puissance paternelle : « la loi s'est prononcée en faveur de l'époux qui doit être présumé le plus digne, c'est-à-dire de celui qui a obtenu le divorce en vertu des dispositions de l'article 302 »[1016]. Les tribunaux ont alors un pouvoir souverain pour régler l'exercice du droit de garde en prenant exclusivement pour guide l'intérêt et le plus grand avantage des enfants. Ils peuvent ainsi, dans l'intérêt des enfants, comme le souligne Maurice Firmin Roure : « déroger à la règle de l'article 302 en confiant ces enfants ou

[1014]Jean-Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon*, *op. cit.*, p. 65 : Les travaux préparatoires du Code civil sont à ce titre riches d'enseignements. Le 13 août 1800, les consuls désignent Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu et Maleville afin de rédiger un projet. Selon Bigot de Préameneu : « le mariage n'appartient pas aux époux, et ils ne peuvent le détruire de leur seule volonté leurs enfants et la société y étant intéresses ».
[1015] Clément Fonvieille, *Du divorce : conditions des enfants*, Paris, Rousseau, 1893, p. 30.
[1016] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Paris, Larose et Forcel, 1891, p.453.

quelques-uns d'entre eux soit à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, soit même à une tierce personne »[1017].

Il s'agit dès lors d'envisager les modifications apportées par le divorce à l'exercice de la puissance paternelle **(§1)** avant de comparer cette situation aux modifications apportées par la séparation de corps **(§2)**.

§1. Les modifications apportées par le divorce à l'exercice de la puissance paternelle de la mère

Dans son analyse sur l'évolution de la divortialité et le statut de l'enfant, Jacques Commaille explique au sujet du divorce qu'il a longtemps été conçu : « par la stricte référence à la conception chrétienne de l'indissolubilité du lien matrimonial, le divorce a été interdit pendant des siècles et seulement institué suivant une conception libérale en 1792 pendant la période révolutionnaire, celle-ci ne constituant d'ailleurs qu'une sorte de parenthèse avant, dans un premier temps, le retour à une conception fondée sur la notion de faute puis, dans un second temps, le retour à l'orthodoxie avec de nouveau son interdiction sous la Restauration en 1816 »[1018].

Sous l'Ancien régime, la religion catholique, alors religion d'État, interdit le divorce. L'Église catholique, tout en admettant la séparation de corps, affirme l'indissolubilité du mariage-sacrement puisque l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni. Au moment de la Révolution, le mariage devient un contrat civil, donc susceptible d'être résilié. La loi du 20 septembre 1792 va admettre le divorce dans des conditions très larges à l'image du grand principe de la liberté

[1017] Maurice-Firmin-Felix Roure, *Les droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant*, *op. cit.,* p. 83.
[1018] Jacques Commaille, « L'évolution de la divortialité et le statut de l'enfant », in *Enfance*, t. 34, n°1-2, 1981, p. 24.

prônée dans la Déclaration des Droits de l'Homme qui semble d'ailleurs, aux yeux des réformateurs, incompatible avec un engagement pour la vie.

Au cours du premier trimestre 1793 on a relevé à Paris, 562 divorces pour 1875 mariages alors que sous le Directoire, la facilité des mœurs amène une multiplication des divorces. Les rédacteurs du Code civil connaissaient alors les dangers du divorce en ayant vécu l'expérience révolutionnaire. Il ne semble d'ailleurs pas que Bonaparte ait exigé le maintien du divorce. Il souligne, à plusieurs reprises, les dangers du divorce : « La plus funeste de toutes les modes », disait-il et va jusqu'à refuser les femmes divorcées dans les réceptions officielles[1019].

Après la rédaction du Code civil, il écrit à son frère Joseph, alors roi de Naples : « Si le divorce vous gêne pour Naples, je ne vois pas d'inconvénient à cartonner cet article »[1020]. C'est seulement plus tard qu'il change d'opinion ; il écrit à Murat, successeur de Joseph sur le trône de Naples : « J'ai lu avec attention le mémoire remis par notre ministre Secrétaire d'État de la justice sur le Code Napoléon. La considération la plus importante dans ce Code est celle du divorce. Elle est le fondement. Vous ne devez y laisser toucher d'aucune manière. C'est la loi de l'État. Je préférerais que Naples fût à l'ancien roi de Sicile plutôt que de laisser ainsi châtrer le Code Napoléon »[1021].

Les rédacteurs du Code vont longuement discuter sur la législation à adopter en situation de divorce, et ont décidé de le règlementer de manière assez strict pour éviter les abus du passé. Dès le début du Consulat, Bonaparte veut réagir contre l'excès des libertés. Le Code civil maintient le droit au divorce, mais le divorce pour incompatibilité d'humeur est supprimé et le nombre des « motifs

[1019] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, *op.cit.*, 1995, p. 639.
[1020] Maximilien Vox, *Correspondance de Napoléon. Six cents lettres de travail (1806-1810)*, Paris, Gallimard, 1943, p. 336.
[1021] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, *op.cit.,* 1995, p. 639.

déterminés » auparavant au nombre de sept est réduit à trois : adultère, excès ou sévices, condamnation à des peines graves et infamantes : « C'est un divorce-sanction qu'ils instituent : en principe un époux ne peut obtenir le divorce que s'il établit une faute grave commise par son conjoint. Ils admettent toutefois le divorce par consentement mutuel, mais dans la marge, limité par une triple réitération de la volonté des époux, par l'obligation d'obtenir le consentement des parents de chacun des époux, par la nécessité d'un accord sur la garde et l'éducation des enfants, et enfin par l'abandon aux enfants de la moitié de la fortune de chaque époux »[1022].

Sous la Restauration, le divorce sera supprimé à travers le vote de la loi du 18 mai 1816, qui d'ailleurs sera largement consentie par 225 députés contre 11[1023]. Dès le retour de Louis XVIII sur le trône, le catholicisme redevient religion d'État et le divorce est de nouveau interdit par la loi du 8 mai 1816 telle « une œuvre de réaction cléricale or, la charte de 1814 déclare la religion catholique religion de l'État et la religion catholique n'admet pas le divorce, donc la loi civile se devait le proscrire »[1024]. Toutefois, Gabriel Baudry-Lacantinerie rajoute qu' : « il est remarquable que les articles du Code civil relatifs au divorce ne soient pas abrogés expressément par le législateur de 1816. Celui-ci a sans doute senti la nécessité de les laisser subsister comme complément de la séparation de corps, respectant ainsi les intentions probables du législateur de 1803, qui en règlementent la séparation de corps avec une grande sobriété, avait entendu certainement que les nombreuses lacunes de son œuvre sur ce point seraient comblées par des emprunts faits à la législation du divorce »[1025].

[1022] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil*, *op.cit.,* 1995, p. 639.
[1023] *Ibid*., p. 640.
[1024] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil: Des personnes*, t. 3, Paris, L. Larose, 1902, p. 6.
[1025] *Ibid*., p. 7.

Effectivement, la jurisprudence appliquait en matière de séparation de corps de nombreux articles du titre du divorce, de telle sorte que Léon Renault, le rapporteur de la nouvelle loi sur le divorce à la chambre des députés pense que « c'est une institution détruite qui a continué à fournir des régimes pour l'application d'une disposition devenue non seulement principale, mais unique ». Il ajoute également que « Le divorce est resté dans le monument de nos lois comme une statue momentanément voilée, mais debout à la place où elle avait été originairement élevée, et qu'il est toujours facile de découvrir et de mettre en lumière »[1026].

Par la suite, la Révolution de 1830 va supprimer la religion d'État, dès lors, le divorce aurait pu être rétabli « puisqu'il n'avait été supprimé que comme étant incompatible avec des dogmes de la religion d'État »[1027]. Effectivement, de 1831 à 1834, la chambre des députés va voter à quatre reprises différentes, le rétablissement du divorce, mais ses efforts sont paralysés par l'obstination de la chambre des pairs qui refuse de laisser passer la loi. En 1848, un projet de rétablissement du divorce est déposé sur le bureau de l'Assemblée constituante, mais il sera retiré par son auteur et ne vint même pas en discussion : « Malgré quelques tentaives de rétablissement faites au cours de la Monarchie de Juillet de de la Seconde République, c'est seulement la loi du 27 juillet 1884 qui, à la suite d'une longue campagne conduite par le député Alfred Naquet, réintroduit le divorce en droit français. Le législateur choisit la voie du divorce-sanction »[1028], en effet, le législateur exclut désormais le divorce par consentement mutuel.

[1026] Max Botton et André Lebon, *Code annoté du divorce*, Paris, A. Rousseau, 1884, p. 246.
[1027] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil: Des personnes*, *op.cit.,* p.6.
[1028] Bénédicte Decourt-Hollender, « Faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX^{e} siècle », in *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 329-378.

Cette loi du 27 juillet 1884 sera modifiée sur plusieurs points par la loi du 18 avril 1886[1029].

À l'égard de la famille, si le divorce laisse subsister le droit de puissance paternelle des époux **(A)**, il peut entrainer une modification dans l'exercice de ce droit, ce qui va être règlementé par l'article 302 du Code civil. En revanche, l'article 303 prévoit que « quelle que soit la personne à laquelle l'enfant est confié, le père ou la mère conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation, sauf recours au tribunaux en cas de conflit » **(B)**.

A. Les effets du divorce sur la puissance paternelle

Gabriel Baudry-Lacantinerie explique que : « Le divorce dissout le mariage ; c'est là son effet principal. Il donne aux époux un état civil nouveau. Il produit aussi, par voie de conséquence, certains effets accessoires puisque bien qu'en rompant le lien qui unissait les époux l'un à l'autre, le divorce ne rompt pas le lien qui les unit à leurs enfants. Les époux divorcés conservent donc par rapport à leurs enfants le titre de père et mère légitimes, et aussi en principe les droits et les obligations attachés à ce titre »[1030].

Force est de constater que le divorce n'est pas évoqué au titre IX du Code civil, or, on peut déduire qu'en ce qui concerne les effets du divorce, dès lors que l'exercice de la puissance paternelle appartient au père seul en vertu de l'article 373 du Code civil en raison soit disant du besoin d'accorder la prééminence à l'un des époux sur l'autre, cette prééminence du mari sur la femme n'a plus sa raison d'être après le divorce. En effet, quand le divorce est prononcé, le privilège accordé au mari par l'article 373 du Code civil cesse et cet article, en spécifiant que « le père seul exerce cette autorité pendant le mariage », indique

[1029]Eugène Garsonnet et Charles César-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, Larose et Tenin, 1921, p. 347.
[1030] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des personnes, op.cit.*, p.176.

clairement que, les liens du mariage étant rompus, le mari n'est plus seul à exercer cette autorité. C'est ce qu'explique l'orateur du Tribunat Albisson, dans la séance du 24 mars 1803 « Ainsi, c'est au mari, comme chef de la société conjugale, que la puissance sur les enfants doit appartenir pendant la durée de la société, pour passer ensuite à la femme après sa dissolution »[1031].

Ainsi, après la dissolution du mariage, le père n'est plus considéré comme le chef de la société conjugale et donc ne bénéficie plus de la supérioté octroyée par l'article 373. En conséquence, il n'y a plus de raisons pour qu'il conserve seul le droit d'autorité et il convient d'attribuer l'exercice de ce droit au seul époux qui a obtenu la garde des enfants et qui par conséquent, à l'égard des enfants, devient le véritable chef de la famille[1032].

L'attribution de la garde de l'enfant

Pour confier l'exercice de cette puissance paternelle, la loi s'est prononcée en faveur de l'époux qui doit être présumé le plus digne, c'est-à-dire de celui qui a obtenu le divorce en vertu des dispositions de l'article 302[1033].

Toutefois, le principe même de la puissance paternelle ne fait pas l'objet d'une disposition formelle de la part du législateur. En effet, dans l'article 302 du Code civil, le législateur se contente d'indiquer à quelle personne seront confiés les enfants issus du mariage dont on a prononcé la dissolution : « Les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants , que tous ou quelques-uns d'eux seront confiés aux soins

[1031] Guillaume Jean Favard de Langlade et François Frédéric Poncelet, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil*, Paris, Firmin-Didot frères, 1838, p. 244.
[1032] Clément Fontvieille, *Divorce : condition des enfants*, Paris, Rousseau, p. 35.
[1033] Maurice-Firmin-Felix Roure, *Les droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant*, *op. cit.,* p. 84.

soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne »[1034] ; tandis que l'article 303 accorde à chacun des époux, donc même à celui qui n'a pas obtenu la garde, le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, le père et la mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ».

Par conséquent, il restera cependant toujours au père ou la mère qui n'a pas la garde des enfants et pour chacun d'eux si les enfants ont été confiés à une tierce personne : « le droit de surveiller, l'entretien et l'éducation desdits enfants, et, comme sanction, le droit de recourir aux tribunaux pour réprimer les abus qui seraient commis »[1035].

L'appréciation souveraine des tribunaux

En situation de divorce, les parents se trouvent munis des mêmes droits devant l'enfant commun et c'est le tribunal qui est appelé à les départager. Ainsi, le jugement qui prononce le divorce, d'après l'article 302, doit en principe confier les enfants à l'époux qui a obtenu le divorce.

En effet, une présomption défavorable pèse sur l'époux coupable qui prive l'enfant d'un foyer avec son père et sa mère. Si donc c'est le plus souvent à l'époux, père ou mère, en faveur de qui le divorce sera prononcé qu'incombera l'éducation de l'enfant, ce n'est pas là une règle sans exception. De ce fait, les tribunaux disposent d'un véritable pouvoir souverain pour régler l'exercice du droit de garde en prenant exclusivement pour guide l'intérêt et le plus grand

[1034] Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, Paris, Didot, 1838, p. 201.
[1035] Cass., 1er août 1883, S., 84. 1. 116, *D.,* 85. 1. 206 ; 24 juill. 1878, S., 79.1. 425, *D.*, 78.1.471.

avantage des enfants[1036]. À cet égard, le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, peut, dans l'intérêt des enfants : « ordonner que tous ou quelques-uns seront confiés soit à l'autre époux, soit à une tierce personne. Le pouvoir d'appréciation du tribunal est donc souverain, et, dès l'instant qu'il motive sa décision et la fonde sur l'intérêt de l'enfant, il peut même confier l'enfant à l'époux qui succombe dans l'instance. Il peut déclarer ces mesures applicables jusqu'à la majorité des enfants, ou les limiter à un certain âge ; il peut aussi les rapporter ou les modifier quand l'intérêt des enfants l'exige »[1037].

Force est de constater qu'en de tels cas de figure, les juges conservent souvent à la mère, même coupable, la garde des enfants en bas âge qui peuvent difficilement se passer des soins maternels. Mais la demande tendant à obtenir cette décision ne peut être formée que par le ministère public ou la famille. C'est ainsi qu'ils peuvent confier les enfants à la mère pendant leur bas âge et ensuite au père ou bien partager les enfants, en laissant les filles à la mère et les fils au père[1038].

Toutefois, tout en accordant la garde des enfants à l'un des époux, le tribunal permettra à l'autre époux d'aller les visiter à des époques et dans des conditions déterminées[1039]. En effet, il faudrait des motifs très impérieux et des circonstances tout à fait exceptionnelles pour retirer le droit de voir ses enfants à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé[1040]. Enfin, la décision du tribunal, en ce qui concerne la garde des enfants des époux divorcés, a toujours un caractère provisoire puisque c'est l'intérêt des enfants qui est ici le régulateur

[1036] Cass. 28 fév. 1893, S., 93. 1. 357 , *D.*, 93. 1. 206 ; 16 juil. 1888, S., 90. 1. 317, *D.* 89. 1. 456 ; 24 nov. 1886, S., 88. 1. 433. - Agen, 5 fév. 1900, *D.*, 1900. 2. 324.
[1037] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence op. cit.* p. 83.
[1038] Cass., 20 oct.1813, *D.* Rép.,v°Sépration de corps, n°324.
[1039] Cass. 1er août 1883, S. 84. 1. 116, *D.*, 85. 1. 206.
[1040] Cass., 7 mai 1900, *D,* 01. 452, S.,01.1. 12.

suprême ; or cet intérêt peut exiger que le juge modifie sa sentence[1041]. Ainsi s'agissant d'enfant en très bas âge, qui ont absolument besoin des soins maternels, le tribunal a ordonné qu'ils soient confiés à la mère, bien que le divorce ait été prononcé contre elle. Plus tard, le père pourra solliciter du tribunal une nouvelle décision ordonnant que les enfants lui soient rendus.

Enfin, en matière de divorce par consentement mutuel, le législateur laisse aux époux qui veulent user ce mode de rupture du lien conjugal la plus entière liberté pour régler amiablement les conséquences de leur acte. L'article 280 fait application du même principe à la garde des enfants : « Ils seront pareillement tenus de constater par écrit leurs conventions sur les trois points qui suivent : à qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ».[1042]

B. L'exercice de la puissance paternelle après le divorce

La règle générale veut que, pendant l'instance en divorce, le père, demandeur ou défendeur, garde l'administration provisoire des enfants puisque l'article 267 du Code civil, maintenu sans modification par la loi du 27 juillet 1884 prévoit que : « L'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur, défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande, soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants »[1043].

Cependant, comme « il peut y avoir de graves inconvénients à ce que les enfants restent dans tous les cas sous la garde du père pendant toute l'instance de

[1041] Cass., 4 juill. 1893*, D.*, 93. 1. 259 ; 1er avril 1883, S., 84. 1. 116, *D.*, 85. 1. 206.- Rouen, 7 juin 1899, *D.,* 1900. 2. 287, S., 1899. 2. 133.- Paris, 15 avril 1886, S., 86. 2. 186.
[1042] Henri-Jean-Baptiste Dard, *Code civil des français*, Paris, Commaille, 1805, p. 51.
[1043]Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence,* op.cit., p . 51.

divorce, la loi autorise expressément la mère, la famille et le ministère public à demander qu'il n'en soit pas ainsi, en faisant valoir les raisons qui militent en faveur de l'exception réclamée »[1044].

Ainis, une fois le jugement prononcé, les époux vont reprendre leur indépendance et rien justifiera désormais le rôle prépondérant qui était octroyé au père à des fins d'harmonie familiale désormais rompue.

L'obtention de la garde de l'enfant

Le jugement rendu aux termes de l'article 302 confie au parent chargé du soin des enfants les droits de garde et d'éducation avec les conséquences qui en découlent, et par la suite ces différents droits sont retirés à l'autre époux, ou aux deux époux si la personne choisie est un tiers. Pour rappel, les attributs de la puissance paternelle sont le droit d'éducation qui a pour corollaire le droit de garde et d'éducation ainsi que le droit d'administrer les biens personnels de l'enfant et le droit de jouissance légale. Par soins, il faut entendre entretien et éducation et par conséquent, l'époux qui n'est pas investi du droit de garde n'est cependant pas dépouillé des prérogatives que lui confèrent les articles 372 et 373, en vertu de l'article 303 précité[1045].

L'exercice de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant lorsque la garde est octroyée à la mère

Aucune difficulté ne se présente si les enfants sont confiés au père dès lors que celui-ci continue d'exerçer la puissance paternelle avec les mêmes pouvoirs

[1044]Clément Fontvieille, *Du divorce : condition des enfants*, *op.cit.*, p. 35.
[1045] Bruxelles,6 février 1879, Pas. b., 1879, 3, 358. « Attendu que la justice, en confiant l'enfant des parties à la défenderesse, a investi celle-ci du droit exclusif de soigner son entretien et de diriger son éducation ».

que pendant le mariage quoique sous la surveillance de la mère. La même solution parait être admise si les enfants sont confiés à la mère.

En revanche, on peut s'interroger sur l'influence du divorce sur la puissance paternelle, en dehors des droits de garde et d'éducation, confiés au gardien de l'enfant. Que faut-il décider pour les autres attributs de la puissance paternelle ?

L'article 302 a-t-il pour résultat au cas d'un divorce prononcé aux torts du mari de faire passer à la femme la puissance paternelle elle-même ? Le Code est muet sur ce point et le législateur ne s'est expliqué clairement qu'en ce qui concerne la garde. Pour tous les autres attributs de la puissance paternelle, la loi reste muette et aucune disposition formelle n'indique auquel des anciens époux appartiennent ces attributs après le divorce.

D'après Maurice Firmin Roure, plusieurs systèmes sont alors en présence : « Le premier considère que l'époux divorcé auquel l'enfant n'a pas été confié doit être considéré comme mort ; c'est un système auquel il est d'autant plus difficile de se rallier, que cet époux peut-être précisément celui au profit duquel le divorce a été prononcé et auquel la garde de l'enfant a été retirée dans l'intérêt de celui-ci. Un deuxième système, faisant observer que l'article 373 ne peut plus s'appliquer puisque le mariage est dissous, considère qu'il n'y a plus lieu de reconnaitre de prédominance au profit du père, et en conclut que, l'article 372 s'appliquant seul, les père et mère doivent avoir chacun des droits égaux ; c'est à la justice à se prononcer en cas de conflit. Le troisième système enfin, est évoqué par Leloir qui envisage de conserver, même après le divorce, la prédominance au père, sauf à la justice de réprimer les abus contraires à l'intérêt de la mère ou de l'enfant »[1046]. Demolombe fait du reste observer que les expressions de l'article 383 attribuant au père l'autorité « durant le mariage », signifient plutôt « durant sa

[1046] Maurice-Firmin Roure, *Les droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant, op.cit.*, p. 85.

vie », puisque le législateur, considérant le divorce comme une hypothèse exceptionnelle, envisageait en réalité le cas de la dissolution du mariage par décès.[1047]

Ce point de départ une fois fixé et ce principe adopté, les conclusions doivent en découler relativement à chacun des attributs de la puissance paternelle. Le père conservera les droits de consentement au mariage et d'émancipation qui lui sont du reste attribués d'une façon générale et formelle par les articles 148 et 477[1048]. De même, lui sera reconnu le droit de correction en présence des termes de l'article 375. Quant à l'administration légale, elle continue après le divorce, puisque l'article 390 ne fait commencer la tutelle légale de l'un des époux qu'au décès de l'autre. L'usufruit légal aux termes de la disposition expresse de l'article 386 n'a pas lieu au profit de l'époux contre lequel le divorce est prononcé[1049].

Or, face à cette théorie, la jurisprudence consacre la solution contraire qui confère les attributs de la puissance paternelle à celui des deux époux qui a la garde des enfants. C'est ainsi qu'elle reconnait à la mère le droit d'administration légale et le pouvoir d'agir en justice au nom des enfants[1050]. Il faut également admettre la même solution pour le droit de correction. Sous peine de ne l'accorder à personne, il faut nécessairement l'accorder à la mère, car on ne peut pas songer à l'attribuer à un autre que celui qui a la garde des enfants. Bien entendu, la mère ne pourra exercer le droit de correction que sous la restriction

[1047] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence, op. cit.* p. 85

[1048] Sauf le droit reconnu à la mère de faire opposition à l'émancipation quand elle parait contraire aux mesures prises par le tribunal dans l'intérêt de l'enfant.

[1049] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence, op. cit.* p. 85.

[1050] Paris, 15 déc. 1886, S., 88. 2. 217.- Caen, 17 nov. 1896, Gaz. Trib., 29 janv. 1897.Trib. Seine, 4 mai 1895, *D.*, 97. 2. 23 ; 25 nov. 1896, *D.*, 97. 2. 297.

établie par l'art. 381 car « conserver au père non gardien le droit de correction ce serait, en certains cas, enlever la garde à la mère qui en a été investie »[1051].

Selon la pensée du législateur, il est conforme de décider que, dans le cas de dissolution du mariage par le divorce, le droit d'autorité, et par conséquent celui de correction, appartient à l'époux qui a obtenu la garde des enfants. Pour aller à l'encontre de ces principes, il faudrait trouver dans la loi un texte contraire, ou, tout au moins, il faudrait que l'esprit de la loi soit manifestement opposé à cette solution. La loi ne s'est pas clairement expliquée sur ce point et il est certain que cette analyse ne peut aller à l'encontre de son esprit.

L'exercice de la puissance paternelle sur les biens de l'enfant lorsque la garde est octroyée à la mère

Concernant l'usufruit légal, aux termes de la disposition expresse de l'article 386 il n'a pas lieu au profit de l'époux contre lequel le divorce est prononcé. Si cet époux est le père, il semble plus conforme à l'esprit de l'article 384 de faire passer à la mère le bénéfice de l'usufruit légal. A cet égard, Gabriel Baudry-Lacantinerie remarque d'ailleurs que « l'article 384 fournit une objection absolument semblable en ce qui concerne le père divorcé auquel les enfants ont été confiés, car il n'accorde l'usufruit légal au père que durant le mariage et non

[1051] Clément Fontvieille, *Du divorce : condition des enfants*, *op.cit.*, p. 137 : « le vœu du législateur en accordant l'exercice de ce droit au mari seul pendant le mariage, a été précisément d'éviter les inconvénients pouvant résulter pour les enfants de cette dualité de droits égaux qui naissent de l'article 372 du Code civil. Dans le cas présent, les mêmes inconvénients se présentent, il est impossible de donner aux deux époux l'exercice du droit de correction ».

pas s'il est survivant. Si l'objection ne parait pas décisive en ce qui concerne le père, comment le serait-elle par rapport à la mère ? »[1052].

Il faut également préciser que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé est frappé par la loi d'une déchéance prévue par l'article 386 précisant que « l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd la jouissance légale à laquelle il pourrait avoir droit sur les biens de ses enfants »[1053].

Tous les auteurs sont maintenant d'accord pour décider que lorsque le droit de jouissance légale est ainsi enlevé au père, il se trouve transmis à la mère. Quant à l'administration légale, le Code est resté absolument muet laissant penser qu'elle suivra le sort de la jouissance légale.

§2. La puissance paternelle de la mère en situation de séparation de corps

La séparation de corps est l'état de deux époux qui ont été dispensés par le juge de vie commune. Le mariage est maintenu mais les époux n'ont plus à cohabiter[1054]. À la différence du divorce : « la séparation de corps ne dissout pas le mariage ; elle en relâche seulement le lien, en ce qu'elle délivre les époux de l'obligation de la vie commune »[1055]. On a alors longuement discuté au sujet de l'application à la séparation de corps des articles relatifs au divorce. En effet, le Code n'a règlementé la séparation que fort parcimonieusement **(A)**, laissant penser que les articles 302 et 303 doivent être appliqués par analogie au cas de séparation de corps **(B)**.

[1052] Gabriel Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil, des personnes op. cit.*,p. 345.
[1053]Guillaume Jean Favrd de Langlade, *Répertoire de la nouvelle législation civile et administrative*, Paris, Firmin Didot, 1824, p. 670.
[1054] Rep. Civ., 1976, v° Séparation de corps, par A. Breton.
[1055] Edmond Willequet, *Du divorce : commentaire du titre VI du Code civil*, Paris, Hoste, 1856, p. 295.

A. La séparation de corps dans le Code civil

Les rédacteurs du Code civil ont rétabli la séparation de corps laissant cette issue aux époux qui ne peuvent continuer la vie commune, et ne veulent pas divorcer : « mais ils en font un état provisoire, toujours susceptible de se transformer en divorce et c'est l'époux contre lequel la séparation a été prononcée qui peut demander la conversion en divorce, et le tribunal est contraint de faire droit à sa demande. Cette dernière a connu deux sortes de péripéties. D'abord, son existence, puis sa conversion en divorce. La séparation de corps a longtemps été liée aux fluctuations du divorce et a été comprise comme le « divorce des catholiques ». Le droit canonique et notre ancien droit l'avaient admise, car elle ne portait pas atteinte au principe de l'indissolubilité du mariage. Elle permettait d'empêcher que le mariage fut pour les époux en discorde un huis-clos infernal sans issue »[1056].

Or, en instaurant le divorce, la loi du 20-25 septembre 1792 a supprimé la séparation de corps. Il a cependant paru contraire à la liberté d'imposer la fidélité lorsqu'il n'y avait plus de cohabitation ce qui explique que : « par esprit de

[1056] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille*, Paris, LGDG, 2017, pp. 413-414 : Sur l'histoire de la séparation de corps en droit canonique voir J.-P Lévy et A. Castaldo, n°116 ; A. Lefebvre-Teillard, *Introduction au droit des personnes et de la famille*, n°103.

pacification religieuse et politique, le Code civil a maintenu le divorce et la séparation de corps »[1057].

Par la suite, la loi de Bonald du 8 mai 1816, en supprimant le divorce, va tout de même maintenir la séparation de corps. La loi Naquet du 27 juillet 1884, en rétablissant le divorce a quant à elle maintenu la séparation de corps et depuis « le dualisme a survécu aux avatars du divorce »[1058]. Il faut également savoir qu'à partir de la loi Naquet : « l'histoire de la séparation de corps n'a plus été celle de

[1057] Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires* du Code civil, t. 9, *op. cit.*,p. 475 : « Dans l'exposé des motifs de ce qui allait devenir les dispositions du Code Napoléon sur le divorce et la séparation de corps, Treillard ne cacha pas sa préférence pour le premier. « Voilà la question réduite à son vrai point : faut-il préférer au divorce l'usage ancien de la séparation de corps ? Faut-il préférer à l'usage de la séparation de corps celui du divorce ? Ne convient-il pas de laisser aux citoyens la liberté d'user l'une et l'autre voie ? Ecartons avant tout et avec le même soin les déclarations que se sont permises des esprits exaltés dans l'un et l'autre parti : la vérité et la sagesse se trouvent rarement dans les extrêmes… Certes, si nous ne considérons que la personne des époux, il est bien démontré que le divorce est pour eux préférable à la séparation…. Le véritable intérêt des enfants est de voir les auteurs de leurs jours heureux, dignes d'estime et de respect et non pas de les trouver isolés, triste, éprouvant un vide insupportable ou comblant ce vide par des jouissances qui ne sont jamais sans amertume, parce qu'elles ne sont jamais sans remords. Quant à la société ; il est hors de doute que son intérêt réclame le divorce, parce que les époux pourront contracter de nouvelles unions… Mais le pacte social garantit à tous les Français la liberté de leur croyance ; des consciences délicates peuvent regarder comme un précepte impérieux l'indissolubilité du mariage. Si le divorce était le seul remède offert aux époux malheureux, ne placerait-on pas des citoyens dans la cruelle alternative de fausser leur croyance ou de succomber sous un joug qu'ils ne pourraient plus supporter ? Ne les mettrait-on pas dans la dure nécessaire d'opter entre une lâcheté et le malheur de toute une vie ? ».

[1058] Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Droit civil la famille*, Cujas, Paris, 1995, p. 242.

son existence, mais celle de sa convertibilité en divorce et a connu diverses modalités qui en ont fixé la véritable économie »[1059].

B. Des effets identiques au divorce

Au XIX[e] siècle, la jurisprudence a dû emprunter les textes relatifs au divorce pour les adapter à la séparation. Ce système a d'ailleurs été adopté par la loi du 6 avril 1910 sur l'administration légale, en prononçant, dans un cas l'assimilation entre les époux séparés de corps et les époux divorcés au sein de l'article 389 alinéa 3. De ce fait, la séparation de corps constitue une situation intermédiaire entre le mariage et le divorce. D'après Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron : « On peut caractériser ses conséquences en mettant l'accent soit sur son affinité avec le mariage, ce que fait l'article 299 en prononçant que la séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle met fin au devoir de cohabitation ; soit sur son affinité avec le divorce, ce que fait l'article 304 en

[1059] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille*, Paris, LGDG, 2017, p. 414 : « En 1804, seul le conjoint coupable sauf la femme adultère pouvait la demander, il pouvait le faire lorsque la séparation avait duré trois ans. La conversion était de droit. L'époux défendeur pouvait y faire obstacle en demandant la reprise de la vie commune, ce que Jean Carbonnier appelle un « temps de pénitence ». En 1884, la règle était presque inverse, sauf celle qui intéressait le délai. La conversion pouvait être demandée par les deux conjoints. Le Tribunal avait un pouvoir d'appréciation, la conversion était facultative. En 1908, la conversion avait lieu de droit si elle était demandée par un époux, sans distinguer le coupable de l'innocent. En 1941, la conversion avait également lieu de droit si elle était demandée par le conjoint innocent ; si elle était demandée par l'autre époux, le tribunal avait un pouvoir d'appréciation. En 1945 on revient au système de 1908, que maintient la loi de 1975, sauf deux innovations. La conversion peut aussi être demandée par une demande conjointe et aucune condition de délai n'est alors imposée. Surtout, la séparation de corps prononcée sur demande conjointe ne peut être convertie en divorce que par une demande conjointe ne peut être convertie en divorce que par une demande conjoint. Est ainsi rétabli, semble-t-il le « divorce des catholiques » qui maintient en partie l'indissolubilité du mariage, puisqu'un époux ne peut plus unilatéralement convertir une séparation de corps en divorce ».

précisant que les conséquences de la séparation de corps obéissent aux mêmes règles que les conséquences du divorce[1060] énoncées au chapitre III[1061]».

La doctrine et la jurisprudence paraissent cependant s'accorder pour décider qu'il y a lieu d'appliquer, en matière de séparation de corps, la disposition finale de l'article 302, qui permet au tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, de régler le sort les enfants dans le sens le plus conforme à leur intérêt[1062]. L'article 303 est également appliqué sans difficulté, ce qui permet à l'époux qui n'a pas obtenu la garde de surveiller l'entretien et l'éducation desdits enfants, et les oblige à y contribuer à proportion de leurs facultés[1063].

De toute évidence, en matière de séparation de corps le mariage n'est pas dissous, et, conformément à l'article 373, le père doit continuer à exercer la puissance paternelle, même s'il est indigne[1064].

La séparation de corps prononcée aura donc pour effet, sous l'empire du Code civil, en admettant l'extension à cette matière de l'article 302, de priver l'un des époux ou les deux époux des droits de garde et d'éducation. Quant aux autres attributs de la puissance paternelle, la question de savoir dans quelle mesure ils subsistent puisqu'il n'y a pas dissolution du mariage.

Le père conservera tous les droits qui ne lui auront pas été formellement retirés : le droit de correction , qui n'est attribué à la mère qu'après la mort du père en vertu de l'article 381, le droit d'émancipation , sauf la faculté de recourir aux tribunaux si l'émancipation n'avait pour but que de faire échec au droit de garde, l'administration légale, puisque la tutelle légale ne s'ouvre qu'à la

---

[1060] Cass. 1ere, 22 juillet 1952.
[1061] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille*, *op. cit.,* p. 416.
[1062] Cass., 6 août 1883, *D.*, 85. 1. 206 ; 24 juil. 1878, S., 79. 1. 424, *D.*, 85. 1. 206- Douai, 16 janv. 1899, Rc. Douai, 99. 111.
[1063] Cass., 16 juil. 1884, S., 90. 1. 317, *D.*, 89. 1. 456.
[1064] Georges Leloir, *Code de la puissance paternelle, op. cit.,* p. 242.

dissolution du mariage. Quant à l'usufruit légal, l'article 386 en prononce formellement la déchéance qui ne peut être étendue par voie d'analogie.

Par ailleurs, la séparation de corps peut prendre fin par la réconciliation, le divorce par la célébration d'une nouvelle union entre les époux. Dans ces deux cas, les droits de garde et d'éducation sont restitués au père, et la déchéance partielle encourue prend fin. On peut seulement se demander ce qui se passe à l'égard de l'usufruit légal, quand il a été retiré au père par le divorce. Paul Nourrisson explique qu' : « Il semble bien qu'en pareil cas les enfants aient, dans l'extinction de l'usufruit légal, un droit acquis dont il ne soit pas possible de les dépouiller »[1065].

Ainsi, il est nécessaire de faire des emprunts au divorce pour compléter la législation relative à la séparation de corps tout en sachant qu'il faut tout de même essayer de connaître dans quelles limites il est possible de procéder à ces emprunts. En effet, l'article 386, qui édicte la déchéance de la jouissance légale contre le père ou la mère aux torts desquels le divorce aurait été prononcé, comporte une interprétation restrictive ne permettant pas d'être étendue à la séparation de corps. En effet, si le père contre lequel la séparation a été prononcée conserve la jouissance légale sur les biens de ses enfants mineurs, l'administration légale doit également être maintenue à son profit[1066]. Cette différence entre le divorce et la séparation, qui pourtant trouve racine dans l'article 386 est assez difficile à justifier. D'ailleurs, les décisions que les tribunaux rendent en ce qui concerne le sort des enfants ne sont pas nécessairement définitives dès lors que les ayants droit peuvent en demander la modification

[1065] Paul Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence op. cit.,* p. 87.
[1066] Paris,14 juin 1901, Gaz. Trib., 6 juillet 1901.

auprès du tribunal ayant rendu la décision initiale lorsque de nouveaux faits surviennent[1067].

Enfin, les décisions de la justice relatives à la garde des enfants survivraient à la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce. Il faut donc appliquer toutes les dispositions du jugement de séparation de corps qui ne sont pas incompatibles avec la nouvelle situation créée par le divorce.

Mais face à l'ampleur des parents qui se séparent, soit par divorce ou séparation de corps, le législateur a dû adapter les règles de l'exercice de la puissance paternelle de la mère en de telles occurrences.

[1067] Cass., 15 aout 1884, S., 84. 1. 424, D., 85. 1. 206.- Angers, 17 juillet 189.

§3. L'évolution de l'exercice de la puissance paternelle octroyé à la mère après une séparation de corps ou un divorce

Dans son article consacré au divorce en France à la fin du XVIII[e] siècle Philippe Roderick explique que : « La divortialité est reconnue comme un aspect important du comportement social et familial. Les guerres mondiales du XX[e] siècle ont eu, entre autres conséquences, des taux élevés de divorces »[1068]. Par ailleurs, l'essor du mouvement ouvrier, la mobilité et le déracinement générés par la seconde Révolution industrielle semblent également conduire, pour les observateurs de l'époque, à la dislocation des familles[1069].

Ainsi, l'évolution de l'indice de divortialité à la hausse au XX[e] siècle apparaît de façon spectaculaire[1070] ce qui justifie la nécessité de s'intéresser à la

[1068] Phillips Roderick « Le divorce en France à la fin du XVIIIe siècle », in *Annales. Economies, sociétés, civilisations.* 34e année, N. 2, 1979. P. 385.

[1069] Anne Lambert , « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », in *Population*, 2009/1 (Vol. 64), p. 155.

[1070] Jean Paul Sardon, « L'évolution du divorce en France » , in *Population*, 51e année, n°3, 1996. pp. 719 : « *Le Compte général de la justice* contient, jusqu'en 1980, le décompte sommaire des demandes de divorce et des jugements prononcés (divorces, séparations et conversions), sommaire car les variables démographiques (durée du mariage, âge des conjoints,) ne sont pas prises en compte. Ces caractéristiques sociodémographiques ne sont connues que par l'exploitation, par l'INSEE, des bulletins statistiques de transcription, qui ne sont pas disponibles pour tous les divorces prononcés. Cette exploitation s'est poursuivie jusqu'en 1974, date à laquelle elle s'est transformée en un simple comptage à la faveur de la mise en place, en 1970, d'un nouveau système d'enregistrement statistique du divorce sous la responsabilité du ministère de la Justice ».

puissance paternelle de la mère en situation de divorce[1071] **(A)**. À cet égard, la législation va également évoluer puisqu'à travers la loi du 4 juin 1970, l'affirmation du principe d'égalité va entrainer la disparition de la théorie du démembrement de la puissance paternelle. De ce fait, quand survient le divorce ou la séparation de corps, c'est bien un nouveau régime de l'autorité parentale qui se substitue en principe au régime égalitaire normal **(B)**.

A. La hausse de la fréquence des divorces et séparations de corps

Les statistiques des demandes et des décisions judiciaires, en matière de divorce et de séparation de corps, sont disponibles dans plusieurs publications. Le ministère de la Justice a publié annuellement de 1944-1945 à 1976 *le Compte général de la justice*, puis L*e divorce en France. Année 1970*[1072], *Le divorce en France la Statistique annuelle, les procès civils*[1073] et enfin *l'Annuaire statistique de la justice depuis 1978*[1074].

En ce qui concerne l'INSEE : « La seule publication, outre la coédition du *Divorce en France*, et la série annuelle des *Situations démographiques* qui publie des données du ministère de la Justice ainsi que, jusqu'en 1972, la statistique des divorces, selon la durée de mariage, issue de l'exploitation des bulletins de

[1071] L'indice de divorcialité est ici le résultat des divorces réduits. Cet indice est calculé en rapportant les divorces d'une année à l'effectif initial de la promotion de mariages dont ces divorces sont respectivement issus. On obtient ainsi des taux dont le total représente pour une année la somme des divorces. Cet indice est calculé comme si chaque promotion de mariage avait à chaque âge le même taux de divorces que celui observé cette année-là. Ce taux constitue la meilleure mesure possible de la divortialité à défaut de pouvoir calculer la proportion de tous les divorces qui se sont produits tout au long de la vie d'une promotion de mariages.

[1072] Édité à la Documentation Française en 1973.

[1073]Trois livraisons : 1982-1983, 1984-1985 et 1986-1987, dont la partie rétrospective reprend les statistiques de l'Enquête divorce et du Répertoire général civil.

[1074] Sardon Jean-Paul, « L'évolution du divorce en France », *op. cit.*, p. 222.

transcription »[1075]. Cette multiplicité des publications, alliée à la modification des séries, entrainent de grandes difficultés dans la reconstitution de la simple évolution du nombre absolu de divorces prononcés en France au fil du temps. Les difficultés sont exactement de même nature en ce qui concerne le nombre de demandes reçues annuellement par les tribunaux de grande instance.

À savoir également que l'histoire statistique du divorce ne commence en fait qu'en 1884 avec son rétablissement suivant le principe du divorce-sanction puisque le divorce ne peut être prononcé que s'il y a faute de l'un ou l'autre des époux. Pour autant, outre le divorce pour faute, le Code prévoit également le divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture de la vie commune[1076].

En effet, le divorce n'a cessé de se répandre[1077] et les chiffres sont assez significatifs[1078]. D'ailleurs, cette plus grande fréquence du phénomène

---

[1075] *Ibid.,* p. 219 : « Cette multiplicité des publications, alliée à la modification des séries, entrainent de grandes difficultés dans la reconstitution de la simple évolution du nombre absolu de divorces prononcés en France au fil du temps. Les difficultés sont exactement de même nature en ce qui concerne le nombre de demandes reçues annuellement par les tribunaux de grande instance » ; « La non-exhaustivité de cette enquête a d'ailleurs été reconnue par le ministère de la Justice, puisque, dans la publication conjointe avec l'INSEE, les auteurs reconnaissent avoir été obligés de procéder à des redressements pour supprimer les creux inacceptables, à l'intérieur de chacune des juridictions, par rapport à la série corrigée des variations saisonnières, de chacun des types d'affaires ».

[1076] Jacques Commaille, « L'évolution de la divortialité et le statut de l'enfant » : *Enfance,* t.34, n°1-2, 1981, pp. 23-41 : histoire schématique de l'évolution de la divortialité, sorte de compromis incertain entre les pratiques sociales et les règles juridiques qui aspirent à les régir.

Si l'on s'en tient aux nombres absolus, on est passé de 4 123 divorces en 1885 à 81 376 en 1978. L'analyse de l'évolution révèle une accélération sensible du mouvement depuis 1963 avec plus qu'un doublement du nombre des divorces (30 298 divorces en 1963).

[1077] Sully Ledermann, « Les divorces et les séparations de corps en France » : *Population*, Rev. Bimestr. De l'Inst. Nat. Démo., 1948.

s'accompagne également d'une réduction de la durée de mariage : « La durée modale passerait de 6 ans pour la promotion de mariage 1948 à 3 ans pour la promotion 1974. Ces données sembleraient se vérifier, pour la France puisque à une plus grande intensité des divorces correspondrait également une précocité de plus en plus manifeste »[1079]. Cette augmentation de la divortialité en France est à mettre en parallèle avec l'évolution qui concerne l'ensemble des pays industriels. Pour l'Europe occidentale : « c'est à un étonnant parallélisme des évolutions auquel on assiste »[1080].

Enfin, dans son analyse sur la conjoncture démographique, Alain Monnier explique que : « Dans les années soixante-dix, la France se situe simplement à un niveau de divortialité encore un peu moins élevé. En Suède, par exemple, c'est entre un mariage sur deux et un mariage sur trois qui se terminera par un divorce, c'est d'ailleurs la proportion atteinte à cette époque par les États-Unis ; en U.R.S.S. et au Danemark, cette proportion est d'un sur trois ; en Grande-Bretagne, elle se situe entre un mariage sur trois et un mariage sur quatre. Pour la plupart des pays européens, la fréquence des divorces se situerait entre un mariage sur cinq et deux mariages sur cinq »[1081]. Toutefois, il faut noter que parmi ces divorces, beaucoup seront suivis du remariage de l'un des ex-époux ou

---

[1078] Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, *Leçons de droit civil*, Paris, *op. cit.*p.641 : En effet, le divorce n'a cessé de se répandre: « 4000 divorces en 1886 ; 16 000 en 1913 ; 22 000 en 1925 ; 27 000 en 1938. Après la guerre 1939-1945, les tribunaux ont été submergés : 57 000 divorces en 1947 ; tant de ménages de prisonniers, déportés ou « Français libres » avaient été désunis par l'éloignement. Mais, liquidé des séquelles de la guerre, le chiffre des divorces demeure considérable. De 1953 à 1965 entre 29 000 et 32 000 divorces, puis il s'élève jusqu'à 55 000 en 1975.Il y avait en France en 1968, 679 650 divorcés. Le rapport des divorces prononcés aux mariages célébrés était, en 1967, pour l'ensemble du pays, de 10, 75% soit 37 194 divorces pour 345 578 mariages ».

[1079] Chantal Blayo, « Evolution des désunions en France depuis 1950 ». in *Population*, 1973, N° 3 pp. 604-619.

[1080] Jacques Commaille, « Le divorce en Europe occidentale. La loi et le nombre », in *Population*, pp. 357-361, 1984.

[1081]Alain Monnier, « La conjoncture démographique : L'Europe et les pays développés D'Outre-Mer », in Population, 44e année, n°4- 5, 1989. pp. 901-923.

des deux, en particulier du remariage de la femme qui assure le plus fréquemment la garde des enfants[1082].

Face à de telles données, la législation sur l'autorité de la mère a dû s'adapter et créer un nouveau système à travers la loi du 4 juin 1970.

B. La possible dévolution judiciaire de l'autorité parentale à la mère prévue par la loi du 4 juin 1970

Les effets de la loi sur l'exerçice de la loi sur l'exercice de l'autorité parentale après le divorce sont notables tout comme les conséquences qui vont découler de cette nouvelle législation en vigueur.

Les effets de la loi du 4 juin 1970 sur l'exercice de l'autorité parentale après le divorce

Avant la loi du 4 juin 1970, l'attribution de la garde à l'un des époux pouvait ou non affecter la puissance paternelle. Les tribunaux n'hésitent pas ainsi à confier à la mère la garde et l'éducation de l'enfant quand l'intérêt de celui-ci parait l'exige : « Pour autant, la fréquence de l'attribution de la garde à la mère n'empêchait pas, antérieurement, le père de demeurer alors titulaire de la puissance paternelle, ce qui suscitait des difficultés. Si le père lui-même était constitué gardien des enfants, la décision judiciaire n'avait que peu d'incidence sur l'ensemble de ses droits »[1083].

[1082] Louis Roussel, *Le mariage dans la société française*, Paris, P.U.F, 1975, 407 p : En France : « environ 65% des hommes divorcés et 60% des femmes divorcées se remarient, mais 85% environ des femmes qui divorcent avant 25 ans se remarient ».

[1083] *Archives de philosophie du droit*, vol. 20, Paris, Sirey, 1975, p. 50.

En revanche, si, comme il arrivait le plus souvent, le tribunal choisissait la mère ; la dévolution de la garde à celle-ci retirait au père l'une de ses importantes prérogatives, la garde de l'enfant, mais elle n'opérait pas néanmoins un véritable transfert de la puissance paternelle. Les juristes regrettaient pour la plupart ce démembrement de la puissance paternelle, difficile à mettre en œuvre, pratiquement source de conflit entre les parents, donc créateur de perturbations souvent préjudiciables à l'enfant lui-même[1084].

Par la suite, la loi du 4 juin 1970 à travers l'affirmation du principe d'égalité va entrainer la disparition de cette théorie, de ce fait, lorsque survient le divorce ou la séparation de corps c'est bien un nouveau régime de l'autorité parentale qui remplace le régime égalitaire normal[1085].

Quant aux règles régissant l'attribution de la garde, elles n'ont cependant pas été modifiées, du moins par la loi de 1970. De ce fait, l'attribution de la garde va encore à l'époux qui a obtenu le divorce, à moins que, dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal n'ordonne que l'enfant soit confié au soin soit de l'autre époux ou encore à une tierce personne. L'autorité parentale est alors exercée par l'époux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant ce qui est une véritable dévolution judiciaire de l'autorité parentale à l'un des parents. Choisir le gardien, c'est donc en réalité désigner à quel parent les prérogatives de l'autorité parentale s'appliquent.

Le rapporteur de l'Assemblé Nationale et les commentateurs n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner combien le jugement sur la garde prenait

---

[1084] V. Tisserand, rapport au nom de la Commission des lois, Assemblée nationale, document n°1032, p. 29. *Exposé des motifs du projet de loi*, Assemblée nationale, document n°858, p. 14. Jozeau-Marigné, rapport au nom de la Commission des lois, Sénat, document n°197, p. 45.

[1085] Raymond Legeais, « L'autorité parentale », *op. cit.*, p.98

maintenant de l'importance[1086]. Enfin, il faut reconnaitre que la garde ira le plus souvent à la mère[1087].

En 1970, donc sous le régime de la loi de 1884, dans 83,1% des cas, l'enfant ou les enfants étaient déjà confiés à la mère[1088]. Cette forme de « dépénalisation » du divorce s'accompagne en fait de pratiques en conformité avec une répartition traditionnelle des rôles, c'est-à-dire une valorisation du rôle maternel[1089].

Il reste que, derrière cette relative stabilité, les mœurs et les mentalités se sont transformées et même si elles concernent davantage les relations entre époux que les relations parents-enfants, l'évolution appelle nécessairement, sur ce

---

[1086] V. Tisserand, Rapport au nom de la commission des lois, Assemblée nationale, document n°1032, p. 29.

[1087] Louis Roussel, « Les femmes chefs de famille sans conjoint en France, In Population, n°2, 1979, pp.443-551 : « Plus tard, la loi de 1975 va libéraliser le divorce. Désormais, le critère premier pour choisir qui obtiendra la garde est l'intérêt de l'enfant alors que jusque-là, suivant le premier critère de la règle antérieure, l'enfant était confié à celui des parents à qui il n'avait pas été reconnu de torts. A partir de 1975, dès lors qu'on laisse le juge choisir, les enfants sont massivement confiés à la mère. Roussel par exemple, dans son étude sur les femmes chefs de famille sans conjoint, effectuée à partir du recensement de 1975, considère que l'augmentation de la fréquence du divorce ne peut qu'entrainer une augmentation de la population des femmes divorcées chefs de famille et de la population des enfants correspondants. Le sort de l'enfant de divorces parait ici lié aux incertitudes de l'évolution. Si l'on se réfère à l'histoire de l'attribution du droit de garde, c'est moins une équivalence croissante des rôles parentaux qui semble prise en compte qu'une « dé-pénalisation » du divorce. D'une première phase où l'attribution du droit de garde se faisait d'abord par référence au principe du divorce sanction puisque l'enfant était confié à l'époux « innocent », que ce soit le père ou la mère, on est passé à une deuxième phase ou la prise en compte de « l'intérêt de l'enfant » conduit à confier presque systématiquement l'enfant à la mère, pour aller plus loin, il faut souligner qu'en 1978, dans 84,3 % des cas de divorce avec enfants, la garde est confiée à la mère. Cette évolution est déjà largement amorcée sous l'ancienne législation où le fait que la mère soit « innocente » ou « coupable » remettait de moins en moins en question le principe suivant lequel la garde des enfants lui revenait « naturellement ». la confirmation qu'une certaine « dépénalisation » du divorce s'accompagne en fait de pratiques en conformité avec une répartition traditionnelles des rôles, c'est –à-dire une valorisation du rôle maternel ».

[1088] Eliane Commaille et Yves Dezalay, « Les caractéristiques judiciaires du divorce en France » In *Population*, n° spécial, juin 1971.

[1089] *Enfance*, Volume 34, Paris, PUF, 1981, p. 29 : « Ces pratiques d'attribution du droit de garde en conformité avec des modèles de rôles étaient d'ailleurs tout à fait explicites dans la loi du 20 septembre 1792 qui prévoyait qu'au-dessous de sept ans, les enfants étaient confiés à la mère et qu'après cet âge, les filles allaient à la mère et les garçons au père ».

point, une nouvelle réflexion de nature à modifier plus ou moins le contexte de l'autorité parentale, en y faisant, plus encore que par le passé, ou, à tout du moins, de manière plus scientifique : « une place aux considérations d'ordre psychologique »[1090].

Les conséquences de l'attribution quasi-systématique de l'autorité parentale à la mère

C'est à travers le sondage opéré avec l'aide de l'I.N.E.D que l'on peut notamment déduire quelques données de référence. En effet, lorsque le divorce est prononcé aux torts du père, la garde des enfants est, dans la quasi-totalité des cas, autour de 95% attribuée à la mère. Lorsque le divorce est prononcé aux torts de l'épouse, des considérations contradictoires s'opposent, la garde des enfants étant alors confiée au père dans une proportion légèrement supérieure à la moitié des cas ; enfin lorsque les torts sont réciproques, la garde est le plus souvent attribuée à la mère de 78,2 à 84,6% des cas[1091].

Toutefois, l'attribution exclusive de l'autorité parentale implique le fait qu'un des deux parent n'est plus cette autorité ce qui a donné un sentiment d'exclusion des décisions prises à l'égard de l'enfant. Par conséquent : « La pratique d'attribution exclusive de l'autorité parentale à la mère quasi systématiquement s'est donc confrontée aux dénonciations des pères qui soulignaient les discriminations basées sur le sexe qui amenaient à la présomption maternelle et à la privation de la responsabilité des enfants aux figures paternelles. On a ainsi vu à cette époque l'émergence d'associations pour les

---

[1090] N. Lefaucheur, « Qui sont-elles ? », in *Informations sociales*, n°° 6-7, 1979, pp. 4-79 : Hypothèse d'ailleurs confirmée, en ce qui concerne tout au moins le nombre de femmes divorcées chefs de famille, part une autre étude montrant que ce nombre s'est accru de 75% entre 1962 et 1975.

[1091] « Famille, Mariage, Divorce », in *Rev. Population,* n° spéc., juin 1971, p. 186.

droits des pères qui sont devenues de véritables portes-parole de l'état de souffrance des pères »[1092].

La mère, au-delà de l'attribution de l'autorité en situation de séparation de corps ou de divorce, peut également voir sa situation familiale se métamorphoser lorsqu'elle devient veuve et qu'elle doit pleinement assurer le rôle de chef de famille, situation qui fera l'objet du dernier point d'analyse de cette étude.

[1092] François Terré, « A propos de l'autorité parentale », *op. cit.,* p. 45.

Section 2. La condition de la veuve face à l'exercice de la puissance paternelle

Durant le mariage, la puissance paternelle appartient au père et à la mère en quelque sorte par indivis : le même devoir incombe à l'un et l'autre, et chacun d'eux en est tenu pour le tout ce qui explique que lorsque la mère remplace le chef de famille dans ses fonctions, toutes les prérogatives de la puissance paternelle, les charges et les droits utiles attachés à cette magistrature des familles, sont transférées à la mère survivante[1093] **(§1)**.

Il importe dès lors de parcourir les divers attributs de la puissance paternelle en examinant les modifications qui y sont apportées par la situation de la veuve non remariée ou remariée et de poser la règle que la puissance paternelle de la mère est indépendante de la tutelle.

Il faut comprendre ici que lorsque la mère accepte la tutelle, ce n'est pas à la tutelle qu'elle doit son autorité sur la personne de ses enfants mineurs puisque cette autorité lui appartenait déjà dans sa plénitude. Ce qui lui est conféré c'est simplement le mandat légal de gérer leurs biens et d'exercer leurs actions. Cela justifie le fait que le refus de la tutelle ne peut pas lui enlever d'autres droits que lui aurait conféré l'acceptation[1094].

En effet, la tutelle des enfants est déférée de plein droit à la mère survivante ; mais celle-ci est libre de la décliner en vertu de l'article 394 du Code civil[1095]. Si la mère vient alors à refuser la tutelle, il se peut également qu'elle en soit privée ou déchue. Par ailleurs, si la mère est déchue de la tutelle pour cause d'incapacité ou

---

[1093] Antoine Magnin, *Traité des minorités, tutelle et curatelles, de la puissance paternelle, des émancipations, conseils de famille, interdictions et généralement des capacités et incapacités qui naissent de ces diverses situations*, t. 1, Bruxelles, H. Tarlier, 1835, p. 133.
[1094] Ludovic Beauchet, *Etude de la condition de la mère en droit romain et en droit français*, *op. cit.*, p. 193.
[1095] *Ibid.*, p. 214.

d'infidélité, elle ne peut-être, pour ce seul fait, privée du droit de garde sur la personne de ses enfants. Ainsi en a décidé la Cour de Bordeaux, qui a estimé que ce serait créer un nouveau cas de déchéance de la puissance paternelle[1096].

Le droit de jouissance légale quant à lui appartient sans restriction à la mère alors que l'administration légale elle, disparait au décès de l'un des époux pour faire place à la tutelle.

De ce fait, il se peut que l'administration n'appartienne pas à la même personne que la jouissance légale dès lors que la mère n'est pas obligée d'accepter la tutelle ou peut encore en être déchue[1097] **(§2)**.

§1. Les droits de la mère survivante sur la personne des enfants

Tous les droits relatifs à la personne de l'enfant qui, durant le mariage, appartiennent au père seul ou qui sont attribués concurremment aux deux époux, passent après la dissolution du mariage à la mère survivante qui en principe, les exerce sans aucune restriction, c'est à dire comme les exercerait le père lui-même. Cette autorité, qu'elle détient indépendamment de son titre de tutrice, peut se combiner, en effet, avec ses attributions tutélaires qui viennent en augmenter les effets. Si l'exercice des droits de garde et de correction, exclusivement attribués au

[1096] Cour de Bordeaux, 13 janvier 1920. Recueil de Bordeaux, 1920, 1, p. 53.

[1097] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, *op.cit.*, pp. 214-215 : En vertu de l'article 394 du Code civil : « La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle ; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur » ; « Le père vivant est obligé de gérer la tutelle, à moins qu'il ne puisse alléguer une des causes d'excuse légale ouverte à son profit. La mère, au contraire, peut décliner la tutelle, sans avoir besoin d'alléguer une excuse proprement dite, en alléguant sa seule condition de femme. En effet, il se peut que ce soit une charge trop lourde et qu'elle n'ait pas ou ne se sente pas l'expérience nécessaire ; mais c'est à elle seule d'en juger et aucun délai ne lui est imparti pour le faire. A cet égard, la loi présume le motif de l'inexpérience ou encore le défaut d'aptitude aux affaires ».

père durant le mariage, passe à la mère après le décès, à plus forte raison a-t-elle désormais les attributs de la puissance paternelle à l'exercice desquels elle était déjà associée du vivant même du père et ce sans partage **(A)**. Deux attributs souligneront cependant un conflit éventuel entre la puissance paternelle et le pouvoir tutélaire, il s'agit du droit d'émancipation et du droit pour la mère de nommer un tuteur testamentaire à son enfant **(B)**.

A. La direction exclusive des enfants octroyée à la veuve

Il est vrai que d'après l'article 391, le père peut nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial, sans l'avis duquel elle ne pourra faire les actes ou quelques-uns des actes de la tutelle ; mais aucun texte n'autorise le père à modifier le droit de puissance paternelle en vertu duquel la mère a la garde et l'éducation de ses enfants[1098].

En vertu du droit de garde et d'éducation, la mère a la direction exclusive de l'enfant, elle peut également fixer le lieu de sa résidence et décider souverainement de tout ce qui concerne les soins que l'enfant doit recevoir ainsi que les études auxquelles il doit se livrer. À cet égard, le conseil de famille ne peut ni directement ni indirectement lui imposer sur ce point de vue aucune entrave.

[1098] Antoine Magnin, *Traité des minorités, tutelle et curatelles, de la puissance paternelle, des émancipations, conseils de famille, interdictions et généralement des capacités et incapacités qui naissent de ces diverses situations*, t. 1, *op. cit.*, p. 134 : « Alors que le père survivant a nécessairement tous les pouvoirs et toute la responsabilité de la tutelle et ne peut pas voir ses droits diminuer par la volonté de la mère prémourante. La mère survivante, au contraire, peut se voir adjoindre un conseil en vertu des articles 391 et 392 du Code civil. C'est ainsi que l'article 391 permet au père prémourant de désigner à la mère tutrice un conseil spécial « sans l'avis duquel elle ne peut faire aucun acte relatif à la tutelle ». Le conseil de la mère survivante est une personne dont elle doit prendre l'avis et non un conseil collectif comme le conseil de famille, il est un agent du personnel extraordinaire de la tutelle. Ce conseil peut être désigné par acte de dernière volonté ou par déclaration recueillie par le juge de paix ou de deux notaires en vertu de l'article 392. L'action de ce conseil spécial ne peut se produire qu'en ce qui concerne la tutelle puisqu'il n'administre d'ailleurs pas en même temps que la mère, mais celle-ci est obligée de prendre son avis ».

La mère survivante conserve également le droit d'accorder ou de refuser à l'enfant son consentement à certains actes, tels que le mariage, l'adoption, l'entrée dans les ordres ou dans une congrégation religieuse, le droit de l'assister dans ses conventions matrimoniales, ou encore le droit d'accepter pour lui-même une donation. Ainsi, en ce qui concerne le mariage du mineur, la mère seule a droit de consentir ou d'être consultée et si son consentement n'a pas été obtenu ou son conseil requit, elle a le droit de s'opposer au mariage, et en l'absence même d'opposition, l'officier de l'état civil doit sursoir, à peine de tomber sous l'application de l'article 157 du Code civil. Ce qui a trait au mariage est également applicable en tout point à l'adoption[1099]. En dernier lieu et dans le même ordre d'idée, la nécessité du seul consentement maternel pour le fils mineur ou la fille mineure qui veulent embrasser la profession religieuse est établie par le décret du 18 février 1809 à l'article 7 et par le décret du 28 février 1810 article 4[1100].

B. Les spécificités du droit de correction

Désormais, seule en charge de l'éducation de ses enfants, la mère possède le droit de correction. Cependant, la loi lui laisse tout pouvoir en ce qui concerne la discipline domestique ne lui permet de disposer de la puissance publique : « que moyennant certaines précautions »[1101]. En premier lieu, la mère ne peut que requérir la détention de ses enfants, mineurs ou majeurs dans la mesure où la voie d'autorité lui est toujours fermée alors que pour l'exercice de ce droit, le père peut agir tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition. Seconde particularité, ce pouvoir, même ainsi réduit, n'appartient pas à elle seule et elle ne peut l'exercer qu'avec le

[1099] Marcel Rouge de Chalonge, *De la condition de la mère aux différentes époques du droit romain. De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit*, p. 167.
[1100] Cette transmission du pouvoir du père vers la mère est nettement établie par les travaux préparatoires et se veut consacrée par les article 148, 149, 151, 152, 346, 361, 374, 477, 935, 1338 c. civ, art 4, décret 28 février 1810, art 7, décret 18 février 1809, l. 27 juillet 1872, article 46.
[1101] Marcel Rouge de Chalonge, *De la condition de la mère aux différentes époques du droit romain. De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit*, p. 164.

concours des deux plus proches parents paternels du mineur en vertu de l'article 381[1102].

En ce sens, Réal s'est exprimé en ces termes : « Le législateur a dû prévoir que la mère trop faible ou trop légèrement alarmée pourrait peut-être trop facilement recourir à ces moyens extrêmes ; d'un autre côté, il a dû penser qu'une veuve sans défense, dont toutes les actions sont exposées à la critique de la malignité, devait se ménager, sans le concours des deux plus proches parents paternels, des témoins impartiaux, qui puissent toujours attester la nécessité de cette mesure de rigueur, et qui fussent les garants de sa bonne administration[1103] ».

De ce fait, en vertu de l'article 391, le concours des deux plus proches parents implique la nécessité d'un consentement avec la mère. Par conséquent, ce concours des parents implique un consentement collectif qui doit être donné au cours d'une délibération commune avec la mère. La demande formée par la mère seule, sans le concours ou sur leur refus doit être rejetée[1104]. Il est à préciser que l'opposition d'un seul des deux parents suffirait à rendre la demande non recevable[1105].

On peut cependant s'interroger sur ce qui peut devenir le droit de la mère en l'absence de parents paternels ? A l'égard de cette question, Marcel Rouge de Chalonge explique que : « Les opinions les plus divergentes ont été avancées sur ce point. Suivant les uns, ce fait rendrait impossible pour la mère l'exercice du droit de correction, puisque la loi l'a subordonné rigoureusement à une condition qui, dans

---

[1102] Marcel Rouge de Chalonge, *De la condition de la mère aux différentes époques du droit romain. De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit*, p. 163.
[1103] Jean Guillaume Locré, *Esprit du Code Napoléon*, Locré, t.7, p. 62.
[1104] Mais la mère tutrice conserve le droit de faire statuer le conseil de famille sur l'opportunité de l'exercice du droit de correction en vertu de l'article 168.
[1105] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit*, p. 166 : « Cela étant, lorsque la loi fait mention des deux parents paternels les plus proches, cette condition doit être entendue raisonnablement de manière à ne pas en rendre l'accomplissement trop difficile. Ainsi au cas où les deux plus proches parents demeureraient à une très grande distance, ils pourraient être remplacés par deux parents plus éloignés en degré, mais demeurant sur les lieux ou même en cas d'urgence, par deux amis ».

l'espèce, n'est plus réalisable. Suivant d'autres, l'article 381, n'impose à la mère une certaine condition qu'autant que cette condition est possible à remplir »[1106].

En cette matière, le droit commun rejette ces deux solutions et exige que les parents soient remplacés par des alliés ou des amis en vertu de l'article 407 du Code civil[1107]. S'il y a un conseil de famille organisé, le concours de deux de ses membres remplira la condition de la loi, car, comme dit Marcadé sur l'article 382, le conseil de famille même composé d'étrangers, constitue quand il s'agit de la direction de la personne et de la gestion de ses biens, la parenté légale du mineur[1108].

Enfin, de l'avis de certains jurisconsultes, le droit de cette correction subi une autre modification en passant du père à la mère puisqu'elle ne pourrait, comme le père abréger la détention par elle ordonnée. À cet égard, trois systèmes sont en présence. D'après Proudhon : « le droit de grâce doit être refusé à la mère puisque l'article 379 ne concerne que le père et que l'article 381, qui règle le droit de correction conféré à la mère, ne renvoie pas à l'article 379 »[1109]. D'autre part, selon Marcadé, Taullier et Allemand, la mère pourrait abréger la durée de la détention, mais seulement avec le concours des deux plus proches parents de l'avis desquels la détention été requise puisqu'il fait valoir à l'appui la corrélation qui doit exister entre la manière de provoquer et la manière de faire cesser la détention.

Pour finir, dans une troisième hypothèse, la mère est complètement assimilée au père quant au droit de correction puisqu'en principe la puissance paternelle est commune au père et à la mère et que si les articles 375 et 380 qui règlent l'exercice du droit de correction ne parlent que du père c'est que le père seul pendant le mariage exerce la puissance. Puisque la puissance paternelle passe tout entière à la mère après

---

[1106]Marcel Rouge de Chalonge, *De la condition de la mère aux différentes époques du droit romain. De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit*, p. 164.
[1107] *Ibid.,* p. 164.
[1108] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op cit.* p. 201.
[1109]Jean-Baptiste Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil.*, t.1, *op. cit.*, p. 247.

le décès du père, ces articles sont applicables à la mère, et ce à l'exception des modifications d'un texte spécial.

C'est finalement en 1935, à la suite du décret du 30 octobre que l'article 381 va subir une modification pour établir dorénavant que « La mère survivante et non remariée ne pourra obtenir le placement de son enfant qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels et qu'en se conformant aux dispositions de l'article 377 »[1110]. Le même article 381 sera abrogé par la loi du 18 février 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée, qui attribuera à la mère la plénitude du droit de correction qu'elle pourra dorénavant exercer par voie d'autorité aussi bien que par voie de réquisition[1111].

C. L'émancipation de l'enfant et la possibilité de nommer un tuteur testamentaire

Lorsque la mère devient chef de famille après le décès du père, deux attributs peuvent faire naître un conflit entre le pouvoir paternel et le pouvoir tutélaire. Cet éventuel conflit n'est que difficilement réglé sans empiètement de l'un sur l'autre. Il s'agit du droit pour la mère survivante d'émanciper l'enfant, et de lui nommer un tuteur testamentaire.

[1110] Louis Charles, *Traité du mariage et de ses effets*, Paris, G. Thorel, 1847, p. 535.

[1111] D'autre part, même remariée, ses prérogatives ne subiront, de ce fait, aucune restriction. La solution est singulière, au moins pour le cas de remariage, si l'on songe que, l'article 380 n'ayant pas été aboli par la loi du 18 février 1938, le père remarié ne peut agir que par voie de réquisition : les deux sexes ne sont pas à égalité après la réforme qu'auparavant ; mais cette fois c'est au bénéfice de la mère que l'équilibre est rompu et cela va apporter certaines modifications à travers son article 2 en suite de l'abrogation de l'article 381 puisque la mère se voit attribuer le placement de l'enfant dans toute sa plénitude.

L'émancipation de l'enfant

D'après l'article 477 du Code civil, après le décès du père, la mère a le droit d'émanciper ses enfants âgés de quinze ans révolus. La loi ne distingue pas si la mère a, ou non, refusé la tutelle, ou si elle en a été exclue ou déchue[1112]. La puissance paternelle de la mère étant indépendante de la tutelle, il faut décider que, dans tous les cas, la mère conserve le droit d'émanciper. En effet, peu importe que la veuve soit privée, exclue ou déchue de la tutelle ; si elle perd tous les droits attachés à une qualité qu'elle n'a plus, elle n'en conserve pas moins tous ceux qui tiennent à sa qualité de mère, que rien n'a pu lui enlever[1113].

Cela étant, une difficulté a été soulevée puisqu'à travers ce droit, la mère met fin aux pouvoirs du tuteur et du conseil de famille. Dès lors, si le pouvoir de la mère est indépendant du conseil de famille, le pouvoir de celui-ci doit par réciprocité être à l'abri de ses atteintes, or ce pouvoir va se trouver véritablement anéanti par l'émancipation. La mère est alors munie d'un moyen de faire revenir indirectement près d'elle les enfants qu'on a voulu lui retirer[1114]. Ici, ce n'est plus son droit propre que la mère abdique, c'est celui du tuteur. Ainsi, l'émancipation au lieu d'être un bienfait pour les enfants, leur sera conférée pour leur perte[1115].

Marcel Rouge de Chalonge, dans sa thèse consacrée à *La participation de la mère à la puissance paternelle dans le droit français* pense que « ces objections ne sauraient prévaloir contre le texte formel de la loi, mais c'est ici le cas ou jamais de faire intervenir le pouvoir des tribunaux »[1116].

[1112] Joseph-André Rogron, *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence,* op.cit., p. 345.
[1113] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op.cit.*, p. 168.
[1114] Jugement du tribunal de Bordeaux, du 3 décembre 1851.
[1115] Jugement du tribunal de Bordeaux, du 3 déc. 1851.
[1116] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français, op. cit.,* p. 169.

En effet, le droit de contrôle reconnu aux tribunaux en cette matière permet au tuteur qui estimerait que l'émancipation est préjudiciable à son pupille à en demander la révocation à la justice »[1117].

Par ailleurs , face à une telle situation, la mère a le droit de désigner un tuteur testamentaire.

Le droit pour la mère de désigner un tuteur testamentaire

Cette seconde analyse concerne le fait pour la mère de désigner un tuteur testamentaire. La loi, dans l'article 397 reconnaît au dernier mourant des père et mère le droit de désigner le tuteur de ses enfants mineurs. Ce droit est établi par un texte unique, mais n'est finalement pas règlementé dans l'application. En effet, l'article 397 prévoit que cette désignation, qui peut se faire soit par testament, soit par déclaration devant un juge de paix ou un notaire, est considérée par la loi avec une particulière faveur, lorsqu'elle émane de la mère, comme lorsqu'elle émane du père[1118].

Dans sa thèse consacrée à l'*Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français*, Ludovic Beauchet révèle que « Selon certains jurisconsultes ce droit accordé au dernier mourant des père et mère n'est qu'une conséquence et une extension du

[1117] Arrêt de la Cour de Bordeaux, 7 janvier 1852 : Cet arrêt de la Cour de Bordeaux affirme : « qu'il appartient à la justice de discerner si l'émancipation est opérée de bonne foi, ou si elle est utilisée comme un moyen frauduleux employé par la mère pour rendre vaine la destitution qu'elle a encourue comme tutrice, déjouer les précautions du conseil de famille et ressaisir de fait l'autorité qu'elle a perdue de droit. Si donc il apparaît que l'émancipation, au lieu d'être l'acte spontané d'une sage et généreuse tendresse, n'est autre qu'une fraude, le tribunal fera défense au juge de paix de recevoir la déclaration de la mère, et pourra même révoquer l'émancipation prononcée. Telle est la doctrine de la majorité des auteurs ».

[1118] Charles Demolombe, *Cours de Code civil*, *op.cit*., p. 442.

droit de tutelle, qu'il tient lui-même de la loi, s'il n'avait plus ce droit de tutelle, il ne pourrait pas le transmettre à un autre, car *nemo dat quod non habet* »[1119].

Beauchet lui-même pense que : « ce droit individuel de choisir le tuteur est un attribut, non pas de la tutelle légale, mais de la puissance paternelle. On a quelquefois prétendu le rattacher à la tutelle légale, mais cette manière de voir n'était pas exacte, autrement il appartiendrait non seulement aux père et mère, mais encore aux autres ascendants à qui la loi défère la tutelle de plein droit. Il faut donc en conclure que ni le père ni le conseil de famille ne saurait restreindre l'exercice de ce droit au préjudice de la mère »[1120].

En ce sens, Marcel Rouge de Chalonge affirme que « malgré de si graves autorités, nous tenons pour certain que le droit individuel de choisir le tuteur est un attribut, non pas de la tutelle légale, mais de la puissance paternelle, et les preuves à l'appui l'abondent ». Il précise également que « la mère non tutrice peut nommer un tuteur testamentaire puisque la faculté de nommer un tuteur n'a rien de commun avec la gestion même de la tutelle ».

Ce principe permet de résoudre une autre question qui a soulevé de vives controverses. Il s'agit de savoir si la mère survivante peut se prévaloir de l'article 397 du Code civil quand elle n'exerce pas la tutelle. En considérant le droit de l'article 397 comme un attribut de la puissance paternelle, la mère non tutrice peut également invoquer l'article 387 puisque la faculté de nommer un tuteur n'a rien de commun avec la gestion même de la tutelle. De ce fait, la mère investie de la puissance maternelle a de toute évidence la qualité pour nommer un tuteur testamentaire.

Par ailleurs lorsque la mère refuse la tutelle, on pense souvent que la raison de ce refus se justifie par le fait que cette charge lui apparaissait trop lourde et qu'elle

---

[1119] Ludovic Beauchet, *Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit.*, p. 205 : « Personne ne donne ce qu'il n'a pas ».
[1120]Ludocic Beauchet, *Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit,* p. 205.

craignait de ne pouvoir la remplir au mieux des intérêts de ses enfants. Toutefois si la mère s'aperçoit de l'incompétence ou de la négligence du tuteur désigné, elle peut dès lors désigner autre tuteur qui prendra ses fonctions après son décès, c'est-à-dire pour une époque où les pouvoirs de la tutelle se trouveront considérablement élargis et ou le tuteur ne sera plus soumis à la surveillance maternelle[1121].

En ce sens, Oudot affirme que « si la mère a simplement refusé la tutelle, elle n'a fait ainsi qu'user de son droit, et la loi n'attache à cette circonstance aucune défaveur : elle suppose toujours chez la mère des motifs respectables, par cela même qu'elle lui donne le droit de n'en articuler aucun : la mauvaise santé, la jeunesse et l'inexpérience des affaires, enfin, la défiance d'elle-même peuvent expliquer son refus ; d'ailleurs, l'inhabilité de gérer n'entraine point celle de choisir un bon gérant »[1122].

Par conséquent, la loi ne peut refuser à la mère le droit de donner à ses enfants un gardien de son choix, qu'elle jugera capable non seulement de diriger leur patrimoine, mais encore d'assurer au mieux leur éducation ce qui n'est pas toujours le cas du conseil de famille qui cherchera en premier lieu un bon administrateur : « Sans doute, un changement dans la tutelle peut jeter un certain désordre dans les affaires du mineur, mais la crainte d'inconvénients purement éventuels ne saurait prévaloir contre le texte et l'esprit de la loi » [1123] .

Le législateur, d'autre part, ne parait pas concevoir la prérogative dont il s'agit comme la simple possibilité de déléguer un pouvoir existant, mais bien comme un droit individuel, attaché à la qualité même du père ou de la mère. C'est en ce sens que l'article 397 dit : « Le droit individuel de choisir un tuteur ou une tutrice n'appartient

---

[1121] Ludocic Beauchet, *Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit,* p. 209.
[1122] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit*. p. 172.
[1123] Ludocic Beauchet, *Étude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit,* p. 209.

qu'au dernier survivant des père et mère»[1124]. En effet, cet article ne fait aucune distinction, le droit qu'il créait est donc général et ne peut être enlevé au dernier mourant des époux que lorsque cette destitution est prévue par un texte formel.

Toutefois, au sein du Code civil de 1804, il existe précisément des cas où le législateur a prononcé cette déchéance. C'est d'abord l'article 399 du Code qui dispose que « La mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne peut leur choisir un tuteur[1125] », c'est encore l'article 400 qui prévoit que « Lorsque la mère remariée, et maintenue dans la tutelle, aura fait choix d'un tuteur aux enfants de son premier mariage, ce choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille ». Ces deux articles vont être abrogés par l'article 2 de la loi du 18 février 1938 qui a accordé à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile.

En conséquence, la désignation d'un tuteur testamentaire faite par la mère remariée n'a plus à être confirmée par le conseil de famille qui n'exerce plus aucun contrôle à cette occasion. À raison de l'abrogation de l'article 399, la mère remariée conserve le droit de choisir un tuteur testamentaire, alors même qu'elle n'aurait pas été maintenue dans la tutelle des enfants issus de son premier mariage. Cependant, malgré le plein exercice de la capacité octroyé à la mère, les dispositions contenues dans l'article 395 continuent à recevoir leur application, ce dernier texte n'ayant pas été abrogé par la loi de 1938[1126].

Il faut bien reconnaitre ici que l'intention du législateur est de permettre dans tous les cas à la mère survivante la nomination d'un tuteur testamentaire. Mais qu'en sera-t-il lorsque la mère devra exercer ses droits sur les biens de l'enfant ?

[1124] Louis Josserand, *Supplément au cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1939, pp. 152-153.
[1125] Charles Beudant, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, p.152.
[1126] Louis Josserand, *Supplément au cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1939, p. 10.

§2. Les droits de la mère survivante sur les biens de l'enfant

Les droits de la mère survivante sur les biens de l'enfant sont ceux de tutelle et d'usufruit légal. Il ne s'agit pas de détailler la théorie complète de la tutelle et de l'usufruit légal, mais seulement de faire ressortir ce que la condition de la mère présente de spécial relativement à l'exercice, à l'étendue et à l'extinction de son droit de jouissance[1127].

Quant à l'administration des biens de l'enfant, elle reste hors du champ de cette étude. En effet, elle est confiée à la mère, au moins à titre de mandat, qu'autant que celle-ci ne s'est point démise de la tutelle qui lui est déférée de plein droit.

En effet, en 1804, la puissance paternelle est indépendante de la tutelle. À cette époque, la tutelle des enfants est déférée de plein droit à la mère après le décès du père, mais celle-ci est libre de la décliner en vertu de l'article 394 du Code civil. Il ne s'agit donc plus ici d'un attribut de la puissance paternelle, dès lors l'étude de cette question est hors champ de cette thèse[1128]. Par conséquent, seule la jouissance légale de la mère sur les biens de son enfant doit être étudiée.

A. La jouissance légale de la mère sur les biens de son enfant

Ce droit lui appartient aux mêmes conditions et avec la même étendue qu'au père pendant le mariage. C'est un attribut de la puissance paternelle dont aucune convention, même par contrat de mariage, ne peut la dépouiller de manière préventive. En effet, l'usufruit de la mère, comme celui du père, constitue sur les biens qui y sont soumis un droit égal à l'usufruit ordinaire. La mère exerce son droit en pleine indépendance et doit jouir de la chose comme le propriétaire lui-même sans

[1127] Ludovic Beauchet, *Etude de la condition de la mère en droit romain et en droit français*, op.cit., p. 209.
[1128] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit.,* p. 166.

autre obligation que celle de conserver la substance de la chose, et de pourvoir sur les revenus aux charges diverses de la jouissance légale[1129].

Ainsi, l'usufruit maternel est soumis aux mêmes règles que celui du père, confère les mêmes droits et impose les mêmes charges et s'applique en général à tous les biens du mineur : « sauf à ceux que la loi elle-même en affranchit ou permet d'en affranchir »[1130].

L'usufruit de la mère qui n'est pas investie de la tutelle

Lorsque la mère n'est pas investie de la tutelle, le fait de concilier ce droit avec celui du tuteur nommé à son défaut peut représenter une certaine difficulté. Celui-ci trouve dans son mandat le pouvoir de gérer les biens du mineur, mais, d'un autre côté, l'exercice du droit d'usufruit suppose la détention des biens. Qui donc de la mère ou du tuteur aura l'administration des biens[1131] ?

La jurisprudence décide que la mère non tutrice est privée de l'exercice personnel de son droit d'usufruit, sauf au tuteur nommé à lui faire compte du produit net des biens soumis à son usufruit, sous la déduction des charges de la tutelle[1132].

L'article 384 qui accorde à la mère survivante la jouissance des biens de ses enfants ne peut détruire le principe constitutif de la tutelle de l'article 450 du Code civil. La privation du droit d'administration doit être en quelque sorte une peine attachée à la renonciation de la tutelle de la part de la mère survivante. Or, d'après Ludovic Beauchet une place doit encore être faite à la mère car : « cette argumentation repose sur une confusion, sans doute le tuteur administre les biens du mineur ; mais si parmi ces biens il y en a qui soient grevés d'un droit réel, le tuteur

[1129] Dalloz, *Jur. Gén.,* V° *Puissance paternelle*, n°99.
[1130] Ludovic Beauchet, *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit français, op. cit.,* p. 216.
[1131] *Ibid.*, p. 216.
[1132] Riom, 4éc. 1841 ; Cass. 19 avril 1843.

doit respecter ce droit, l'usufruit dévolu, soit à un tiers par la convention, soit à la mère par la loi n'est plus un bien du mineur et le tuteur ne peut administrer les biens du mineur que dans l'état où ils se trouvent. S'il s'agissait d'un usufruit ordinaire, la question ne serait pas douteuse »[1133].

Ainsi, la privation du droit d'administration est attaché à la perte de la tutelle et la mère puise directement ce droit dans sa qualité d'usufruitière.

Les exceptions au droit d'usufruit de la mère

Le droit de jouissance de la mère porte, en général sur tout le patrimoine du mineur, hormis les éléments que la loi elle-même en affranchit, ou permet d'en affranchir. Les règles à cet égard sont les mêmes que pour l'usufruit paternel[1134].

À côté des exceptions qui entravent l'exercice de l'usufruit de la mère, le droit de jouissance légale de cette dernière pourra également s'éteindre dans diverses circonstances.

[1133] Ludovic Beauchet, *Etude de la condition de la mère en droit romain et en droit français, op.cit.* pp. 217-218 : « Aux termes de l'article 578 du Code civil, l'usufruit étant le droit de jouissance des choses, dont un autre à la propriété, comme le propriétaire lui-même, l'usufruitier peut exercer son droit par lui-même et sans intermédiaire. Or où voit-on à cet égard, une différence écrite dans la loi entre l'usufruit légal des père et mère et l'usufruit ordinaire ? »

[1134] Marcel Rouge de Chalonge, *De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français*, *op. cit.,* p. 179 : « Parmi les causes faisant obstacle à l'établissement de la jouissance légale, il en est deux qui doivent nous arrêter un instant. En premier lieu, la mère n'a aucun droit à prétendre sur les biens d'une succession dont elle a été écartée comme indigne ; mais il faut que l'indignité ait été prononcée contre elle personnellement (…) Nous règlerons de la même manière le cas où des biens auraient été donnés ou légués à l'enfant sous condition que l'usufruit légal ne les atteindrait pas. Si l'exclusion a été prononcée d'une manière absolue, la pleine propriété est définitivement acquise au mineur ; si la volonté du disposant ne s'est manifestée qu' à l'égard du père, l'article 384 s'appliquera dans ses termes au profit de la mère lors de la dissolution du mariage ».

B. Les modes d'extinction de l'usufruit légal

L'article 386 du Code civil fixe un des modes d'extinction de l'usufruit légal par le remariage de la mère. En conséquence, la loi enlève à la mère le droit d'usufruit légal que parce que, cessant d'être chef de famille et passant sous l'autorité d'un second mari, elle ne doit pas transporter dans une autre famille les revenus de ses enfants issus du premier mariage[1135].

Enfin, toujours en relation avec les modes d'extinction de l'usufruit légal, il convient de mentionner la disposition de l'article 1442 du Code civil qui impose au survivant des époux, à la mère en l'espèce, l'obligation de faire inventaire au décès du père, sous la sanction de la perte de l'usufruit légal[1136].

C'est finalement la loi du 14 décembre 1964 qui viendra entièremenr renouveller les dispositions du Code civil relatives à la tutelle.

[1135] Antoine Magnin, *Traité des minorité*, p. 100.
[1136] Charles Demolombe, *Cours de Code civil*, *op.cit*, p. 128.

Section 3. Les innovations de la loi du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle

Le Journal officiel du 15 décembre 1964 publie la loi du 14 décembre 1964 « portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation ». Cette loi refond les chapitres II et III à savoir les articles 389 à 487 du Code civil, du titre dixième du Livre premier du Code civil : « De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ».

L'une des principales innovations de cette loi consiste dans l'extension du régime de l'administration légale aux dépens de celui de la tutelle. Alors que jusqu'ici la tutelle s'ouvrait, pour les enfants mineurs légitimes, lors du décès de l'un des époux, l'article 390 l'ouvre désormais « lorsque le père et la mère sont tous les deux décédés ou se trouvent dans l'un des cas prévus à l'article 373 ». De ce fait, la loi change le système en place et la tutelle ne s'applique plus qu'au décès du dernier mourant des père et mère, le survivant demeure administrateur légal[1137] **(§1)**.

Alors qu'il a précédemment été indiqué, au sein de la section 2, que le sujet de la tutelle ne pouvait pas trouver sa place dans un sujet afférent à la puissance paternelle de la mère, les innovations apportées par la loi du 14 décembre 1964 rendent nécessaire le fait de lui consacrer un développement. En effet, cette tutelle a été remplacée par l'administration légale sous contrôle judiciaire, régime sous lequel le gouvernement de la personne du mineur s'exerce dans le cadre de l'autorité parentale puisque l'administration légale est un attribut de l'autorité parentale.

Cette institution permet aux parents titulaires de l'exercice de l'autorité parentale d'administrer, en représentation de leur enfant mineur, les biens de celui-ci et de bénéficier de la jouissance légale sur ces biens **(§2)**.

[1137] Pierre Blondy, Georges et Michel Morin, *La réforme de l'administration légale, de la tutelle et de l'émancipation*, Paris, Répertoire du notariat, 1972, p. 19.

§1. L'affranchissement du droit tutélaire après le décès du père

La loi du 14 décembre 1964 va remanier l'ensemble du droit des incapacités des mineurs et a profondément changé le dispositif de l'administration légale en créant l'administration légale sous contrôle judiciaire. En effet, selon les termes du projet lui-même : « Cette loi a élargi le domaine de l'administration légale au détriment de celui de la tutelle, en soumettant à l'administration légale tous les enfants, légitimes ou naturels, ayant au moins un parent vivant et exerçant sur eux la puissance paternelle, alors qu'auparavant seuls les enfants légitimes en bénéficiaient »[1138] **(A)**. Ceci s'explique par le fait que dans le Code civil, le chapitre de la tutelle avait vieilli, la faute en était à une double transformation qui avait affecté, d'un côté la structure des familles, de l'autre la gestion des patrimoines **(B)**.

A. L'élargissement du champ d'application de l'administration légale

Cet élargissement du champ d'application de l'administration légale s'est accompagné d'une diversification de son régime. Ainsi, à côté de l'administration légale dénommée « pure et simple » qui était réservée aux enfants légitimes dont les parents étaient mariés, le législateur de 1964 a instauré l'administration légale « sous contrôle judiciaire », ayant vocation à s'appliquer aux enfants naturels ou légitimes, lorsqu'un seul parent exerçait « la puissance paternelle »[1139].

Lorsque le Doyen Jean Carbonnier étudie cette réforme il précise que « Jamais plus qu'aujourd'hui devant ces textes, nous n'avons senti la sagesse de ce

---

[1138] *Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit des procédures dans les domaines de la justice et des affaires internes*, Sénat, 26 novembre 2013.
[1139] Michel de Juglart, Alain Piédelièvre, Stéphane Piédelièvre, *Cours de droit civil*, Paris, Montchestien , 2001, p. 246.

qu'enseignait Julien Bonnecase, quand il disait qu'une fois promulguée, la loi doit échapper à ceux qui l'ont faite. Les dispositions auxquelles on a attaché quelques importances resteront ignorées de la pratique ; les difficultés qui surgiront seront celles qui n'ont pas été prévues ; les interprétations se feront fréquemment divinatoires, puisqu'elle signifie non point qu'il y ait lieu le moins du monde de deviner l'intention réelle de l'oracle, mais tout simplement qu'il faut accommoder les propos sibyllins aux intérêts et désirs des consultants. Et il est bon qu'il en soit ainsi, que la feuille détachée de l'arbre, aille où l'emportent les vents »[1140].

Les raisons de ce changement s'expliquent de toute évidence par l'influence de l'évolution sociale qu'il s'agit d'étudier afin de mieux comprendre cet elargissement du champ d'application de l'administration légale.

B. L'influence de l'évolution sociale

Avec le conseil de famille au cœur du système, la tutelle de 1804 apparaissait comme « une institution de lignage et non de ménage »[1141]. Elle fonctionnait par et pour une famille étendue. A cette époque, la société est encore profondément villageoise, peu migratrice, et il facile de regrouper les cousinages au chef-lieu de canton.

A cet égard, il est intéressant de faire ressortir les remarques de Jean Carbonnier sur la tutelle de 1804 puisque d'après lui : « il y avait même plus grave dans l'esprit de cette tutelle puisqu'elle avait quelque chose de pré successoral. L'orphelin de ce temps-là courait le risque statistique d'une mortalité effrayante. C'était une vue lucide de la situation que de figer ses biens comme s'ils étaient grevés d'une substitution au profit de ses héritiers présomptifs et d'en mettre la

[1140] Pierre Blondy, Georges et Michel Morin, *La réforme de l'administration légale de la tutelle et de l'émancipation*, *op. cit.,* p. 7.
[1141] Edwige Rude-Antoine, « Jean Carbonnier et la famille », *in L'année sociologique*, vol. 57, 2007, p. 10.

gestion sous la surveillance jalouse des appelés. De là, une défiance sourde à l'égard du conjoint survivant, soupçonné de pouvoir faire dévier vers lui la fortune laissée par le prédécédé de là, le personnage du subrogé-tuteur comme le procureur de l'autre ligne ; de là, dans le conseil de famille, la représentation paritaire des intérêts successoraux des deux gentes »[1142].

Les données nouvelles de l'économie ont véritablement influencé la réforme de la tutelle ce qui explique que la législation va être bouleversée par le phénomène que les sociologues décrivent sous le nom de rétrécissement de la famille. Désormais, la famille ne s'apparente plus au schéma familial d'antant, la elle se réduit au couple et aux enfants mineurs et c'est ce rétrécissement de la famille qui va se répercuter sur le système de la tutelle : « La loi nouvelle s'efforce d'affranchir le droit tutélaire de son passé successoral»[1143] .

[1142] Pierre Blondy, Georges et Michel Morin, *La réforme de l'administration légale de la tutelle et de l'émancipation*, *op. cit.,* p. 8 : « Les notaires sont à cette époque les véritables témoins de la nécessité d'une réforme en la matière puisque ces derniers constatent le formalisme des textes, lorsqu'ils doivent procéder à des ventes immobilières ou à des partages dans lesquels étaient intéressés des mineurs. Dans l'esprit de la loi de 1804, la gestion du patrimoine pupillaire ne pouvait être que statique et conservatrice. Or, les phénomènes économiques déclenchés par les deux guerres mondiales, phénomènes à prédominance d'inflation sont venus montrer à l'évidence que la conservation des patrimoines en nature aboutissait le plus souvent à ne pas les conserver en valeur. Il a été constaté que des générations ont été ruinés par les placements de « père de famille », la viscosité des loyers et fermages a fait du bail une opération périlleuse en ce qu'on peut épargner des intérêts parait dérisoire en comparaison des plus-values possibles du capital ».

[1143] *Ibid.*, p. 8 : « La famille d'aujourd'hui, ce n'est plus la famille étendue, c'est la famille conjugale, réduite au couple et aux enfants mineurs. Les ascendants et surtout les collatéraux sans être exclus sont rejetés vers la périphérie, et leur appartenance à la famille dépend de la réalité concrète des relations et des affections, bien plus que d'une place chiffrée d'avance dans la hiérarchie de l'héritage. Le rétrécissement de la famille était démontré par la profonde inefficacité dans laquelle étaient tombées les dispositions du Code. Sauf en quelques provinces, restées plus rurales, on renonçait par principe à constituer les tutelles, tant il est difficile de rassembler six parents, et lorsque d'aventure on ne pouvait faire autrement que de tenir un conseil de famille, parce qu'il y a eu un acte urgent à autoriser, l'abus des procurations venait vider la délibération de toute signification familiale. Au lieu de cette famille étendue et fantomatique, c'est la famille étroite et concrètement vécue qui sera désormais le soubassement de la tutelle ».

Ainsi, il résulte de l'article 390 nouveau du Code civil que la tutelle d'un enfant légitime ne peut s'ouvrir que lorsque le père et la mère sont tous deux décédés, ou lorsque le père et la mère se trouvent dans l'un des cas prévus à l'article 373. Par conséquent, cette loi accorde délibérément une véritable confiance à l'égard des du survivant des père et mère[1144].

§2. Les nouveaux fondements de l'administration légale

Il existe désormais deux administrations légales, celle pure et simple et celle sous contrôle judiciaire. Pour les distinguer, il faut désormais déterminer dans quels cas un mineur se trouve placé sous le régime de l'administration légale. Il faut différencier la situation de l'enfant légitime de celle de l'enfant naturel ou encore de celle de l'enfant adopté[1145].

Concernant l'administration légale sous contrôle judiciaire, il résulte de l'article 389-2, nouveau du Code civil que l'enfant légitime est placé sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire dans les cas suivants : « lorsque l'un ou l'autre des deux parents est décédé » ou « lorsque l'un ou l'autre des deux parents se trouve dans l'un des cas prévus à l'article en faisant du conjoint survivant l'administrateur légal, et non plus le tuteur des enfants ».

L'administration des biens de l'enfant sera, aux termes de l'article 389-2 du Code civil : « placée sous le contrôle du juge des tutelles lorsque l'un ou l'autre des deux parents est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité

[1144] Patrick Courbe, Fabienne Jault-Seseke, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2018, 320 p.
[1145] Henri Mazeaud, Jean Mazeaud, Michel de Juglart, *Personne, famille, filiation, incapacités*, Paris, Montchrestien, 1970, 594 p.

parentale ; elle l'est également en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale »[1146].

Cette administration, placée sous le contrôle du juge des tutelles **(A)** assure une plus grande liberté au conjoint survivant, et donc une place plus grande faite à la mère survivante dans la gestion des biens de son enfant **(B)**[1147].

A. La création du juge des tutelles

Cette extension du régime de l'administration légale a conduit le législateur à refondre totalement le fonctionnement de ce régime. L'administrateur légal, et donc la mère lorsqu'elle devient veuve, est placée sous l'autorité d'un magistrat, le juge des tutelles, qui est un juge appartenant au tribunal d'instance dans le ressort duquel le mineur a son domicile en vertu du nouvel article 393 du Code civil : « Les fonctions du juge des tutelles sont exercées par un juge appartenant au tribunal d'instance dans le ressort duquel le mineur a son domicile »[1148].

De ce fait, la loi érige la liberté en principe, et elle charge le juge des tutelles de déceler les cas aberrants. C'est une véritable fonction de surveillance qui est mise en place à travers l'article 395 du Code civil « Le juge des tutelles exerce une surveillance générale sur les administrations légales et les tutelles de son ressort ».

A l'égard d'une telle situation, les propos du Doyen Jean Carbonnier nous explique comment concevoir cette fonction de tutelle dès lors qu'il pense qu' : « il ne faut pas concevoir cette fonction comme une haute tutelle qui ferait confluer vers lui pour examen et approbation toutes les affaires des mineurs Il doit simplement veiller à ce que, par négligence, imprudence ou fraude, des

---

[1146] *Journal officiel de la République française*, n°47 à 52, 1964, p. 2.
[1147] Loi du 14 décembre 1964, articles 389-390. Cf. *J.O.* du 15-12-64.
[1148] André Raison, *Le statut des mineurs protégés*, *op.cit.*, p. 335.

défaillances ne se produisent pas dans les mécanismes familiaux, lesquels demeurent essentiels »[1149].

De toute évidence l'évolution de la législation offre une place plus importante à la mère de famille dans son action sur les biens de l'enfants puisque la mère devient désormais administratice légale de plein droit.

B. La mère administratrice légale de plein droit

Depuis la loi du 14 décembre 1964, au décès du père de l'enfant légitime, c'est la mère qui devient de plein droit administratrice légale des biens de ses enfants mineurs en vertu de l'article 389 « Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, le père est administrateur légale. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale »[1150].

Désormais, lorsque la mère devient veuve et prend la charge de l'administration légale des biens de son enfant, le législateur lui fait largement confiance, d'abord en lui conférant des pouvoirs plus étendus qu'au tuteur ensuite en ne plaçant pas contre elle un conseil de famille. Par conséquent, la mère peut naturellement faire seule les actes pour lesquels un tuteur n'aurait besoin d'aucune autorisation d'après l'article 389-4 nouveau du Code civil. Ainsi, pour l'accomplissement des actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille en matière d'administration légale pure et simple, la mère les accomplit, dans l'administration légale sous contrôle judiciaire, avec l'autorisation du juge des tutelles en vertu des articles 389-5 et 386-6 nouveaux du Code civil[1151]. La mère pourra également s'adresser au juge des tutelles pour lui demander de constater, par un certificat, que son mari se trouve dans l'un

[1149] Pierre Blondy, Georges et Michel Morin, *La réforme de l'administration légale de la tutelle et de l'émancipation*, *op. cit.,* p. 13.
[1150] André Raison, *Le statut des mineurs protégés*, *op.cit*., p. 102.
[1151] *Code civil annoté d'après la doctrine et la jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1990, p. 253.

des cas prévus à l'article 373 du Code civil et que de ce fait, elle se trouve investie de plein droit des fonctions d'administrateur légal à la place de son mari empêché[1152].

Enfin, le nouvel article 389-7 du Code civil a également pris soin de préciser que les règles de l'administration légale ne préjudicient pas « aux droits que les père et mère tiennent au titre de l'autorité paternelle, notamment quant à l'éducation de l'enfant et à l'usufruit de ses biens ».

Comme les fonctions d'administrateur légal sont limitées à l'exercice de l'autorité parentale, les attributs de l'autorité reviennent donc, en règle générale, aux mêmes personnes que celles qui assument l'administration des biens de leurs enfants. La loi du 14 décembre 1964 n'a donc apporté aucune modification en ces matières. C'est en effet la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale qui a rénové les textes du Code civil relatifs à la puissance paternelle.

[1152] *J.O.*, 17 juin 1964 ; Deb. Ass. Nat., p. 1962.

Conclusion du chapitre II

La Première Guerre mondiale va provoquer, dans la législation civile de nombreuses réformes dans le but de s'adapter à l'évolution de l'économie et de la société face à un conflit de longue durée. Le droit de la famille en a également été affecté puisque non seulement la législateur a du adopter de nouvelles dispositions sur la puissance paternelle de la mère en cas de mobilisation du père de famille, mais il a également dû poursuivre l'œuvre de réforme entreprise au début du siècle sur le terrain relativement à la tutelle.

La guerre va réellement accélérer la prise de conscience de l'évolution des mœurs : : « Les séquelles de la guerre, en particulier les effets de la saignée démographique subie par la France, sont également très visibles dans la législation des années 1919 à 1930 »[1153]. Ces répercussions se retrouveront également à travers la loi du 18 février 1938 ou encore la loi du 22 septembre 1942 qui sera élaborée : « sans aucun débat ni vote par des technocrates parmi lesquels se trouvaient quelques juristes réputés comme en témoigne la loi du 22 septembre 1942 »[1154].

La V[e] République quant à elle s'est occupée de la réforme du droit tutélaire à travers la loi du 14 décembre 1964 qui a refondu l'ensemble du droit des incapacités des mineurs et qui a profondément modifié le dispositif de l'administration légale en créant l'administration légale sous contrôle judiciaire, au détriment de la tutelle qui s'applique désormais à la mort des deux parents[1155].

[1153] Jean-Louis Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op.cit*., p. 174.
[1154] *Ibid*., p. 176.
[1155] Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op.cit*. p. 176.

Conclusion partie II

Cette seconde partie consacrée à l'exercice de la puissance paternelle de la mère, telle une immersion dans la vie quotidienne des familles confrontées à diverses situations permet de constater que la prééminence accordée au père, au point de vue de l'exercice de l'autorité paternelle, n'implique pas la négation du droit de la mère et ce, depuis 1804.

Toutes les situations auxquelles peuvent être confrontées les familles ont été envisagées, ce qui a permis de voir la puissance paternelle sous toutes ses formes. Cette seconde partie ne devait en aucun être une répétition de la première partie, bien au contraire, elle devait mettre en mouvement les idées théoriques exposées dans la première afin de démontrer que la puissance paternelle appartient bel et bien à la mère, mais qu'elle en détient également l'exercice.

Et pour cause, toute la raison d'être de l'intitulé de cette thèse repose sur cette démonstration apportée dans la rédaction de la seconde partie. Cela pouvait somme toute paraitre paradoxal de choisir pour titre « La puissance paternelle de la mère » dans une étude consacrée aux droits de la mère, mais le qualificatif « paternelle » est bien le terme propre jusqu'à la loi du 4 juin 1970.

Cependant, même si jusqu'en 1970, le titre IX du Code civil conserve pour intitulé « De la puissance paternelle » malgré de nombreuses modifications au profit de l'autorité en développement de la mère, la puissance paternelle appartient conjointement au père et à la mère et quelquefois comme nous avons pu le voir, à la mère seule depuis la promulgation du Code civil en 1804.

Ainsi, les prérogatives de la mère n'ont cessé de croître pour venir s'aligner à celles du père en matière d'autorité aussi bien lorsqu'elle est exercée en temps normal c'est-à-dire en présence du père ou encore lorsque le père n'est plus en mesure de tenir son rôle.

En somme, à travers l'amélioration du statut de la mère, c'est la famille toute entière qui a changé d'aspect et, comme l'écrit Jean Carbonnier « elle n'est plus aujourd'hui une monarchie, mais une dyarchie conduite par une autorité bicéphale »[1156].

[1156] Jean Carbonnier, *Droit civil*, *op.cit.*, p. 386.

Conclusion générale

Traiter de l'évolution de l'autorité de la mère à travers la législation établie par le Code civil depuis 1804 à 1970 relève d'un long processus de recherche et de rassemblement des données tant le XIX^e^ siècle et le XX^e^ siècle « ont été riches d'évolutions économiques, sociologiques, philosophiques et politiques, et donc de réformes législatives »[1157].

Les multiples réformes du Code intervenues en deux siècles se sont réalisées soit par de simples retouches des textes anciens, soit par l'abrogation ou encore par l'ajout d'articles nouveaux. Les retouches apportées au Code civil visent l'idée d'égalité entre l'homme et de la femme, à la fois dans la vie de couple mais également dans la vie de famille.

Par conséquent, cette étude ne peut aboutir à des conclusions fermes, sans examiner le mouvement des idées au cours des dernières années, en envisageant l'autorité dans son ensemble et non plus seulement de la mère, dès lors qu'elle est devenue l'égale du père après la loi du 4 juin 1970.

En effet, cette loi du 4 juin 1970, considérée comme l'aboutissement d'une législation de plus en plus favorable aux droits de la mère a ainsi crée de nouvelles perspectives législatives.

De la puissance paternelle à l'autorité parentale

Il a fallu attendre la loi du 4 juin 1970 pour que la puissance paternelle du Code Napoléon soit remplacée au titre IX par les termes « autorité parentale »[1158]. A l'égard de ce passage de puissance paternelle à autorité

[1157] Alain Bénabent, *Le Code civil*, Paris, Seuil, 2003, p. 30.
[1158] Raymond Legeais, « L'autorité parentale », *Defrénois*, 1973, Paris, Philippe Bonfils et Adeline Gouttenoire, « Droit des mineurs », *Dalloz*, 2014, n°537 s.

parentale, François Terré a d'ailleurs expliqué que : « Le néologisme marque un double changement de perspective. Autorité, car si le mot de puissance évoquait un pouvoir illimité, propre à son titulaire, celui d'autorité est moins fort et suggère une fonction attribuée dans l'intérêt d'autrui. Parentale, car cette fonction n'est plus un monopole du père, elle appartient à égalité aux père et mère qui, en principe l'exercent en commun »[1159].

Force est de constater que la notion d'autorité parentale est donc relativement récente en France au regard de l'ancrage de la notion de puissance dans le droit de la famille[1160]. De ce fait, il fallait de nouveaux mots pour exprimer de nouvelles idées, déjà en chemin depuis le Code civil de 1804.

Les changements opérés par la loi du 4 juin 1970 sont fondamentaux dès lors que cette loi institue, à la place de la puissance paternelle, l'autorité parentale, c'est-à-dire une autorité dévolue conjointement au père et à la mère, et qui doit être exercée en commun[1161]. Les valeurs ainsi affirmées sont celles qui existaient déjà dans les familles, mais qui ont été traduites dans le changement des mots : « Le pouvoir de domination et la qualité de chef de famille sont ainsi remplacés par « l'autorité » des père et mère, conçue comme une fonction de protection et une affirmation solennelle de l'entité du couple »[1162].

[1159] François Terré "A propos de l'autorité parentale" in Réformes du droit de la famille, Archives de philosophie du droit, t20, 1975, p.45 et s.

[1160] Dominique Youf, *Juger et éduquer les mineurs délinquants*, Paris, Dunod, 2009, p. 167.

[1161] Les réformes qui se sont succédées: 1970 (Loi du 4 juin 1970), 1975 (Loi du 11 juillet 1975 réformant le divorce), 1987 (Loi Malhuret du 22 juillet 1987), 1993 (Loi du 8 janvier 1993) , 2002 (Loi du 4 mars 2002) sans parler des lois "collatérales" sur les relations entre frères et soeurs (Loi du 30 décembre 1996), la nationalité (Loi du 16 mars 1997, qui , subrepticement , au détour d'un amendement, introduit la résidence alternée après divorce dans le Code civil), les violences familiales (loi du 9 juillet 2010) ou des différentes réformes de la protection de l'enfance ou de la procédure en matière familiale, sans parler des diverses lois de simplification ou de modernisation qui ne manquent pas d'apporter leur pierre à l'édifice (ou plutôt au cairn, législatif).

[1162] Henri Mazeaud, Léon Mazeaud et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, *op.cit.*, p. 554.

Modifiée depuis à trois reprises en 1987, 1993 et 2002 et complétée par de multiples décrets de procédures, la loi de 1970 n'en demeure pas moins le texte fondateur d'un système totalement rénové.

L'autorité parentale après la loi du 4 juin 1970

La loi du 4 juin 1970 si elle fut bien accueillie à l'époque, fut dépassée par l'évolution des mœurs et des mentalités qui, dans les années 1970, bouleversèrent les conceptions traditionnelles de la famille.

Par la suite, d'autres lois vont moderniser, par touches successives, le droit de la famille. En effet, la loi du 3 janvier 1972 va réformer le droit de la filiation en créant un statut unique pour l'enfant légitime et l'enfant naturel[1163]. Trois ans plus tard, la loi du 11 juillet 1975, reformant le divorce, pose le principe de l'attribution exclusive de la garde de l'enfant à l'un des parents, la jurisprudence de la Cour de cassation admettant cependant la légalité de la garde conjointe après le divorce[1164].

Par ailleurs, alors que la loi du 4 juin 1970 avait réalisé une égalité parfaite quant à l'autorité sur la personne de l'enfant, il faudra attendre dix ans pour que la loi du 23 décembre 1985 consacre l'égalité des parents dans la gestion des biens de l'enfant mineur en disposant que « l'administration légale est exercée conjointement par le père et la mère lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale et dans les autres cas, sous le contrôle du juge soit par le père, soit par la mère »[1165].

[1163] Ce dernier a « en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère », Code civil, article 334, alinéa 1 et 2, abrogé par la loi du 4 mars 2002.

[1164] Cass. Civ. 2, 21 mars 1983, JCP 1984, éd. G, II, 20163, obs. Françoise Dekeuwer-Défossez.

[1165] André Raison, *Le statut des mineurs protégés*, *op.cit.*, p. 86.

Aussi, afin de prendre acte de ces grandes évolutions et de faire en sorte que les enfants de divorcés ou les enfants naturels soient le plus possible protégés des déchirements de leurs parents, la loi Malhuret du 22 juillet 1987 va assouplir les effets du divorce sur le partage de l'autorité parentale. Cette loi permet aux père et à la mère d'exercer conjointement leur autorité sur leurs enfants, quelle que soit leur situation matrimoniale, aussi bien en cas de divorce que de concubinage[1166].

Nonobstant ces divers ajustements législatifs, la famille évoluant toujours et la *Convention internationale des Droits de l'Enfant* étant applicable depuis 1990 en France, il convient d'adapter encore le Code civil. En effet, il fallait mettre le droit français en conformité avec la convention internationale sur les droits de l'enfant dont l'article 9 dispose que "Les États partis respectent le droit de l'enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents »[1167].

Quelques années après la loi Malhuret, une loi du 8 janvier 1993 va de nouveau modifier l'autorité parentale. Cette nouvelle loi place l'autorité parentale comme le principe, et confère à l'enfant, quelle que soit sa filiation légitime ou naturelle, le droit d'être élevé par ses deux parents en vertu de l'article 372, alinéa

---

[1166] Hugues Fulchiron, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, commentaire de la loi du 8 janvier 1993 à la lumière de la loi Malhuret », *D.* 1993, 117 s : « Le texte comprend deux volets. L'un concerne les enfants de divorcés et permet au juge de maintenir l'autorité parentale conjointe du père et de la mère, même si l'un d'eux héberge l'enfant. L'autre, qui concerne les couples non mariés, facilite la procédure donnant la possibilité au père d'un enfant naturel d'obtenir l'autorité parentale conjointement avec la mère, dès lors qu'ils sont d'accord, en présentant une demande conjointe devant le juge des tutelles. Cette nouvelle loi veut ainsi remédier à ce dysfonctionnement en créant le principe de la coparentalité qui doit exister même en cas de divorce. Le principe devient dans la pratique l'exercice en commun, l'exception l'exercice unilatéral ».

[1167]Françoise Dekeuwer-Défossez, « Les droits de l'enfant », *Que sais-je ?* et Claire Neyreinck, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations unies*, Paris, Delmas, 1992.

[1167]Cette nouvelle disposition n'est pas applicable aux enfants reconnus avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993, si à cette date l'autorité parentale était exercée par un seul parent et si l'enfant résidait habituellement chez lui : à cette double conditions, ce parent conserve l'exercice exclusif de l'autorité (art. 46 . L. 8 janvier 1993). Cf par exemple J.A.F. Paris 15 mars 1994, *R.T.D.Civ.* 1994. 847, obs. Hauser.

2 qui dispose que l'autorité parentale est exercée en commun si « les parents d'un enfant naturel, l'ayant tous deux reconnu avant qu'il ait atteint l'âge d'un an, vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ».

Ainsi, les textes de l'autorité parentale étaient étendus à la famille naturelle et il n'était plus question d'époux, mais de parents. Il suffisait dès lors que deux concubins reconnaissent l'enfant qu'ils ont eu avant son premier anniversaire pour que la mère perde l'attribution exclusive de l'exercice de l'autorité parentale mais encore fallait-il démontrer l'existence d'une communauté de vie au moment de la reconnaissance.

Plus encore qu'en 1987 : « C'est surtout le principe de la coparentalité que la nouvelle loi sur l'autorité parentale consacre, offrant aux couples qui se séparent un modèle de pérennité qui survit à la rupture du lien conjugal. L'autorité parentale, est ainsi devenue quasi automatique après le divorce et seule la résidence habituelle de l'enfant peut faire l'objet d'une décision de la part du juge uniquement en cas de mésentente des parents et non plus systématiquement »[1168]. Ainsi, en cas de divorce, l'exercice en commun de l'autorité parentale devient la règle, à laquelle il faudra déroger uniquement dans l'intérêt de l'enfant[1169].

L'autorité dans la famille au XXIe siècle : entre continuité et rupture

Désormais, le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale s'applique aussi bien dans la famille construite en mariage que dans la famille

[1168]Hugues Fulchiron, « Le droit de l'enfant à ses deux parents » : in *Recherches et Prévisions,* n°35, mars 1994. pp. 19-30.
[1169] Cf notamment le commentaire de Jacqueline Rubellin-Devichi, *Juris classeur Périodique*, 1993, I, 3659.

hors mariage, dans la famille unie comme dans la famille désunie, dans la famille par le sang comme dans la famille adoptive.

La loi du 4 mars 2002 va achever sur ce point l'évolution amorcée en 1970 pour la famille légitime unie[1170]. En effet, elle redéfinit en premier lieu l'autorité parentale et affirme une égalité des droits des enfants, quel que soit le statut des parents. Elle permet également une meilleure application du principe de coparentalité selon lequel il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents[1171]. Bien que non explicitement mentionné dans la loi, ce terme est surtout utilisé par les commentateurs de la loi, et dans les différents rapports sur l'autorité parentale[1172]. Parmi ceux-ci, le groupe de travail présidé par Françoise Dekeuwer-Défossez précise le terme de cette façon[1173] : « C'est l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni »[1174].

Cette loi va instaurer un droit commun de l'autorité parentale en regroupant au sein d'un chapitre unique du Code civil l'ensemble des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Cette nouvelle loi s'applique à tous les enfants et à tous les parents, quel que soit leur statut de couple. En effet, l'article 287 du Code civil pose le principe selon lequel les parents exercent en commun

---

[1170] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille*, op.cit., p. 708 : « Élargie en 1987 à la famille divorcée et à la famille naturelle en 1993. La plupart des législations européennes ont connu la même évolution, qui correspond d'ailleurs aux idéaux de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et aux prescriptions européennes ».

[1171] Solène Pelletier, « Les exercices de l'autorité parentale », in *Journal du droit des jeunes* 2003/9 (N° 229), p. 33-36.

[1172] Rouyer Véronique, « Coparentalité : un mythe pour quelles réalités ? », in *Empan*, 2008/4 (n° 72), p. 99-105.

[1173] Frédéric Vauvillé, « Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre », in *F. Dekeuwer-Défossez et Christine Choain, L'autorité parentale en question,* Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, p. 119-137.

[1174] Ainsi la loi semble reprendre l'esprit des dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant ratifiée en 1990 par la France.

l'autorité parentale, quelle que soit leur situation juridique c'est-à-dire qu'ils soient mariés ou non ou encore divorcés[1175].

Ainsi, la loi du 4 mars 2002 rappelle également que la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ».

L'autorité parentale à l'épreuve des familles nouvelles

La loi du 4 mars 2002, légèrement modifiée en son second paragraphe par la loi du 17 mai 2013, définit l'autorité parentale dans l'article 371-1 du Code civil comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant »[1176]. La loi du 17 mai 2013 qui consacre le « mariage pour tous » autorise désormais les couples homosexuels à sa marier et à adopter, laissant place non plus à une autorité confiée aux père et mère mais aux parents. En revanche, cette loi n'a pas modifié l'article 371 du Code civil qui continue d'affirmer que « l'enfant doit honneur à ses père et mère »[1177].

Enfin, face aux réactions suscitées par la disparition programmée des termes « père et mère », le législateur de 2013 a temporisé en précisant que :

[1175] Solène Pelletier, « Les exercices de l'autorité parentale », *op.cit.,* , pp. 33-36 : « Ainsi, tous les enfants bénéficient des mêmes droits puisque la loi rattache l'exercice de l'autorité parentale à l'établissement d'un lien de filiation alors que le dispositif antérieur exigeait la preuve de la vie commune du couple. Certaines dispositions soulevaient de nombreuses difficultés tenant essentiellement à la preuve de la condition de la vie commune. Ces diverses exigences ont donc été supprimées.En définitive, les parents non mariés exercent en commun l'autorité parentale à partir du moment où ils ont tous deux reconnu l'enfant, ensemble ou séparément, dans la première année de sa naissance sans autre condition[1175]. Ainsi, lorsque les parents se séparent, il leur revient de régler eux-mêmes les conséquences de leur séparation[1175]. Ils peuvent, s'ils le souhaitent, soumettre leur accord au juge aux affaires familiales, uniquement en cas de mésentente, le juge intervient pour fixer l'autorité parentale. L'enfant a le droit de voir ses deux parents et la garde alternée intègre le Code civil ».

[1176] Flore Capelier, *Reponsabilité et protection de l'enfance*, Paris, Dunod, 2016, p. 9.

[1177] Clara Bernard Xémard, *Cours de droit des personnes et de la famille*, Paris, Gualino, 2017-2018, n°2012.

« Sauf exception les dispositions légales sont restées intactes et l'article 6-1 du Code civil étend leur portée à tous les parents adoptifs, « que les époux soient de sexe différent ou de même sexe »[1178]. Le législateur a donc pris soin de « dégenrer » l'article 371-1 qui pose les principes de base de l'autorité parentale, mais s'est gardé de s'attaquer aux textes gravés au fronton du chapitre consacré à l'autorité parentale[1179].

La métamorphose de la direction familiale

Aujourd'hui, la famille apparaît comme la cellule fondamentale de la société, à la fois éternelle et changeante, qui ne cesse de s'adapter à l'évolution des mœurs. Le mariage, anciennement considéré comme le pillier traditionnel de la famille, est désormais concurrencé par d'autres formes de vie de couple ou se veut fragilisé par la multiplication des divorces.

Le schéma familial du XXI^e^ ne ressemble plus à celui du XIX^e^ siècle, ce qui a nécessité de nombreuses modifications de la législation en matière de puissance paternelle, puis d'autorité parentale. Ces nombreuses métamorphoses ont été analysées à travers l'écriture de cette thèse qui a mis en exergue le rôle de la mère au sein de la famille et son combat pour se hisser peu à peu au rang d'égale au père dans la famille.

[1178] Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, *Droit de la famille*, *op.cit.*, p. 714

[1179] *Ibid.,* p. 715 : « Partout, les droits et libertés de l'individu, portés par la dynamique européenne, affirment leur emprise entre quête du bonheur individuel, entre revendications égoïstes des droits à et respect de la solidarité du groupe, volonté d'autonomie et appel à la protection de l'État et de la famille ».

Sources et bibliographie

I. Sources imprimées

A. Périodiques

1. Généraux

La citoyenne (1881-1891).

Le citateur féminin (1835).

Le conseiller des femmes (1833-1834).

Le droit des femmes (1869-1891).

L'Esprit de la femme (1889-1893).

La Femme (1879-1912).

La Fronde (1897-1925).

La femme libre (1832-1834).

La femme dans la vie sociale (1932-1947).

La Gazette des femmes (1877-1891).

La jeune mère (1874-1905).

La mère de famille (1835).

La mosaïque lyonnaise (1834-1880).

Le Temps (1861-1942).

La tribune des femmes (1832-1834).

2. Juridiques

Bulletin des lois de la République française (1789-1931)

Bulletin des lois de la République française 1789 à 1931.

Bulletin des arrêts de la cour de cassation en matière civile 1792 à 1969.

Conseil national des femmes françaises (1882-2001).

Dalloz, Jurisprudence générale : recueil périodique et critique de jurisprudence de législation et de doctrine en matière civile (1903-1944).

Encyclopédie juridique Dalloz (1951-1970).

Gazette des tribunaux : journal de jurisprudence et des débats judiciaires (1825-1955).

Journal Officiel de l'État français (1941-1944).

Journal Officiel de la France libre (1941).

Journal Officiel de la République française (1881-1970).

Journal du Palais (1802-1888).

Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle : ou journal des audiences de la Cour de cassation et des Cours royales (1825-1902).

Recueil Dalloz (1835-1970).

Recueil Dalloz et Recueil Sirey : doctrine, jurisprudence et de législation (1955-1956).

Recueil analytique et critique de doctrine, de jurisprudence et de la législation (1945-1955).

Répertoire du notariat Defrénois (1881-1970).

Répertoire universel et raisonné de jurisprudence.

La Gazette du Palais (1886-1970).

La Revue trimestrielle de droit civil.

La Semaine juridique (1942-1970).

Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle et commerciale et de droit public par Jean Baptiste Sirey (1791 à 1900).

Revue critique de législation et de jurisprudence (1853−1939).

Revue pratique de droit français : jurisprudence, doctrine, législation (1856-1883).

B. Instruments de travail : recueils bibliographiques, annuaires et répertoires

Annuaire statistique de la France, Paris, Impr. nationale, 1892-1970.

Les annuaires, bulletins et revues statistiques en France (1878-1969).

Bibliographie des mélanges en droit français, par Xavier Dupré de Boulois, Paris, Éd. La mémoire du droit, 2001, 799 p.

Bibliographie en langue française d'histoire du droit, Paris, Montchrestien, 1958-2005.

Bibliographie générale des sciences juridiques, politiques, économiques et sociales, par Aimable Auguste Grandin, Paris, Libr. du Recueil Sirey, 1938-1945 .

Dictionnaire des ministres de 1789 à 1989, Benoît Yvert, Paris, Perrin, 1990, 1028 p.

Dictionnaire des parlementaires français de 1889 à 1940, Jean Jolly, Paris, PUF, 8 vol., 1960-1977.

Dictionnaire des parlementaires français de 1940 à 1958, par le service des archives de l'Assemblée nationale, La Documentation française, Paris, 5 vol., 1988-2005.

Dictionnaire des parlementaires français, Adolphe Robert, Edgar Bourloton et Gaston Cougny, Paris, Bourloton, 1891, vol. 5, 647 p.

II. Bibliographie

A. Ouvrages

Abensour (Léon), *Le féminisme sous le règne de Louis-Philippe et en 1848*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1913, 337 p.

Acollas (Émile), *Le contrat de mariage*, Paris, Delagrave, 1886, 124 p.

Acollas (Émile), *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants : contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques*, t. 1, Paris, E. Thorin, 1869, 731p.

Agresti (Jean-Philippe), *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 590 p.

André (Michel), *Cours alphabétique, téhorique et pratique de la législation civile*, Volume 1, Paris, Bureau de la voix de l'église, 1847, 592 p.

Antomarchi (Véronique), *Politique et famille sous la II^e^ République*, Paris, Harmattant, 2000, 219 p.

Ariès (Philippe), *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, Seuil, 1975, 506 p.

Arnaud (André Jean), *Les juristes face à la société du XIX^e^ siècle à nos jours*, Paris, PUF, 2009, 228 p.

Bart (Jean)*, Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e^ siècle,* Paris, Montchrestien, 2009, 477 p.

Basdevant-Gaudemet (Brigitte) et Goutal-Arnal (Valérie), *Histoire du droit et des institutions,* Paris, LGDJ, 2000, 271 p.

Bavoux (François Nicolas) et Loiseau (Jean-Simon), *Jurisprudence du Code civil ou recueil complet de tous les arrêts de la cour de cassation,* Paris, Clament frères, 1811, 464 p.

Beauthier (Régine), *Le secret intérieur des ménages et le regard de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 1444 p.

Bebel (August), *La femme dans le passé, le présent et l'avenir*, Paris, Georges Carrée, 1891, 373 p.

Bellet (Roger), *La femme au XIX^e^ siècle*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, littérature et idéologie, 246 p.

Benabent (Alain), *Droit civil, la famille, l'enfant et le couple,* Paris, Litec, 2001, 590 p.

Bernard (Paul), *Histoire de l'autorité paternelle en France,* Paris, Imprimerie Radenez Montdidier, 1863, 511 p.

Bernard Xémard (Clara), *Cours de droit des personnes et de la famille*, Paris, Gualino, 2017-2018, 564 p.

Bernard (Claudie), *Penser la famille au dix-neuvième siècle,* Saint Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2007, 441 p.

Berstein (Gisèle), *Le Sénat sous la IIIe République*, CNRS, 450 p.

Bette (Peggy), *Veuves de la grande guerre. Itinéraires et combats*, Bruxelles, éditions Peter Lang, 2017, 325 p.

Bihr (Phillipe), *Le Code civil français, évolution des textes depuis 1804*, Dalloz-Sirey, 2000, 653 p.

Blondy (Pierre) et Morin (Georges), *La réforme de l'administration légale de la tutelle et de l'émancipation,* Paris, Defrenois, 1972, 370 p.

Boileux (Jacques-Marie), *Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément*, t.2, Paris, Joubert, 1856, 786 p.

Boileux (Jacques-Marie), *Commentaire sur le Code civil contenant l'explication de chaque article séparément,* t.1, Paris, Videcoq, 1852, 948 p.

Abel Bonnard, *La France et ses morts*, Paris, Presse Universitaire de St Etienne, 1919, 55 p.

Boninchi (Marc), *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 2005, 318 p.

Bonnecase (Julien), *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, Paris, E. De Boccard, 1928, 343 p.

Bonnecase (Julien), *Mariage et régimes matrimoniaux. Commentaire pratique de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée,* Paris, Rousseau, 1938, 152 p.

Borgetto (Michel)*, Métaphore de la famille et idéologies*, Paris, PUF, 1983*,* 435 p.

Borneman (Ernest), *Le patriarcat,* Paris, PUF, 1979, 309 p.

Botton (Max) et Lebon (André), *Code annoté du divorce*, Paris, A. Rousseau, 1884, 246 p.

Bouineau (Jacques) et Roux (Jérôme), *200 ans de Code civil,* Paris, ADPF, 2004, 212 p.

Boulanger (François), *Autorité parentale et intérêt de l'enfant*, Paris, Edilivre, 2008, 398 p.

Boullenois (Louis), *Dissertation sur des questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes*, Paris, Mesnier, 1732, 546 p.

Bordeaux (Michèle), *La victoire de la famille dans la France défaite, Vichy 1940-1944*, Paris, Flammarion, 2002, 324 p.

Bourjon (François), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes,* Paris, Grangé, 1770, 864 p.

Bouteiller (Jean), *Somme rural, ou le grand coustumier général de practique civil et canon,* Paris, Macé, 1603, 978 p.

Braun (Thomas), *Le livre des mères ou l'éducation maternelle,* Bruxelles, Parent et fils, 1863, 399 p.

Bridel (Louis), *La femme et le droit,* Paris, Pichon, 1884,149 p.

Bridel (Louis), *Le droit des femmes et le mariage,* Paris, Felix Alcan, 1893,185 p.

Brin (Henri-Louis), *Les innovations du décret-loi du 30 octobre 1935 en matière de droit de correction,* Paris, Sirey, 1938, 172 p.

Callu (Marie-France), *Le nouveau droit de la femme*, Université de Californie, Hermès,1978, 429 p.

Carbonnier (Jean), *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Flammarion, 1996, 276 p.

Carbonnier (Jean), *Droit civil,* t. 2*, La famille,* PUF, Paris, 1955, 616 p.

Carbonnier (Jean), *Droit civil, La famille, les incapacités*, Paris, PUF, 1969, 520 p.

Carbonnier (Jean), *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, Paris, PUF, 1955, 756 p.

Capelier (Flore), *Reponsabilité et protection de l'enfance*, Paris, Dunod, 2016, 240 p.

Casel (Jean) et Bonnart-Casel (Nelly), *Les droits de la mère sur l'enfant,* Paris, Editions sociales françaises, 1958, 191 p.

Chaineaud (Christel), *Histoire du droit et des institutions*, Paris, Bréal, 2012, 235 p.

Chamoulaud-Trapiens (Annie), *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, Presses universitaires de Limoges, 1999, 863 p.

Chardon (Olivier-Jacques), *Traité des trois puissance, maritale, paternelle et tutélaire,* Cotillon, 1841, 461 p.

Charles (Louis), *Traité du mariage et de ses effets*, Paris, G. Thorel, 1847, 722 p.

Charmont (Joseph), *Les transformations du droit civil,* Paris, Armand Colin, 1912, 294 p.

Chauveau (M.), *Abolition de la puissance maritale et du devoir d'obéissance ; octroi à la femme mariée d'une capacité restreinte*, Rennes, Imprimeries Réunies, 1938, 80 p.

Chestien de Poly (Jean-Prosper), *Essai sur la puissance paternelle,* Paris, Imprimerie de A. Egron, 1820, 410 p.

Clerc (Edouard), *Manuel théorique et pratique et formulaire général et complet du notariat*, vol. 1, Paris, Marchal Billard, 1858, 677 p.

Colin (Ambroise) et Capitant (Henri), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile,* Paris, Dalloz, 1934, 608 p.

Colin (Ambroise) et Capitant (Henri), *Traité de droit civil, Introduction générale Institutions civiles et judiciaires Personnes et famille,* Paris, Dalloz, 1957, 1072 p.

Corderoy-Dutiers (Jacques), *Le consentement des parents au mariage des enfants de famille*, Paris, E. Dupont, 1907, 167 p.

Cornu (Gérard), *L'apport des réformes du Code civil,* Paris, Les cours de droit, 1971, 240 p.

Cova (Anne), *Maternité et droits des femmes en France,* Anthropos, Paris, 1997, 435 p.

Cova (Anne), *Féminisme et néo-malthusianismes sous la IIIe République : « la liberté de la maternité »*, Paris, L'Harmattan, 2011, 293 p.

Dalloz (Victor Alexis Désiré), *Jurisprudence du XIXe siècle ou recueil alphabétique des arrêts et décisions des cours de France et des Pays-Bas, en matière criminelle, commerciale et administrative,* Bruxelles, Tarlier, 1832, 468 p.

Davie (Neil), *L'évolution de la condition de la femme en Grande Bretagne à travers les textes juridiques fondamentaux de 1830 à 1975*, NS édito, 2011, 223 p.

De Gouges (Olympe), *Les droits de la femme. À la Reine*, Paris, 1791, 24 p.

Dekeuwer-Defossez (Françoise), *L'autorité parentale en question*, Vielleneuve d'Asq, Presse universitaire septentrion 2003, 237 p.

Delepierre (Paul), *Histoire de la puissance paternelle, étudiée principalement dans ses effets sur la personne des enfants,* Imprimerie de F. Paillart, Abbeville, 1887, 291 p.

De Loribar (Paul), *Le Code de l'éternelle mineure*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1922, 419 p.

Delprat (Laurent), *L'autorité parentale et la loi,* Paris, Jeunes éditions, 2006, 212 p.

Delmas-Marty (Mireille), *Le droit de la famille*, Paris, PUF, 1972, 128 p.

Delvincourt (Claude-Etienne), *Cours de Code civil,* Paris, Fournier, 1819, 423 p.

Delzons (Louis), *La famille française et son évolution,* Armand Colin, 1913, 292 p.

De Ribbes (Charles), Les *Familles et la société en France avant la Révolution*, t. II, Paris, J. Aubanel, 1873, 384 p.

Deroussin (David), *Histoire du droit privé XVIe-XXIe siècle*, Paris, Ellipses, 2010, 460 p.

De Saint Affrique (Jean-Bernard), *La réforme de l'absence*, Paris, *Répertoire du notariat Défrénois*, 151 p.

Saint-Joseph (Antoine), *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, vol. 1, Paris, Cotillon, 1856, p. 28.

De St-Martin (Louis-Vivien), *Histoire de Napoléon, du Consulat et de l'Empire*, E et V. Penaud Frères, Paris, 1847, 448 p.

De Vogüé (Guy) et Ricard (Emilie), *L'enfant a droit à son père,* Paris, L'harmattan, 1994, 294 p.

Dewisme (Albert), *Les droits de la femme mariée d'après la loi du 22 septembre 1942*, Paris, Douriez-Bataille, 1943, 184 p.

Dhavernas (Odile), *Droit des femmes, pouvoirs des hommes*, Paris, Editions du Seuil, 1978, 389 p.

Douin (Octave), *La femme dans la famille,* Paris, 1908, 355 p.

Ducos (Michèle), *Rome et le droit,* Paris, Librairie générale Française, 1996, 191 p.

Dumont (Albert), *Etude sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants,* A. Chevalier-Maresq, Paris, 1903, 189 p.

Edelman (Nicole), *Genre, femmes, histoire en Europe : France, Italie, Espagne, Autriche, Paris*, Presses universitaire de Paris Ouest, 2014, 408 p.

Esmein (Paul), *Droit civil français,* t. IX, Paris, Librairies techniques, 1953, 546 p.

Fau (Guy), *L'émancipation dans la Rome antique*, Paris, les belles lettres, 1978, 218 p.

Fenet (Pierre Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* Paris, Videcoq, 1836, 657 p.

Fize (Michel), La famille, Paris, Le Cavalier Bleu, 2005, 124 p.

Fossier (Thierry) et Gratadour (Hélène), *L'autorité parentale,* Paris, ESF Editeur, 2008, 112 p.

Fulchiron (Hughes), *Autorité parentale et parents désunis,* Paris, CNRS, 1985, 260 p.

Fouque Antoine, *Il y a deux sexes : Essais de féminologie*, Paris, Gallimard, 1995, 98 p.

Fréminville (Marie-Joseph de), *Traité de la minorité et de la tutelle*, Clermont, Imprimerie Thébaud, 1845, p. 652 p.

Gaillard (Emmanuel), *Le pouvoir en droit privé,* Paris, Economica, 1985, 247 p.

Ganghofer (Roland), *Le droit de la famille en Europe : son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, Presses universitaire de Strasbourg, 1992, 877 p.

Gasparini (Éric) et Charlot (Patrick), La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques, Dijon, Editions universitaire de Dijon, 2008, 240 p.

Gasparini (Éric), *Introduction historique au droit et histoire des institutions,* Issy-les-Moulineaux, Lextenso, 2017, 410 p.

Gervereau (Laurent), *Histoire du visuel*, Paris, Seuil, 2003, 544 p.

Gide (Paul), *Etudes sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte,* Paris, Durand et Pedone-Lauriel, 1867, 572 p.

Glasson (Ernest Désiré), *Du consentement des époux au mariage,* Paris, A. Durand, 1866, 316 p.

Goubeaux (Gilles) et Bihr (Philippe), *L'application jurisprudentielle de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux,* Paris, Defrenois, 1973, 288 p.

Grinberg (Suzanne) et Matter (Paul), et Simon (Odette), *Les droits nouveaux de la femme mariée,* Paris, Sirey, 1938, 98 p.

Grimal (Pierre), *Histoire mondiale de la femme,* Paris, Nouvelle librairie de France, 1965, 2162 p.

Griolet (Gaston), *Nouveau Code civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine*, vol 1, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1928, 808 p.

Guerrier (Paul), *Etude sur les restrictions et déchéances de la puissance paternelle,* Dijon, Barbier-Marilier, 1895, 182 p.

Halperin (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804,* Paris, PUF, 1996, 384 p.

Halperin (Jean-Louis), *Le Code civil,* Paris, Dalloz, 2003, 150 p.

Halperin (Jean-Louis), *Le Code civil, livre du centenaire,* Paris, Dalloz, 2004, 1128 p.

Hilaire (Jean), *La vie du droit,* Paris, PUF, 2004, 150 p.

Jeadeaux (Jeanne-Marie), *Le roi et le déshonneur des familles. Les lettres de cachet pour affaire de famille en Franche-Comté au XVIII*e *siècle*, Paris, Ecole des chartes, 2017, 533 p

Janet (Paul), *La famille, leçons de philosophie morale,* Paris, Ladrange, 1856, 322 p.

Jannet (Claudio), *Le code civil et les réformes indispensables à la liberté des familles,* Tours*,* A.Mame et fils, 1884, 77 p.

Journet-Durca (Isabelle) et Aulibé-Istin (Paulette), *La femme et ses nouveaux droits,* Paris, Albin Michel, 1975, 320 p.

Klejman (Laurence) et Rochefort (Florence), *L'égalité en marche, le féminisme sous la Troisième République*, Paris, Éditions des femmes, 1989, 356 p.

Knibiehler (Yvonne), *Histoire des mères et de la maternité en occident*, Paris, PUF, 128 p.

Krumbs (Christian), *Père-fils, transmettre le masculin,* Paris, Hachette pratique, 2010, 192 p.

Labrusse-Riou (Catherine), *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, 263 p.

Lachaise (Bernard) *Documents d'histoire contemporaine*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2000, p. 278 p.

Lacointa (Jules), *L'autorité paternelle et le temps présent,* Paris*,* Jules Gervais, 1884, 28

Laferriere (Firmin), *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, Paris, Joubert, 1848, 535 p.

Lamy (Etienne), *La femme de demain,* Paris, Perrin et Cie, 1901, 295 p.

Lapie (Paul) *La femme dans la famille,* Paris, Octave Doin, 1908, 334 p.

Lapointe (Gabriel), *La famille dans l'Ancien droit*, Paris, Montchrestien, 1956, 409 p.

Laurent (François), *Avant-projet de révision du Code civil*, VI, Articles 1999-2411, Bruxelles, Bruylant, 1885, 579 p.

Laurent (François), *Principes de droit civil*, Paris, t. 4, 1870, 682 p.

Laurent (Paul-Mathieu), *Considérations philosophiques sur la puissance paternelle,* Borel, Valence, 1892, 586 p.

Lavedan (Henri), *La famille française,* Paris, Librairie académique Perrin, 1917, 304 p.

Le Camus d'Houlouve (Bertrand Louis), *Commentaire de la Coutume du Boulonnais*, Tome I, Oxford, 1777, 395 p.

Le Courtois (Jean-Baptiste) et Surville (Fernand), *Loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution aux charges du ménage,* Paris, Larose et Tenin, 1908, 42 p.

Lefebvre (Charles), *La famille en France dans le droit et dans les mœurs,* Paris, Marcel Giard et Cie, 1920, 222 p.

Lefebvre-Teillard (Anne), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, 475 p.

Legeais (Raymond), *L'autorité parentale*, Paris, Defrénois, 1973, 317 p.

Legeais (Raymond), *L'autorité parentale étude de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 et des textes qui l'ont complétée*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois*,* 1973, 317 p.

Legouve (Ernest), *Histoire morale des femmes,* Paris, Didier, 1864, 460 p.

Legouvé (Ernest), *Histoire morale des femmes,* Paris*,* J.Hetzel et Cie, 1869, 462 p.

Lelièvre Françoise, *Histoire de la scolarisation des filles*, Paris, Nathan, 272 p.

Leloir (Georges), *Code de la puissance paternelle,* Paris, Durand et Pedone, 1892, 536 p.

Lemonnier-Lesage (Virginie), *Le statut de la femme mariée dans la Normandie coutumière,* Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2005, 573 p.

Le Play (Frédéric), *L'organisation de la famille selon le vrai modèle*, Paris, Saint Michel, 1871, 440 p.

Le senne (Napoléon-Madeleine), *Droits de devoirs de la femme devant la loi française,* Paris, Hennuyer, 1902, 450 p.

Levy (Edouard), *Les difficultés du mariage, à l'usage de ceux qui marient et de ceux qui se marient,* Paris, Recueil Sirey, 1923, 228 p.

Levy (Jean-Philippe) et Castaldo (André), *Histoire du droit civil,* Paris, Dalloz, 2002, 1620 p.

Locré (Jean-Guillaume), *Esprit du Code Napoléon*, t.7, Paris, Imprimerie impériale, 1806, 478 p.

Loisel (Antoine), *Institutes coutumières*, livre I, Dupin et Laboulaye, 1846, 432 p.

Mabille de la Paumelière (Hervé), *L'abandon de famille en droit interne français,* Rennes, Sirey, 1945, 235 p.

Malaurie (Philippe) et Fulchiron (Hugues), *Droit de la famille*, Paris, LGDG, 2017, 876 p.

Maleville (Jacques), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t.4, Paris, Nève, 1822, 387 p.

Marchand (Maurice), *De la liberté d'action de la femme dans le mariage*, Paris, Charles Noblet, 1882, 420 p.

Martin (Xavier), *Nature humaine et Révolution française*, Paris, Morin, 1994, 277 p .

Marty (Gabriel) et Raynaud (Pierre), *Droit civil*, Paris, Sirey, 1989, 457 p.

Maurain (Jean), *La politique ecclésiastique du Second Empire de 1852 à 1869,* Paris, Felix Alcan, 1930, 989 p.

Mazeaud (Henri), (Léon) et (Jean), *Leçons de droit civil, Les personnes*, Paris, Montchrestien, 1972, 1106 p.

Michel (Andrée), *Le féminisme*, Paris, Puf, 1997, 127 p.

Michelet (Jules), *Histoire de la Révolution française*, Introduction, première partie, Paris, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1998, 518 p.

Michineau (Stéphanie), *L'autofiction dans l'œuvre de Colette*, Paris, Publibook, 2008, 374 p.

Monier (Raymond), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1941, 719 p.

Moreaux (Robert) et Dupuy (Jean), *Les conflits conjugaux devant la justice*, Paris, Receuil Sirey, 1943, 147 p.

Morfaux (Louis-Marie), *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, Armand Colin, 1980, 399 p.

Mourlon (Frédéric), *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, Paris, A. Marescq, 1853, 881 p.

Muel-Dreyfus (Francine), *Vichy et l'éternel féminin,* Paris, Le Seuil, 1996, 384p.

Naville (Ernest), *La condition sociale des femmes,* Lausanne, Arthur Imer, 1891, 181 p.

Nougarède (André), *Essai sur l'histoire de la puissance paternelle,* Paris, Le Normant, 1801, 311 p.

Nourisson (Paul), *Etude critique sur la puissance paternelle et ses limites d'après le Code civil,* Paris, L. Larose, 1898, 279 p.

Oudot (Julien), *Du droit de la famille*, Paris, A. Marescq aîné, 1867, 701 p.

Ourliac (Paul) et De Malafosse (Jehan), *Histoire du droit privé,* PUF, 1968, 554 p.

Page (Léon) et Raison (André), *Le nouveau statut des mineurs après la loi du 14 décembre 1964*, Paris, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1965, 242 p.

Patarin (Jean) et Georges (Morin), *La réforme des régimes matrimoniaux*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1966, 304 p.

Petot (Pierre), *Histoire du droit privé français,* Paris, Loysel, 1996, 631 p.

Pelletant (Eugène), *La femme et le droit,* Paris, Pagnerre, 1866, 392 p.

Perrot (Michelle), *Fille de mai 68*, Paris, Bord de l'eau, 2004, 160 p.

Perrot (Michelle), *Mon histoire des femmes,* Paris, Seuil, 2006, 245 p.

Perrot (Michelle), *Le siècle des féminismes*, Paris, Éditions de l'atelier, 2004, 463 p.

Pillet (Antoine), *De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue international,* Paris, Marchal et Billard, 1892, 31 p.

Planchard (Pierre), *Du remplacement par la femme du chef de famille mobilisé,* Paris, R. de Thorey, 1918, 199 p.

Portalis (Jean-Etienne-Marie), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 495 p.

Renaut (Marie-Helène), *Histoire du droit de la famille*, Paris, Ellipses, 2002, 95 p.

Resta (Esther), *Du matriarcat au patriarcat,* Paris, Harmattan, 2012, 218 p.

Richer (Léon), *Histoire morale des femmes,* Paris, Dentu, 1883, 410 p.

Richer (Léon), *La femme libre,* Paris, Dentu, 1877, 340 p.

Ripa (Yannick), *Femmes d'exceptions : les raisons de l'oubli*, Paris, Le Cavalier Bleu, 2018, 240 p.

Riot-Sarcey (Michèle), L'histoire du féminisme, Paris, La découverte, 2008, 128 p.

Rogron (Joseph-André), *Code civil expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence,* Bruxelles, Videcoq Père et fils, 1840, 603 p.

Rousseau (Arthur), *Le Code civil 1804-1904, livre du centenaire,* Paris, Dalloz, 1904, 1128 p.

Sabatier (Pierre), *La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de garde.* Paris, Montchrestien, 1982, 114 p.

Savatier (René), *L'art de faire des lois, Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dalloz, 1927, 211 p.

Sagnac (Philippe), *La législation civile de la Révolution française 1789/1804,* Paris, Hachette et cie, 1898, 445 p.

Schnapper (Bernard), *Voies nouvelles en histoire du droit,* Paris, PUF, 1991, 680 p.

Secretan (Charles), *Le droit de la femme,* Paris, F. Alcan, 1886, 64 p.

Shorter (Edward), *Naissance de la famille moderne,* Paris, Du Seuil, 1981, 379 p.

Simon (Jules), *La liberté*, Paris, Hachette, 1859, 571 p.

Simon (Jules) et Simon (Gustave), *La femme du XXème siècle*, Paris, C. Lévy, 1892, 410 p.

Sirey (Jean-Baptiste), *Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, Sirey, 1852, 654 p.

Sullerot (Evelyne), *Les françaises au travail*, Paris, Hachette Littérature, 1973, 276 p.

Szramkiewicz (Romuald), *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz-Sirey, 1995, 143 p.

Thery (Irène), *Le démariage : justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1993, 396 p.

Terré (François) et Fenouillet (Dominique), *Droit civil la famille*, paris, Dalloz, 2011, 1106 p.

Thébaud (Françoise), *Écrire l'histoire des femmes et du genre*, Paris, ENS éditions, 2007, 312 p.

Thery (Irène) et Jacob (Odile), *Le démariage : justice et vie privée,* Paris, Odile Jacob, 1993, 400 p.

Thibaudeau (Antoine-Clair), Mémoires sur le Consultat 1799 à 1804, Paris, Ponthieu, 1827, 464 p.

Timbal (Pierre-Clément), *Droit romain et ancien droit français : régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, Paris, Dalloz, 1975, 239 p.

Tort (Michel), *La fin du dogme paternel*, Paris, Flammarion, 2007, 490 p.

Toullier (Charles-Bonaventure-Marie), *Le droit civil français*, Paris, F. Cotillon et Jules Renouard et Cie, 1846, 311 p.

Turgeon (Charles Marie Joseph), *Le féminisme français,* Paris, L.Larose, 1902, 498 p.

Viollet (Paul), *Histoire du droit civil français : accompagnée de notions de droit canonique et d'indications bibliographiques*, Paris, Larose & Forcel, 1893, 942 p.

Walch (Agnès), *Histoire du couple en France, de la Renaissance à nos jours,* rennes, Éditions Ouest-France, 223 p.

Wang (Dominique), *La condition juridique de la femme mariée : étude de droit privé français*, Paris, Imprimerie Ranggli, 1973, 544 p.

Willequet (Edmond), *Du divorce : commentaire du titre VI du Code civil*, Paris, Hoste, 1856, 303 p.

B. Ouvrages collectifs

Albistur (Maïté) et Armogathe (Daniel), *Histoire du féminisme français du Moyen âge à nos jours*, Paris, Des femmes, 1978, 508 p.

Courbe (Patrick), Gouttenoire (Adeline), *Droit de la famille*, Paris, Sirey, 2017, 600 p.

Courbe (Patrick), Jault-Seseke (Fabienne), *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2018, 320 p.

Duby (Georges), Perrot (Michelle), Schmitt Pantel (Pauline), Klapisch-Zuber (Christiane),Zemon Davis (Natalie), Farge (Arlette), Fraisse (Genevève), Thébaud (Françoise), *Histoire des femmes en occident: Le XIX^e^ siècle*, Paris, Plon, 1991, 567 p.

Duby (Georges), Perrot (Michelle), Thébaud (Françoise), *Histoire des femmes en Occident, le XX^e^ siècle*, Paris, Perin, 2002, 891 p.

Durca (Isabelle), Aulibe-Islin (Paulette), La femme et ses nouveaux droits, Paris, Albin Michel, 2017, 320 p.

Folbre (Nancy), Ochs (Edith) et Cohen (Larry), *De la différence des sexes en économie politique*, Paris, Des femmes, 1997, 238 p.

Garsonnet Eugène et César-Bru (Charles), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, Larose et Tenin, 1921, 485 p.

Gerville Reache (Gaston) et Le Villain (Yvon), *La vérité par devoir*, Paris, Ibisrouge, 2001, p. 2138 p.

Gubin (Eliane), Rochefort (Florence), Thébaud (Françoise), Le siècle des féministes, p. 89, Paris, Les éditions de l'atelier, 2004, 448 p.

Hoareau-Dodineau (Jacqueline), Métairie (Guillaume), *L'absence-Du cas de l'absent à la théorie de l'absence*, Paris, Pulim, 2011, 445 p.

Planiol (Marcel), Ripert (Georges), *Traité pratique de droit civil français, t. 2, La famille, mariage, divorce, filiation,* Paris, LGDJ, 1950, 349 p.

Sayn (Jean-Yves), Chevallier (Jean Yves), *Les règles générales des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965*, PUF, 1948, p. 8.

Sirinelli (Jean-François), Cauchy (Pascal) et Gauvard (Claude), *Les historiens français à l'œuvre 1955-2010*, Paris, PUF, 2015, 332 p.

Thery (Irène), Biet (Christian) et Carbonnier (Jean), *La famille, la loi, l'État : de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1989, 534 p.

Malaurie (Philippe) et Fulchiron (Hugues), *Droit de la famille*, Paris, LGDG, 2017, 876 p.

Mazeaud (Henri), Mazeaud (Jean), De Juglart, (Michel) *Personne, famille, filiation, incapacités*, Paris, Montchrestien, 1970, 594 p.

Mazeaud (Henri), Mazeaud (Jean), De Juglart (Michel), *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 1968, 907 p.

C. Thèses et mémoires

Aynes (Robert), *La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1939, 232 p.

Baconnet (Michel), *La contribution des époux aux charges du mariage : loi du 22 septembre 1942,* thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, Bibliothèque iteruniversitaire, 1954, (version microfilm).

Barge (Léon), *Des règles de l'absence d'après le Code civil et la loi du 25 juin 1919*, thèse, droit, Université de Clermont-Ferrand, 1920, 129 p.

Beauchet (Ludovic), *Etude sur la condition de la mère en droit romain et en droit*

français, thèse de doctorat, droit, Université de Nancy, 1876, 287 f°.

Beraud (Pierre), *Le droit de la puissance paternelle dans le code civil et depuis le code civil*, thèse de doctorat, droit, Université de Draguignan, 1912, 128 p.

Bertrand (Henri), *Loi du 6 avril 1910 modifiant et complétant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père,* thèse de doctorat, droit, Université de Marseille, Antged, 1910, 130 f°.

Besset (Pierre), *Etude historique sur la condition légale de la femme dans le mariage,* thèse de doctorat, droit, Université de d'Albi, 1880, 244 f°.

Bilcesco (Sarmiza), *De la condition légale de la mère,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1890, 504 f°.

Binet (Pierre), *La femme dans le ménage, essai critique sur la nature de ses pouvoirs d'après la pratique et la législation contemporaines,* thèse de doctorat, droit, Université de Nancy, 1904, 339 p.

Born (Adrien), *Du droit de garde en matière de divorce et de séparation de corps*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1904, 130 p.

Bouchot (Felix), *De la puissance paternelle en droit romain et en droit français*, thèse pour le doctorat, droit, Université de Paris, 1866, 123 f°.

Boutard (Jacques), *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée,* thèse de doctorat, droit, Université de Caen, 1946, 369 p.

Brunel (Joseph), *La femme mariée et les charges du ménage,* thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1910, 214 p.

Buis (Georges), *Du caractère juridique de la puissance paternelle dans le droit de la Franc*e, thèse de doctorat, droit, Université de Lyon, 1896, 144 f°.

Carné (Felix), *De la puissance paternelle*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, Imprimerie, 1852, 108 f°.

Carné (Félix), *Influence du divorce sur la puissance paternelle*, thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1906, 141 p.

Castex (Léon), *Des modes de dissolution de la puissance paternelle, en droit romain, et spécialement de l'émancipation. De l'autorité du père sur la personne de ses enfants dans le*

droit français, thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1886, 238 f°.

Cerez (Jane), *La condition sociale de la femme de 1804 à l'heure présente. Le problème féministe et la guerre,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris*,* 1940, 288 p.

Coirard (Louis), *La famille dans le Code civil 1804-1904,* thèse de doctorat, droit, Univertsité d'Aix-en-Provence, 1907, 301 p.

Constant-Lucas (N.B.), *Des droits résultant de la puissance paternelle sur la personne des enfants en droit romain et en droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1861, 84 f°.

Courrégé (Marius), *Les enfants dans le divorce et la séparation de corps*, thèse de doctorat, droit, Université de Dijion, 1909, 141 p.

Cuapano (Christophe), *Vichy et la famille : réalités et faux semblants d'une politique publique*, Thèse, Droit, Université de Bourgogne, 2008, 354 p.

Dauce (François), *Evolution de l'autorité du père sur la personne de l'enfant légitime en droit français moderne,* thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1940, 175 p.

Condorcet (Jean-Antoine-Nicolas), *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, J. Vrin, 1795, 439 f°.

Dedebats (Jules.), *De la puissance paternelle en droit romain et en droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Toulouse, 1868, 201 f°.

Delzons (Louis), *La famille française et son évolution*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1913, 287 p.

Demesley (Isabelle.), *Des parents déchus*, thèse de doctorat, droit, Université de Brest, 1995, 469 p.

Diebold (Jean), *Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle ; principe et applications ; évolution historique*, thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1941, 208 p.

Dubreuil (Auguste), *De la Puissance paternelle principalement considérée dans ses relations avec les biens de l'enfant*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1858, 344 f°.

Dubreuil (Auguste), *De la puissance paternelle principalement considéré sans ses relations avec les biens de l'enfant,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, Broché,

1894, 350 f°.

Dufour d'Astafort (Edmond.), *De la puissance paternelle en droit romain dans l'ancien droit et dans notre droit moderne,* thèse de doctorat, droit, Université de Poitiers, 1868, 323 f°.

Eschbach (Prosper) , *De la puissance paternelle selon les principes du droit romain, et du droit civil français*, thèse de doctorat, droit, Strasbourg, 1839, 50 f°.

Estournet (Rémy), *La pratique de la naturalisation depuis la loi du 10 août 1927*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, Imprimerie de la presse, 1937, 160 p.

Ferrand (Jerôme), *De la magistrature paternelle à la magistrature judiciaire, le crépuscule d'une institution : la puissance paternelle (1789-1889),* t. 1 et 2, thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, 2000, 660 p.

Gartenberg (Rica), *Le fondement légal du mandat domestique de la femme,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1935, 168 p.

Gastambide (Maurice), *L'enfant devant la famille et l'État*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1902.

Gaudet (Xavier), *Les modifications apportées aux règles de l'adoption par la loi du 19 juin 1923*, thèse de doctorat, droit, Université de Grenoble, Guirimand, 1924, 110 p.

Gautron (P.), *Le contrôle des tribunaux sur l'exercice du droit de garde de ma puissance paternelle durant le mariage*, thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1931. 77 p.

Geraud (Paul), *L'étendue de la capacité civile de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942,* thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 1948, 180 p.

Grange (J.M), *De la puissance paternelle*, thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1865, 30 f°.

Grateloup (Sylvain), *L'enfant et ses parents dans les normes européennes*, thèse, de doctorat, droit, Université de Lyon, 1998, 398 p.

Greffulhe (Jacques), *La réforme du droit de correction paternelle : décret-loi du 30 octobre 1935,* thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1936, 111 p.

Le Guidec (Raymond), *La notion de l'intérêt de l'enfant en droit civil français*, Thèse de doctorat, Nantes, 1973.

Haas (André-Lucien), *Les droits de la mère,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1902, 192 f°.

Haillant (Nicolas), *L'autorité paternelle dans l'histoire*, thèse de doctorat, droit, Université de Nancy, 1873, 298 f°.

Huc (Théophile)*, Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t.2 et 3, Paris, Librairie Cotillon, 1893, 265 f°.

Isoré (André), *La guerre et la condition privée de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1919, 511 p.

Joseph (Auguste) *De la puissance paternelle,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1855, 33 f°.

Krug (Charles), *Le féminisme et le droit civil français,* thèse de doctorat, droit, Université de Nancy, 1899, 298 f°.

Leduc (Lucien), *La femme et les projets de lois relatifs à l'extension de sa capacité,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1898, 317 f°.

Lefeuvre (René), *Les droits de la mère sur ses enfants dans le droit français contemporain*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1913, 120 p.

Lemerle (Rémi), *Les origines de l'autorité maritale sur la personne de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Reims, 1909, 137 f°.

Lerolle (Jean), *La capacité de la femme mariée,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, L. Larose, 1898, 281 f°.

Leymarie (Andrée), *La condition juridique de la mère en droit civil français contemporain*, thèse de doctorat, droit, Université de Bordeaux, 1938, 148 p.

L'huillier (Odile), L'intervention du juge dans la vie familiale, thèse de doctorat, droit, Université de Strasbourg, 1971, 337 p.

Masson (Emilie), *La puissance paternelle et la famille sous la Révolution*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1911, 338 p.

Moitessier (P-S.), *De la puissance paternelle en droit romain*, thèse de doctorat, droit,

Université de Paris, 1856, 170 f°.

Paget (Philippe Auguste), *De la puissance paternelle dans le droit romain et le droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1869, 193 p.

Pellet (Charles.), *La condition de la mère dans l'histoire du droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Harvard, 192 p.

Pernat (Jean), *De l'intervention des parents à l'occasion du mariage*, thèse de doctorat, droit, Université de Lyon, 1929, 168 p.

Petit-Dossaris (Léon), *De la Puissance paternelle relativement à la personne de l'enfant en droit romain et en droit français et de l'administration légale,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1874, 176 f°.

Rosetti-bolanesco (Jean), *De quelques modifications de la législation matrimonial française. Commentaire de la loi du 9 août 1919,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1920, 156 p.

Rouge de Chalonge (Marcel), *De la condition de la mère aux différentes époques du droit romain. De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1874, 252 f°.

Roure (Maurice-Firmin-Felix), *Les droits de la mère sur la personne et sur les biens de son enfant,* thèse de doctorat, droit, Université d'Alger, 1925, 295 p.

Sabatier (Pierre)*, La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de garde*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris, La vie universitaire, 1922, 135 p.

Saumade (Edmond), *Histoire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant,* thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1893, 212 f°.

Soulignac (Maurice), *Des effets du divorce relativement aux enfants,* thèse de doctorat, droit, Université de Limoges, 1908, 269 f°.

Tagant (Henri), *De la condition de la mère en droit romain: De la participation de la mère à la puissance paternelle en droit français,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1878, 187 f°.

Thibert (Marguerite), *Le féminisme dans le socialisme français*, thèse de doctorat, lettre, Université de Paris, 1926, 579 p.

Traizet (Thérèse), *Les droits de la mère légitime sur la personne des enfants en l'absence de séparation de corps*, thèse de doctorat, droit, Université de Paris,1939, 275 p.

Vauville (Frédéric), *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille,* thèse de doctorat, droit, Université de Lilles, 1991, 628 f°.

Veaux (André), *Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage,* thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, 1925, 99 p.

Vialleton (Henri), *L'autorité maritale sur la personne de la femme*, thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1919, 194 p.

Vincent (Jean-André), *Des incidences de la loi du 22 septembre 1942 sur la condition juridique de la femme mariée, en dehors des stipulations du contrat de mariage,* thèse de doctorat, droit, Université de Montpellier, 1946.

Vuichoud (Raymond), *L'application de la loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée,* thèse de doctorat, droit, Université de Paris, 1941, 229 p.

Yildirim (Gulsen), *L'autonomie financière dans la communauté de vie*, Presses universitaires de Limoge, 2001, 648 p.

D. Traités, répertoires, cours

Ancel (Marc), *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938,* Sirey, 1938, 215 p.

Ancel (Marc), *Les droits et les devoirs des époux,* Paris, Recueil Sirey, 1943, 77 p.

Aubry (Charles) et Rau (Charles), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae,* t. 9, Paris, Marchal et Billard, 1922, 656 p.

Baudry-Lacantinerie (Gabriel), *Traité théorique et pratique de droit civil, des personnes*, t. 3, Paris, Larose et Tenin, 1907, 761 p.

Beudant (Charles), *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau & cie, 1896, 654 p.

Beudant (Charles) et Lerebours-Pigeonnière (Paul), *Cours de droit civil français,* Paris, Rousseau et Cie, 1936, 505 p.

Colin (Ambroise) et Capitant (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, Paris, Dalloz, 1930, 452 p.

Cubain (Romain), *Traité des droits des femmes en matière civile et commerciale*, Paris, Joubert, 1842, 467 p.

Daubanton (Antoine-Grégoire), *Traité complet des droits des époux, l'un envers l'autre et à l'égard de leurs enfants. De la puissance maritale et paternelle, de la minorité et des tutelles,* Paris, Crapart, 1810, 674 p.

De Douai (Merlin), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t.1, Paris, Garnery, 1827, 500 p.

De Juglart (Michel), *Cours de droit civil*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1985, 662 p.

Antoine Marie Demante et Edouard Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, Plon Nourrit et Cie, Paris, 1853, p. 480 p.

Demolombe (Charles), *Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse de la puissance paternelle,* t. 6*,* 3e éd., Paris, Lahure et Cie, 1866, 688 p.

Duranton (Alexandre), *Cours de droit civil français suivant le Code français*, t.8, Bruxelles, Ad. Walhen et Cie, 1841, 504 p.

Guichard (Auguste-Charles), *Traité du Tribunal de Famille contenant une Instruction détaillée sur la compétence et les fonctions de ce Tribunal, considéré sous ses divers rapports ; suivie d'un Formulaire de tous les actes et procédés d'instruction qui peuvent avoir lieu en ce Tribunal, dans toutes les affaires*, Lyon, Imprimerie de la République, 1792, 252 p.

Josserand (Louis), *Cours de droit civil français, conforme aux programmes officiels des facultés de droit mis au courant des lois, des décrets-lois, de la jurisprudence et de la doctrine,* Paris, Sirey, 1939, 1260 p.

Magnin (Antoine), *Traité des minorités : tutelles et curatelles, de la puissance paternelle*, Paris, Marnier, 1833, 446 p.

Malaurie (Philippe), *Cours de droit civil,* Paris, Cujas, 1989, 272 p.

Marcadé (Victor Napoléon) *Explication théorique et pratique du droit civil,* Paris, Editeur de la revue critique et de la jurisprudence, 1859, 620 p.

Merlin (Philippe-Antoine), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* Bruxelles, H. Tarlier, 1827, V° Puissance paternelle.

Morizot-Thibault (Charles), *De l'autorité maritale*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899, 408 p.

Planiol (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil,* Paris, Librairie générale du droit et de jurisprudence, 1940, 1150 p.

Pothier (Robert-Joseph), *Traité des personnes et des choses, de la propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, du contrat de nantissement, des cens, des champarts,* Paris, Béchet, 1825, 718 p.

Proudhon (Jean-Baptiste-Victor), *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du code civil*, Paris, A. Marescq, 1846, 606 p.

Ripert (Georges), *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol,* Paris, Pichot et Durand, 1942, 1282 p.

Ripert (Georges) et Boulanger (Jean), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, 1956, 1959 p.

Rolland de Villargues (Jean-Joseph-François), *Répertoire de la jurisprudence au notariat*, Paris, Jurisprudence du notariat, 1840 , 594 p.

Taudière (Henry), *Traité de la puissance paternelle*, Paris, A. Pedone, 1898, 550 p.

E. Articles

Andrée (Michel), « Famille, industrialisation, logement », in. *Population*, 15e année, n°4, 1960, pp. 727-728.

Annezo (Brigitte), « La famille contemporaine, quelle histoire ! », *VST - Vie sociale et traitements*, 2011/3 (n° 111), pp. 125-129.

Barbier (Pierre), « La religion de l'enfant et l'exercice de la puissance paternelle », *Gazette du Palais* 1957, II, D.52.

Barbier (L.), « L'autorité parentale a succédé à la puissance paternelle », *Gazette du Palais*, 1971, II, doctrine, 27 p.

Barbier (L.), « La religion de l'enfant et l'exercice de la puissance paternelle », *Gazette du Palais* 1960. 2. doctrine, p. 72.

Barthelet (B.), « L'enfant, la famille et le droit, historique des rapports juridiques entre parents et enfants du droit romain à nos jours » in *Les cahiers de l'institut des Sciences de la famille*, n°7, Université catholique de Lyon, 1995, 41 p.

Besnard (Alphonse), « La loi du 18 février 1938 sur la capacité civile de la femme mariée », *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 31 mars 2015, 15 avril 30 avril 1938, pp. 205-209, 245-250 et 285-291.

Billion (Charlotte), *La capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938 et son influence sur les régimes matrimoniaux*, Paris, 1939, 167 p.

Blayo (Chantal), « Evolution des désunions en France depuis 1950 ». *Population*, 1973, N° 3 pp. 604-619.

Blondy (Pierre), « Les modifications apportées à l'administration légale, à la tutelle et à l'émancipation par la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *Répertoire Defrénois*, 1970, art 29719.

Bonneaudeau (J.), « Le statut de la femme mariée après la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale », *Revue de la « Gendarmerie nationale*, n°85, p. 7 et suiv.

Bouregois (Anne-Marie), « La loi du 13 juillet 1965 et les séquelles du statut d'infériorité de la femme mariée », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1968, pp. 69 et s.

Bourquin (Jacques), « Génèse de l'ordonnance du 23 décembre 1958 et l'enfance en danger », *Revue de l'enfance irrégulière*, Hors sérié , 2007, p. 151.

Brazier (Michel), « L'autorité parentale*,* commentaire de la loi n°70-459 du 4 juin 1970 », *JCP*, 1970, I, 2302.

Cabrillac (Remi), « Le code civil à la fin du XX^{e} siècle », *in Mélange P. Catala,* 2001, p. 73.

Cambassédès (Marie-José), *Les pouvoirs ménager de la femme mariée et la protection des intérêts familiaux*, thèse de doctorat, droit, Univeristé de Nice, 1970, pp. 83-84.

Campinchi (Hélène), « L'ordonnance du 1er septembre 1945 sur la correction paternelle », in *Pour l'enfance coupable*, n°63, mars-avril 1946.

Capitant (Henri), « La loi du 8 avril 1910 complétant l'article 389 du Code civil relatif à l'administration légale du père », *Revue trimestrielle de droit civil*, n°2, 1910, 36 p.

Catala (Pierre), « La métamorphose du droit de la famille, in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir »*, Dalloz*, 2004, p. 343 et s.

Caumont (Frédéric), « La question de l'autorité au regard de la fonction paternelle », *Dialogue*, 2006/3 (nº 173), p. 113-124.

Chobert (Charles), « *Les droits de la mère d'après la loi civil française », Extrait de la revue de l'institut catholique* , Paris, Poussielgue, p. 63.

Colmer (André), « Le nouveau régime matrimonial légal en France (loi n°65-570 du 13 juillet 1965) », in *Revue internationale de droit comparée*, 1966, pp. 61-78.

Colombet (Claude), « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *Dalloz.* 1971, Chron., pp 1 et s.

Commaille (Jacques), « L'évolution de la divortialité et le statut de l'enfant ». In: Enfance, t.34, n°1-2, 1981, pp. 23-41.

Commaille, (Jacques), « Le divorce en Europe occidentale. La loi et le nombre », *Population*, pp. 357-361, 1984.

Commaille (Eliane) et Dezalay (Yves), « Les caractéristiques judiciaires du divorce en France ». *Population*, n° spécial, juin 1971.

Cousin-Pallet (M.), « La suppression du chef de famille, dernier égard du législateur pour les époux séparés de fait », *Gazette du Palais*, 1972, I, Doctrine, p 361.

Crémieu (Louis), « La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée et la jurisprudence »*, Semaine juridique*, 1939, i, n°130.

Damon (Julien), Commaille (Jacques), Strobel (Pierre) et Villac (Michel), « La politique de la famille », In: *Recherches et Prévisions*, n°72, 2003. pp. 109-111.

Decourt-Hollender (Bénédicte), « Faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIXe siècle », in *Revue historique de droit français et étranger*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 329-378.

Deukeuwer-Defossez (Françoise), « Droit des personnes et de la famille de 1804 au pacs », *Pouvoirs,* 2003, n°107, p. 37-53.

Dekeuwer-Duffossez (Françoise) et Vauvillé (Françoise), « Droits de l'homme et droits de l'enfant, commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987 », *Dalloz*, 1988, chronique 7.

Dekeuwer-Defossez Françoise, « Les « droits des femmes » face aux réformes récentes du droit de la famille », *L'Année sociologique*, 2003/1 (Vol. 53), p. 175-195.

Desbois (Henri), « Le décret-loi du 30 octobre 1935 relatif au droit de correction »*, Dallo*z *hebdomadaire,* 1936, n° 15, chronique VIII, p. 29-32.

Desmottes (Georges), « La loi sur l'autorité parentale », *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social,* 1970, 228 p.

Desrayaud Alain, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, 2012/2 (N° 14), p. 3-24.

Devance (Louis), « Le féminisme pendant la Révolution française », In*: Annales historiques de la Révolution française*, n°229, 1977. pp. 341-376.

Dokhan (Michèle), « Les avatars de la puissance paternelle », *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 2002/2 (n° 48), p. 91-100.

Dufour (Alfred), « Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne » In *Archives de philosophie du droit*, 1975, vol. XX, p. 90-125.

Dumont (Fernand), "La famille: les facteurs socio-culturels de la désintégration », in *L'étude de la société*, *"Groupes et groupements",* pp. 405-410.

Esmein (Paul), « La loi sur la capacité de la femme mariée »*, La Gazette du palais*, 1938, t. 1, doctrine, pp. 38-42.

Esmein (Paul), « La loi du 18 février 1938 sur la capacité de la femme mariée »*, Semaine juridique*, 1938, n°55.

Éric (Pierre), « Père affaibli, société en danger : la diffusion d'un discours sous les monarchies », *Le Mouvement Social*, 2008/3 (n° 224), pp. 9-20.

Fayolle Noireterre (Jean-Marie), « I. De la puissance paternelle à l'autorité parentale: la responsabilité des pères ? », dans *Le père. Figures et réalités*. Le Bouscat, L'Esprit du temps, « Perspectives Psychanalytiques », 2003, p. 41-46.

Fenoglio (Irène) et Rosset (Clément), « Le choix des mots » in *Langage et société*, n°77, 1996. pp. 107-111.

Follet (Guy), « Le nouveau droit suisse de la filiation », in *Revue internationale de*

droit comparé, 1977, pp. 675-687.

Fraisse (Geneviève), « Droit naturel et question de l'origine dans la pensée féministe au XIXe siècle »*,* Paris, *Stratégies des femmes*, 1984, pp. 375-390.

Frisch (Alfred), « De la famille cible à l'objet famille », *Revue recherches*, n°28, Discipline à domicile, novembre 1977, p. 209.

Fulchiron (Hugues), « *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale*, commentaire de la loi du 8 janvier 1993 à la lumière de la loi Malhuret », *Dalloz*, 1993, pp. 117 et s

Germain (Claude), « La promotion sociale et juridique de la femme »*,* Discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Nancy, 16 septembre 1966, Nancy, Impr. Georges Thomas, 1966, 39 p.

Gouron (André), « La coutume en France au Moyen-âge », in *La coutume, recueils de la société Jean Bodin*, Bruxelles, 1990, p. 193-217.

Grelley (Pierre), « Marx, la femme et la famille », *Informations sociales*, 2005/4 (n° 124), pp. 111-112.

Hauser (Jean) et Abitbol (E.), « De 1964 à 1970, les retombées de la loi relative à l'autorité parentale », *Dalloz*, 1971, chronique, pp. 60 et s.

Hauser (Jean), Abitbol (E.), De 1964 à 1970, « Les retombées de la loi » relative à l'autorité parentale » sur les institutions tutélaires », Dalloz 1971, Chronique 63, pp. 60 et s.

Hurstel (Françoise), « Mai 68, le *Paterfamilias* est mort... que vivent les pères ! Les fonctions du père, avant, pendant et après Mai 68 », *Les Sciences de l'éducation - Pour l'Ère nouvelle*, 2008/3 (Vol. 41), pp. 95-112.

Inwood (Kris), « L'industrialisation d'une société rurale : l'industrie canadienne à la fin du XIXe siècle », *Histoire, économie et société*, 2008/4 (27e année), pp. 109-132.

Jean (Jean-Paul) et Royer (Jean-Pierre), « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs* 2003/4 (n° 107), pp. 127-142.

Julliot de la Morandière (Léon), « La loi du 8 février 1938 sur la capacité civile de la femme mariée », *Dalloz hebdomadaire,* 1938, Chronique, p. 25 et suiv.

Julliot de la Morandière (Léon), « La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », *Semaines Juridique*, I, 1943, n°9.

Laborde-Lacoste (Marcel), « Le projet de loi relatif à la suppression de l'incapacité civile de la femme mariée », *Semaine juridique*, 1937, I, n°30.

Lambert (Anne), « Des causes aux conséquences du divorce : histoire critique d'un champ d'analyse et principales orientations de recherche en France », *Population*, 2009/1 (Vol. 64), p. 155.

Lannes(Xavier), « Le XVIIIème siècle, L'évolution des idées », in *Renouveau des idées sur la famille*, I.N.E.D. t. 18, 1954, pp. 34-49.

Lebrun (Pierre-Brice), « Guide pratique de droit de la famille et de l'enfant », in *Action sociale et médico sociale*, Paris, Dunod, 2011, p. 156.

Ledermann (Sully), « Les divorces et les séparations de corps en France », *Rev. Bimestr. De l'Inst. Nat. Démo.*, 1948, pp. 313-344.

Lemonnier-Lesage (Virginie), « La responsabilité des père et mère du fait de l'enfant dans l'ancien droit » in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, p. 149.

Leveneur (Laurent), « *Le choix des mots dans le droit des personnes et de la famille* », in *Les mots de la loi*, Paris, Economica Paris, 1999, p. 25.

Maitron (Jean), « Les penseurs sociaux et la famille dans la première moitié du XIX^{e} », *in Renouveau des idées sur la famille*, Paris, R. Prigent, 1954, pp. 81-102.

Marteaux (Alain), « La fragilisation de la fonction paternelle dans le processus migratoire », *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 2002/1 (n^{o} 28), pp. 157-164.

Maury (Jean), « De la puissance paternelle à l'autorité parentale, loi n°70-459 du 4 juin 1970 », *Annales de la faculté de droit de l'université de Clermont*, 1971, 165 p.

Molinier (Henry) et Esmein (Paul), « Loi N° 573 du 22 septembre 1942 : sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux », Commentaires sur cette loi, *imprimerie du Palais*, 1942, 12 p.

Murat (Pierre), « La puissance paternelle et la Révolution française : essai de régénération de l'autorité des pères, in La famille, La loi, L'État, de la

Révolution au Code civil », textes réunis et présentés par Irène They et Christian Biet, Paris, *Imprimerie nationale*, 1989, 398 p.

Nader Hakim, « Le droit romain et la démocratie : de Saleilles à Schiavone», *Revue d'histoire des facultés de droit et de culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 35, 2015, pp. 409-420.

Nast (Marcel), *Commentaire de la loi du 23 juillet 1942*, Dalloz, 1943. L.14, p 23 et s.

Nast (Marcel), « Les régimes matrimoniaux », *Dalloz hebdomadaire,* 1938, Chronique, 57 p.

Niort (Jean-François), « Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, 257 p.

Pelerin (Louis Marie), « Le père déchu : débat autour de la loi du 24 juillet 1889 » *in Textes et Langages II*, Université de Nantes, Femmes et Familles, 1979, 142 p.

Pelletier (Solène), « Les exercices de l'autorité parentale », *Journal du droit des jeunes* 2003/9 (N° 229), pp. 33-36.

Plongeron (Bernard) et Deniel (Raymond), « Une image de la famille et de la socieété sous la Restauration », In: *Revue d'histoire de l'Église de France*, tome 53, n°150, 1967. pp. 114-116

Raymond (Guy), « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parentale, commentaire de la loi n°87-570 du 22 juillet 1987 », JCP G 1987.I.32999.

Raymond (Guy), « L'autorité parentale sous contrôle ? », *Enfances et Psy*, 2003/2 (n°22), pp. 25-37.

Rochefort (Florence), « Laïcisation des mœurs et équilibre de genre. Le débat de la capacité civile de la femme mariée », *Revue d'histoire*, n°27, p. 127-149. 2005, 19 p.

Roderick G. (Philipps), « Le divorce en France à la fin du XVIIIe siècle ». In: *Annales. Economies, sociétés, civilisations.* 34e année, N. 2, 1979. p. 385.

Rouast (André), « La nouvelle législation de la tutelle et de l'administration légale, loi du 14 décembre 1964 »*, JCP,* 1965, I, 1917, n° 24.

Rouyer (Véronique), « Coparentalité : un mythe pour quelles réalités ? », *Empan,* 2008/4 (n° 72), pp. 99-105.

Rouzade (Léonie), « Les femmes devant la démoctratie », in *Revue socialiste* t. 5, 1887, p. 257.

Rude-Antoine (Edwige), « Jean Carbonnier et la famille. Transformations sociales et droit civil », *L'Année sociologique*, 2007/2 (Vol. 57), pp. 527-543.

Rude-Antoine (Edwige), « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leur enfant majeur : « Le contentieux civil et le contrôle des comportements familiaux par le juge », in *Éthique et Famille,* L'Harmattan, 2011, pp. 73-102.

Saada (Leila), « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *Napoléonica. La Revue*, 2012/2 (n°14) pp. 25-49.

Sagnol (Joannès), « L'égalité des sexe » in *Revue Socialiste*, t. 10, 1889, pp. 88-89 et 96.

Salle de La Marnierre (E), « De la réforme de l'autorité parentale du point de vue de la protection de l'enfance », *Bulletin du service juridique de protection de l'enfance*, 1970, p. 173.

Salle de La Marniere (E), « De la puissance paternelle à l'autorité parentale », *Bull. service juridique de protection de* l'enfance,1970, pp. 3 et suiv.

Sardon (Jean Paul), « L'évolution du divorce en France ». In *Population*, 51e année, n°3, 1996. p. 719.

Savatier (René), « Le contrôle de la puissance paternelle »*, Recueil Dalloz,* 1947,67ème cahier, chronique 21.

Savy (Paul), « Les sources et le sens de l'oeuvre de Bonald », Législation primitive, in *Œuvres complète de M. Bonald,* Ad. Le Clerc, 1830, II. pp. 74-75.

Segalen (Martine), « La parenté en milieu urbain. À partir d'enquêtes ethnologiques », *Informations sociales* 2006/2 (n° 130), pp. 48-57

Schnapper (Bernard), « La correction paternelle et le mouvement des idées au XIX^e siècle (1789-1935) », *Revue historique*, 1980, pp. 319-349.

Solus (Henry), « Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942 », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1953, 85 p.

Terré (François), « A propos de l'autorité parentale », in *Archives de la philosophie du droit*, Réforme du droit de la famille, t. 20, Sirey, 1975, 45 p.

Thébaud (Françoise), « La femme dans le temps de la guerre », *Nouvelles questions féministes,* 2015, 176 p.

Théry (Robert), « L'intérêt de la famille », *J.C.P*, 1972-I-2485.

Topor (Lucienne), « Les conflits de loi en matière d'autorité parentale », *Dalloz* 1971, n°155 et 156.

Ute Gerhard, *Droit civil et genre en Europe au XIXème siècle* , *CLIO. Femmes, Genre, Histoire*, 43/2016, pp. 250-273.

Vauvillé (Frédéric) « Du principe de coparentalité et de sa mise en œuvre *», In Françoise Dekeuwer-Défossez et Christine Choain, L'autorité parentale en question, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion*, pp. 119-137.

Verschuur (Christine), « Genre, postcolionalisme et diversité des mouvements des femmes », in *Cahiers genre et développement*, l'Harmattan, 2018.

F. Interventions : colloques, conférences, congrès.

Beretta (Francesco), « Compte rendu du congrès scientifique international des catholiques tenu à Paris du 1^er au 6 avril 1891 », Le catholicisme en Congrès, Chétiens et sociétés, Paris, 2005, pp. 155-203.

Chanoine-Davranches (Louis), « Histoire de la situation légale, civile et sociale de la femme en France depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours », *Discours de rentrée à l'audience solennelle de la Cour d'appel de Rouen*, 3 novembre 1882, Rouen, Julien Lecerf, 1882, 118 p.

Levy-Falco (Pierre), « L'évolution de la capacité juridique de la femme dans la France contemporaine », *Discours prononcé à l'ouverture de la conférence du stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le 17 décembre 1925*, Paris, Imp.de

Maréchal, 1926, 20 p.

Saleilles (Raymond), *L'initiative de la femme dans le domaine du droit*, conférence donnée en l'hôtel de Mme la bonne Piérard, le 17 avril 1901, Paris, Arthur Rousseau, 1901, 28 p.

Index thématique

A

Abandon, 17, 180, 221, 289, 319, 341, 342, 374, 391, 400
Absence, 13, 24, 34, 138, 139, 143, 145, 188, 215, 222, 227, 228, 255, 263, 265, 269, 278, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 345, 346, 348, 350, 351, 356, 357, 358, 359, 363, 365, 366, 368, 369, 372, 373, 374, 391, 430, 431
Acte, 130, 242, 250, 251, 252, 255, 329, 365, 367, 371
Administrateur légal, 104, 129, 443, 447, 448, 449, 450
Administration, 23, 51, 90, 100, 101, 102, 103, 104, 112, 121, 128, 129, 130, 131, 162, 237, 273, 274, 329, 341, 345, 364, 365, 409, 411, 414, 415, 416, 428, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 456
Adoption, 13, 18, 20, 23, 24, 34, 67, 73, 87, 88, 91, 107, 108, 109, 140, 169, 208, 213, 236, 237, 239, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 276, 360, 382, 386, 387, 430
Age, 12, 21, 47, 49, 51, 53, 57, 60, 61, 86, 88, 94, 95, 103, 122, 123, 134, 139, 141, 146, 205, 243, 244, 247, 250, 252, 254, 261, 264, 268, 272, 273, 274, 327, 340, 384, 389, 405, 406, 418, 419, 424, 458
Aliment, 53, 85, 282, 302, 303
Ancien Régime, 16, 17, 26, 38, 42, 43, 47, 56, 70, 134, 153, 156, 161, 164, 241, 278, 283, 295, 316, 398
Ascendant, 165, 250, 252, 258, 259, 260, 271, 334, 362, 386, 436, 446
Assistance, 96, 97, 98, 387, 391

B

Biens, 6, 12, 13, 15, 18, 20, 22, 24, 25, 28, 30, 33, 37, 40, 41, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 57, 61, 64, 66, 67, 68, 71, 78, 79, 80, 84, 85, 89, 92, 93, 95, 100, 101, 102, 103, 104, 111, 114, 115, 117, 119, 122, 128, 129, 130, 131, 134, 136, 138, 140, 141, 142, 143, 150, 151, 154, 157, 160, 162, 165, 168, 176, 178, 182, 187, 190, 192, 193, 198, 199, 200, 202, 204, 207, 209, 211, 214, 217, 218, 219, 221, 228, 229, 230, 242, 246, 259, 260, 269, 273, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 288, 289, 290, 292, 293, 295, 296, 298, 299, 300, 304, 305, 306, 308, 311, 315, 316, 319, 320, 321, 322, 325, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 342, 344, 345, 346, 349, 355, 358, 364, 365, 366, 367, 370, 371, 375, 382, 385, 386, 387, 392, 393, 394, 396, 398, 402, 403, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 413, 416, 419, 423, 427, 432, 433, 437, 438, 439, 440, 441, 443, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 452, 456, 457, 459

C

Capacité, 29, 138, 140, 158, 160, 179, 180, 182, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 220, 223, 224, 225, 229, 232, 236, 273, 274, 275, 282, 285, 295, 324, 364, 373, 397, 433, 438
Charges du ménage, 212, 236, 276, 277, 278, 281, 284, 286, 287, 290, 291, 292, 293, 302, 305
Chef de famille, 14, 16, 22, 24, 28, 34, 55, 59, 114, 118, 121, 125, 136, 142, 151, 159, 163, 166, 189, 214, 215, 216, 221, 222, 228, 229, 306, 318, 319, 324, 341, 342, 349, 350, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 363, 364, 373, 374, 393, 426, 427, 433, 442, 455
Clause, 293, 306, 307
Cohabitation, 215, 412, 414
Communauté, 15, 117, 124, 130, 151, 177, 192, 220, 278, 279, 281, 283, 288, 289, 299, 305, 306, 309, 311, 316, 327, 328, 337, 338, 339, 392, 458
Conseil de famille, 266, 272, 273, 322, 334, 344, 365, 396, 429, 431, 432, 434, 435, 436, 438, 445, 446, 449
Consentement, 13, 15, 22, 34, 52, 61, 67, 87, 130, 141, 143, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 299, 301, 309, 310, 314, 322, 325, 326, 345, 358, 362, 363, 364, 386, 400, 406, 409, 420, 430, 431
Couple, 113, 117, 133, 187, 230, 446, 454, 455, 459, 460
Coutume, 15, 16, 17, 18, 41, 42, 44, 45, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 63, 65, 67, 71, 74, 75, 89, 103, 134, 135, 145, 192
Curateur, 53, 273

D

Décès, 25, 98, 100, 102, 103, 104, 303, 317, 321, 330, 333, 335, 337, 338, 339, 340, 350, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 386, 391, 395, 409, 428, 429, 433, 434, 437, 439, 442, 443, 444, 449
Déchéance, 25, 34, 103, 138, 139, 236, 292, 318, 376, 377, 378, 380, 381, 382, 383, 384, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 411, 416, 428, 438
Déclaration, 320, 321, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 366, 368, 369, 371
Descendant, 12, 45, 51, 141, 250, 256, 259, 262, 263, 266
Dette, 287, 301, 304, 306, 309, 310, 311, 312, 328
Devoir, 21, 85, 92, 168, 179, 210, 215, 282, 361, 414
Direction, 18, 23, 28, 32, 46, 78, 84, 90, 93, 99, 111, 112, 114, 123, 124, 125, 126, 159, 164, 166, 219, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 233, 237, 282, 296, 297, 298, 315, 316, 322, 323, 342, 375, 393, 394, 429, 432, 461
Disparition, 120, 127, 319, 320, 333, 348, 351, 356, 357, 358, 367, 368, 370, 372, 419, 423, 460
Divorce, 29, 34, 120, 131, 134, 139, 167, 168, 174, 177, 179, 180, 201, 215, 236, 249, 257, 317, 340, 379, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 455, 456, 457, 458
Domicile, 94, 98, 145, 168, 194, 293, 342, 350, 353, 357, 364, 367, 371, 376, 448

Donation, 45, 271, 328, 365, 430
Dot, 45, 47, 283, 288, 305, 309, 322, 327, 328
Droit, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 26, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 59, 60, 64, 65, 66, 68, 73, 74, 77, 80, 83, 90, 91, 92, 95, 101, 126, 132, 134, 192, 235, 237, 238, 272, 273, 303, 322, 323, 324, 325, 334, 344, 345, 346,347, 362, 409, 410, 415, 427, 428, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 437, 439, 440, 441

E

Education, 18, 21, 23, 45, 46, 47, 52, 59, 84, 85, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 99, 100, 114, 117, 120, 121, 123, 127, 131, 136, 140, 144, 154, 156, 178, 187, 189, 237, 238, 277, 278, 280, 282, 300, 301, 302, 303, 304, 307, 309, 310, 312, 313, 314, 319, 321, 322, 323, 324, 326, 330, 331, 344, 345, 347, 349, 351, 355, 358, 360, 361, 379, 380, 381, 382, 385, 396, 400, 402, 404, 407, 408, 415, 416, 422, 429, 430, 450
Emancipation, 13, 18, 21, 51, 72, 81, 82, 86, 88, 104, 121, 122, 129, 140, 141, 152, 171, 172, 175, 188, 190, 191, 194, 195, 197, 199, 201, 203, 220, 236, 240, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 301, 326, 327, 345, 352, 353, 360, 363, 364, 382, 386, 396, 409, 415, 429, 433, 434, 435, 443, 445, 446, 449
Empêchement, 24, 143, 258, 293, 345, 346, 394
Entretien, 34, 59, 84, 85, 86, 126, 130, 138, 143, 144, 145, 226, 227, 280, 282, 289, 296, 300, 301, 302, 303, 307, 309, 310, 312, 313, 314, 402, 404, 407, 415
Etat civil, 125, 243, 252, 253, 257, 258, 367, 371, 402, 430
Exhérédation, 60

F

Féministe, 30, 58, 131, 140, 146, 171, 176, 179, 191, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 288
Filiation, 29, 85, 238, 340, 456, 457, 460
Foyer, 105, 106, 108, 109, 111, 112, 299, 316

G

Guerre, 30, 34, 43, 48, 93, 96, 169, 175, 180, 182, 183, 185, 188, 189, 190, 194, 196, 206, 207, 212, 224, 228, 231, 266, 267, 268, 295, 339, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 421, 451

I

Incapable, 134, 154, 214, 273, 365
Incapacité, 210, 291
Indivisibilité, 387
Industrialisation, 30, 139, 183, 184, 185, 186, 187
Interdiction, 344, 345, 346
Intérêt, 14, 34, 49, 67, 81, 82, 112, 119, 126, 148, 154, 347, 384, 385, 389, 405, 409, 424, 458, 459, 460

J

Jouissance, 102, 126, 128, 129, 130, 131, 138, 144, 326, 330, 331, 337, 338, 345, 364, 365, 407, 411, 416, 428, 439, 440, 441, 443
Juge, 126, 274, 341, 447, 448, 449, 457

M

Mainbournie, 15, 54
Mariage, 13, 16, 19, 21, 22, 23, 25, 29, 34, 40, 43, 45, 46, 47, 55, 60, 64, 71, 72, 79, 85, 87, 89, 91, 94, 100, 101, 103, 114, 117, 121, 122, 125, 131, 133, 134, 136, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 151, 153, 158, 159, 162, 168, 170, 171, 172, 176, 177, 178, 183, 192, 193, 195, 198, 200, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 264, 271, 272, 273, 274, 276, 278, 282, 283, 285, 286, 287, 293, 295, 296, 297, 299, 301, 302, 305, 306, 307, 308, 313, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 330, 331, 341, 345, 360, 362, 363, 370, 373, 374, 379, 382, 385, 386, 395, 397, 398, 402, 403, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 421, 422, 425, 427, 428, 430, 432, 438, 439, 441, 442, 458, 459
Matrimonial, 146, 214, 245, 246, 247, 250, 252, 256, 264, 279, 283, 289, 302, 311, 314, 398, 457
Mort, 12, 26, 45, 71, 98, 100, 134, 138, 148, 255, 258, 266, 273, 274, 319, 321, 331, 332, 334, 335, 336, 337, 339, 357, 362, 365, 366, 367, 369, 370, 379, 408, 415, 451

N

Notaire, 200, 247, 251, 435
Nullité, 52, 267, 269, 270, 293, 314

O

Obligation, 143
Opposition, 141, 252, 255, 256, 258, 259, 260
Ordre, 52, 81, 87, 96, 121, 136, 137, 240, 244, 270, 271, 272, 291, 371, 430

P

Pater familias, 12, 148
Patria potestas, 12, 44, 49, 54, 60, 67, 74, 75
Présomption, 320, 321, 325, 327, 328, 329, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 339, 340, 343, 363

R

Régime matrimonial, 214, 283, 289, 302, 311, 314
Religion, 92, 146, 164, 203, 378, 379, 398, 400, 401
Remariage, 384, 421, 433, 442
Responsabilité, 98, 99, 100, 121, 126, 127, 128, 130, 136, 140, 202, 288, 296, 360, 429
Révolution, 16, 40, 41, 44, 46, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 75, 82, 148, 159, 160, 161, 164, 165, 181, 196, 197, 198, 398

S

Séparation, 13, 34, 120, 138, 215, 228, 236, 249, 265, 268, 283, 284, 290, 305, 317, 324, 325, 335, 339, 341, 373, 395, 397, 398, 400, 401, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 423, 426
Sui juris, 25, 72, 192, 317

T

Testament, 48, 435
Tutelle, 15, 18, 20, 24, 35, 49, 57, 67, 77, 90, 94, 102, 103, 104, 121, 129, 130, 140, 145, 154, 158, 162, 169, 192, 230, 240, 261, 262, 263, 266, 273, 274, 321, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 344, 345, 365, 386, 390, 396, 409, 415, 427, 428, 429, 434, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 451

U

Usufruit, 23, 48, 53, 54, 90, 91, 100, 101, 102, 104, 131, 237, 330, 331, 339, 344, 345, 364, 365, 385, 409, 410, 416, 439, 440, 441, 442, 450

V

Veuve, 13, 34, 323, 338, 353, 396, 426, 427, 429, 431, 434, 448, 449
Voisin, 379, 381

Index des noms

A

Albisson, 36, 63, 65, 68, 82, 87, 88, 403
Auclert, 197, 198, 200, 204

B

Béranger, 380
Berlier, 24, 57, 66, 71, 72, 80, 261, 264, 317
Bigot de Préameneu, 397
Bonaparte, 20, 83, 153, 156, 160, 161, 162, 163, 169, 209, 399
Boulay, 66, 72, 88
Boulois, 464
Brisson, 170

C

Cambacérès, 57, 69, 160, 161, 209
Carbonnier, 31, 109, 110, 121, 131, 296, 301, 414, 444, 453
Cazot, 380
Chautemps, 176, 231
Clément, 68, 69, 383

D

Daladier, 231
De Gaulle, 30, 230
Deraismes, 191, 200, 203, 204
Domat, 103, 119
Ducastel, 60, 61
Dupré, 378
Duranti, 46
Duranton, 27, 92, 269, 331, 335

F

Ferry, 170
Flandin, 388

G

Galli, 244
Garnier, 170
Glasson, 289, 290
Goirand, 289, 290
Gourju, 291
Granet, 105
Guibal, 267
Guillier, 288, 352

J

Jourdan, 289
Joxe, 106

L

Leloir, 408, 415
Leredu, 257, 258, 369
Locré, 12, 26, 36, 42, 63, 72, 73, 85, 87, 88, 159, 245, 271, 397, 431
Loisel, 48, 71, 74, 85

M

Maillane, 57
Maleville, 26, 63, 66, 69, 70, 73, 163, 397
Malhuret, 455, 457
Mazeaud, 111, 112, 120, 167, 191, 192, 247, 259, 283, 284, 285, 295, 296, 399, 400, 421

P

Pernot, 217, 218, 219
Pleven, 109, 110, 111
Pompidou, 107, 156
Portalis, 17, 19, 38, 63, 83, 84, 85, 159, 162, 163, 241, 244, 278, 397
Pradines, 132

R

Réal, 12, 18, 42, 65, 66, 77, 79, 89, 99, 235, 237, 244, 431
Renoult, 212, 213, 216, 217, 219, 225
Reymonenq, 257
Roussel, 379, 380, 381, 422, 424
Rouzade, 179

T

Tarrible, 99
Thom-Patenôtre, 112
Tisserand, 100, 111, 117, 119, 123, 124, 125, 394, 423, 424
Toullier, 27
Treilhard, 99
Tronchet, 40, 64, 66, 71, 73, 271, 397

V

Vesin, 18, 22, 70, 76, 88
Vichy, 96, 97, 180, 181, 223, 230, 231, 296, 387
Viviani, 179, 205
Voisin, 379, 381

Table des annexes

Annexe 1 : Présentation au Corps legislatif et exposé des motifs par Réal sur le Titre IX du Code civil, *De la puissance paternelle*.

Annexe 2 : Discussion devant le Corps législatif par le tribun Albisson. Séance du 24 mars 1803 sur le Titre IX du Code civil, *De la puissance paternelle*

Annexe 3 : Rédaction définitive du Conseil d'État

Annexe 4 : Débats parlementaires- Séeance du mardi 7 avril 1970 : Autorité parentale.

Annexe 5 : Loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

Annexe 1. Présentation au Corps législatif et exposé des motifs par Réal sur le Titre IX du Code civil, *De la puissance paternelle.*

PRÉSENTATION AU CORPS LÉGISLATIF,

ET EXPOSÉ DES MOTIFS, PAR M. RÉAL.

Législateurs, le projet de loi sur le *mariage* constitue la famille; celui relatif à la *paternité* et à la *filiation* désigne les individus qui la composent. Le projet que j'ai l'honneur de vous présenter, relatif à la *puissance paternelle*, établit les lois qui doivent y maintenir l'ordre, prescrit les principaux devoirs, reconnaît les droits principaux qui obligent et qui lient plus étroitement entre eux les membres de toutes ces petites sociétés naturelles dont l'agrégation civile forme la grande famille. Ce projet institue, pour veiller à l'observation de ces devoirs, à la conservation de ces droits, la plus sacrée de toutes les magistratures, la magistrature paternelle, magistrature indépendante de toutes les conventions, et qui les a toutes précédées.

Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins; la nature veut que, dans ce premier âge, celui de l'enfance, le père et la mère aient sur leurs enfans une puissance entière, qui est toute de défense et de protection.

Dans le second âge, vers l'époque de la puberté, l'enfant a déjà observé, réfléchi. Mais c'est à ce moment même, où l'esprit commence à exercer ses forces, où l'imagination commence à déployer ses ailes, où nulle expérience n'a

formé le jugement ; c'est à ce moment où, faisant les premiers pas dans la vie, livré sans défense à toutes les passions qui s'emparent de son cœur, vivant de désirs, exagérant ses espérances, il s'aveugle sur les obstacles, qu'il a surtout besoin qu'une main ferme le protége contre ces nouveaux ennemis, le dirige à travers ces écueils, dompte ou modère à leur naissance ces passions, tourment ou bonheur de la vie, selon qu'une main habile ou maladroite leur aura donné une bonne ou une mauvaise direction. C'est à cette époque qu'il a besoin d'un conseil, d'un ami qui puisse défendre sa raison naissante contre les séductions de toute espèce qui l'environneront, qui puisse seconder la nature dans ses opérations, hâter, féconder, agrandir ses heureux développemens. La *puissance paternelle*, qui est alors toute d'administration domestique et de direction, pourra seule procurer tous ces avantages, ajouter la vie morale à l'existence physique, et, dans l'homme naissant, préparer le citoyen.

Enfin arrive l'âge où l'homme est déclaré par la loi, ou reconnu par son père en état de marcher seul dans la route de la vie. A cet âge, ordinairement, il entre dans la grande famille, devient lui-même le chef d'une famille nouvelle, et va rendre à d'autres les soins qui lui ont été prodigués : mais c'est au moment même où la nature et la loi relâchent pour lui les liens de la *puissance paternelle*, que la raison vient en resserrer les nœuds. C'est à ce moment que jetant les regards en arrière, il retrouve dans des souvenirs qui ne s'effacent jamais, dans l'éducation dont il recueille les fruits, dans cette existence dont seulement alors il apprécie bien la valeur, de nouveaux liens formés par la reconnaissance ; c'est surtout dans les soins qu'exigent de lui ses propres enfans, dans les dangers qui assiégent leur berceau, dans les inquiétudes qui déchirent son cœur, dans cet amour ineffable, quelquefois aveugle, toujours sacré, toujours invincible, qui attache pour la vie le père à l'enfant qui vient de naître, que, retrouvant les soins, les inquiétudes, l'amour dont il a été

l'objet, il puise les motifs de ce respect sacré qui le saisit à la vue des auteurs de ses jours. En vain la loi civile l'affranchirait alors de toute espèce d'*autorité paternelle*; la nature, plus forte que la loi, le maintiendrait éternellement sous cette autorité. Désormais libre possesseur de ses biens, libre dans la disposition qu'il peut en faire, libre dans toute sa conduite et dans les soins qu'il donne à ses propres enfans, il sent qu'il n'est pas libre de se soustraire à la bienfaisante autorité qui ne se fait plus maintenant sentir que par des conseils, des vœux, des bénédictions. La nature et la reconnaissance lui présentent alors les auteurs de ses jours sous l'aspect d'une divinité domestique et tutélaire. Ce n'est plus un devoir dont il s'acquitte envers eux, c'est un culte qu'il leur rend toute sa vie; et le sentiment qui l'attache à eux ne peut plus être exprimé par les mots de respect, de reconnaissance ou d'amour; c'est désormais la *piété filiale* adorant la *piété paternelle*.

Voilà, législateurs, les vérités que la nature a gravées dans nos cœurs; voilà son code sur la *puissance paternelle*. Il faut l'avouer, il n'est pas entièrement semblable à celui que nous trouvons dans nos livres; et le dernier état de notre législation, en provoquant quelques-uns des résultats que je viens de vous offrir, n'y arrive pas par les mêmes moyens. Dans son code, l'homme a substitué l'intérêt au sentiment; il a méconnu, étouffé la voix de la nature; et, au lieu de reconnaître la *puissance*, il a créé le *despotisme* paternel.

Sur cette importante partie de la législation, comme sur beaucoup d'autres, les Français étaient et sont encore gouvernés par des principes différens, opposés; et les principes sont plus ou moins rigoureux, plus ou moins relâchés, selon que la partie du sol français où ils sont professés est régie par le droit écrit ou par le droit coutumier.

La législation des Romains, si conforme en beaucoup de points à la nature, si fidèle interprète de la raison, s'écarte

de l'une et de l'autre d'une manière bien étrange lorsqu'elle s'occupe de la *puissance paternelle :* elle méconnaît alors et le droit naturel et le droit des gens, et prend pour règles uniques ses institutions civiles.

Aussi *Justinien* reconnaît-il que la puissance paternelle, telle qu'elle était exercée chez les Romains, était toute particulière à ce peuple.

Sous l'empire de cette législation, et par le droit ancien, le père de famille avait une puissance égale à celle du maître sur l'esclave. Relativement au père de famille, le fils de famille n'était pas même considéré comme une *personne*, mais comme une *chose* dont le père de famille avait l'absolue propriété; il pouvait en user, en abuser. Le père pouvait, sous cette législation, charger de fers son fils; il pouvait le vendre, il pouvait le tuer.

Cette *puissance* durait pendant toute la vie du père de famille, et embrassait alors tous ses biens.

Cette législation peint avec une rare fidélité, et le législateur qui l'a créée, et les féroces compagnons de ses brigandages, et la barbarie du siècle et des lieux auxquels elle a pu convenir.

Mais, en même temps que *Romulus* marquait ainsi cette législation d'une ineffaçable empreinte, il lui conférait ce principe de vie, ce caractère de durée, on dirait presque d'éternité, que cet homme extraordinaire a imprimé à toutes ses institutions.

Elle conserva toute sa sévérité aussi long-temps que les mœurs des Romains conservèrent toute leur âpreté : elle ne fléchit qu'avec elles.

Ainsi *Numa* décida que le père ne pourrait vendre le fils qui se serait marié de son consentement; et, par la suite, ce droit de vendre ne fut permis que dans le cas d'extrême misère des parens, pour des enfans qui viendraient de naître, et sous la condition de pouvoir toujours les racheter.

Ainsi, mais après une longue succession de siècles, le

droit de vie et de mort fut restreint à celui d'une correction modérée.

Enfin, le droit accordé au père de famille de s'emparer de tous les biens de son fils éprouva des restrictions considérables par les lois qui enlevèrent au père de famille la jouissance de divers *pécules*.

Mais, telle qu'elle est modifiée suivant le dernier état du *droit romain* admis en France, la *puissance paternelle* rappelle encore, par les principes sur lesquels elle repose, par les distinctions qu'elle établit, et par quelques-uns de ses résultats, sa sauvage origine et son farouche auteur.

En effet, dans le dernier état des choses, la *puissance paternelle* n'est fondée que sur les principes du droit civil : elle est étrangère à toutes les affections que le droit naturel commande.

Le père seul est investi de cette puissance; et malgré les droits donnés par la nature, mais sans doute en conséquence de cette antique législation qui plaçait jadis l'épouse sous la *puissance paternelle*, la mère n'a aucune participation à cette puissance.

Dans le dernier état de cette législation, le fils de famille reste de droit sous la puissance paternelle pendant toute la vie de son père. Il y est maintenu quand même il aurait soixante ans, à moins qu'il ne plaise au père de l'émanciper.

Comme sous l'empire de l'ancienne législation, le fils de famille marié, non émancipé, n'a point sur ses enfans cette puissance que son père exerce sur lui, ils sont encore sous la puissance de son père; conséquence révoltante, mais nécessaire et exacte, du principe sur lequel toute la théorie de cette législation est établie.

Relativement aux biens qui appartiennent au fils de famille, la loi conserve toute sa première injustice.

A l'exception des *pécules*, tout appartient au père; le père a la propriété des biens d'une certaine nature, et la jouissance

de tous les autres pendant tout le temps que subsistera la *puissance paternelle*, c'est-à-dire pendant toute sa vie.

Pendant la vie de son père le fils de famille, même majeur, ne peut s'obliger pour cause de prêt.

Il ne peut tester, même avec le consentement de son père.

Voilà, sauf quelques exceptions de détails, les principes fondamentaux qui gouvernent encore aujourd'hui les départemens de la république soumis au régime du droit écrit.

Il suffit de les énoncer pour prouver qu'ils sont contraires à toute idée de liberté, d'industrie, de commerce; qu'ils contrarient, dénaturent et anéantissent dans son principe la *puissance paternelle* elle-même, qu'ils flétrissent la vie, et nuisent à la prospérité générale.

L'on observera peut-être que ces principes ne sont jamais suivis à la rigueur; que l'émancipation antérieure au mariage ou par mariage obvie à tous les abus : l'on prouvera alors qu'il est jugé depuis long-temps que cette législation est incompatible avec nos mœurs, et que son abrogation a été nécessaire.

Quelques-uns des principes du droit écrit sur cette matière ont été adoptés par quelques coutumes. Ils y paraissent en d'autant plus grand nombre, ils y dominent avec d'autant plus de force, que les départemens gouvernés par ces coutumes sont plus voisins de ceux qui sont régis par le droit écrit.

Mais ces coutumes si différentes, si opposées entre elles sur tous les autres points de législation, ont été aussi divisées, aussi opposées, soit dans le choix qu'elles ont fait de diverses parties du système de la *puissance paternelle*, soit dans les modifications plus ou moins prononcées qu'elles ont fait éprouver aux dispositions qu'elles empruntaient dans ce système au droit romain.

Ainsi, à l'inconvénient résultant de l'admission d'un système peu moral dans son principe et dans ses conséquences, cette fusion a ajouté l'inconvénient aussi grave résultant

d'une multitude de contradictions nouvelles, introduites dans cette multitude de législations coutumières déjà si discordantes et si opposées entre elles sur tous les autres points.

Et le désordre résultant de toutes ces législations opposées se fait d'autant plus sentir, lorsqu'il s'agit de la *puissance paternelle*, que si ce statut, en tant qu'il donne au père la jouissance des biens du fils de famille, est un statut réel qui n'a conséquemment de pouvoir que sur les biens de son territoire ; ce même statut, en tant qu'il met le fils de famille dans l'incapacité d'agir, de contracter et de tester, est un statut personnel dont l'effet se règle par la loi du lieu où le père avait son domicile au temps de la naissance du fils de famille ; et ce statut étend son empire sur la personne du fils de famille, en quelque lieu que le père et le fils aillent par la suite demeurer.

Il faut donc avouer qu'entre les lois civiles qui jusqu'à ce moment ont régi nos personnes et nos biens, il n'en est pas une seule qui ait besoin d'une plus prompte, d'une plus entière réforme, et qui, ramenée à ce que la nature ordonne, doive recevoir une plus uniforme application.

Ne pouvant, sur cette importante question, trouver aucun secours dans la loi romaine ; ne trouvant dans les coutumes que des vues imparfaites ; marchant entre l'exagération et la faiblesse, le législateur a dû consulter la nature et la raison.

La nature et la raison exigent évidemment l'établissement et l'exercice de la *puissance paternelle*.

Jusqu'à la majorité, cette puissance est dans les mains 372-373
des auteurs de nos jours, moyen de défense et de direction ; et si cette puissance est donnée par la nature au père et à la mère, il est facile de reconnaître que la raison exige que le père seul puisse l'exercer, et que la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve.

Après la majorité, la puissance paternelle est toute de 371
conseil et d'assistance ; elle se borne dans ses effets à obtenir

du fils de famille des témoignages éternels de respect et de reconnaissance.

Elle appartient au père et à la mère; elle exige le consentement de l'un et de l'autre au mariage du fils de famille; elle donne à l'un et à l'autre le pouvoir de récompenser la piété filiale et de punir l'ingratitude.

Voilà la puissance paternelle.

Voilà, d'après la nature et la raison, l'étendue, mais aussi voilà les bornes de cette puissance.

384 C'est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfans.

Le projet que j'ai l'honneur de vous présenter ne contient qu'une partie des dispositions qui constituent la plénitude de cette puissance. Tout ce qui est relatif au consentement des père et mère, exigé pour le mariage de leurs enfans, est porté au titre de cette institution; et ce qui a trait à la liberté de disposer se trouvera sous le titre *des Testamens*.

Le projet actuel s'occupe donc principalement, je dirais presque uniquement, de l'effet de cette puissance pendant la minorité du fils de famille.

371 L'article 1^er^ est le seul du projet qui impose à l'enfant un devoir qu'il devra remplir à tout âge; toutes les autres dispositions de ce titre le supposent dans les liens de la minorité; et c'est sous cet unique point de vue que la puissance paternelle y est traitée.

Le législateur commence par déclarer que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. En étendant à la vie entière la durée de cette obligation, le législa-

372 teur a obéi à la nature et à la morale; il a écouté la nature, la raison et l'intérêt de la société, lorsque, par l'article qui suit, il prononce que l'enfant né ne reste sous l'autorité paternelle que jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

Il règle ensuite que le père seul exerce cette autorité du- 373
rant le mariage.

Le législateur a dû prévoir que quelquefois les exemples, 376
les exhortations d'un père, que les privations qu'il imposera, que les peines légères qu'il fera subir, seront insuffisantes, inefficaces pour maintenir dans le devoir un enfant peu heureusement né, pour corriger de perverses inclinations. Il appelle alors l'autorité publique au secours de la magistrature paternelle. Dans certains cas, le magistrat ne fait que *légaliser*, pour ainsi dire, ne fait qu'ordonner l'exécution pure et simple de la volonté du père.

La loi du 24 août 1792 établissait dans cette occasion un tribunal de famille qui pouvait admettre, mais qui pouvait rejeter la plainte du père; la décision de ce tribunal ne pouvait être exécutée qu'en vertu de l'ordonnance du juge rendue en connaissance de cause.

Cet ordre de chose était inconvenant, inefficace.

Il créait un procès entre le père et le fils; procès que le père ne pouvait perdre sans compromettre son autorité.

Il n'établissait aucune nuance relativement à l'âge et à la situation de l'enfant.

Le projet produit ces distinctions; il règle le pouvoir du père par des considérations prises de l'âge de l'enfant et de sa situation.

Autant il est raisonnable de donner au père le droit de 376-377
faire enfermer, de sa seule autorité, et pour quelques jours, un enfant de douze ans, autant il serait injuste de lui abandonner et de laisser, pour ainsi dire à sa discrétion, un adolescent d'une éducation soignée, et qui annoncerait des talens précoces. Quelque confiance que méritent les pères, la loi ne doit cependant pas être basée sur la fausse supposition que tous sont également bons et vertueux; la loi doit tenir la balance avec équité, et le législateur ne doit pas oublier que les lois dures préparent souvent les révolutions des États.

Le président et le commissaire du tribunal doivent donc être autorisés à peser les motifs d'un père qui veut faire enfermer un jeune homme au-dessus de seize ans. Il doit leur être permis de refuser l'ordre d'arrêter et de fixer la durée de la détention.

382 Il faut des précautions plus sévères encore lorsque l'enfant dont un père demande l'arrestation a des biens personnels, ou lorsqu'il exerce déjà un état dans la société. Si cet enfant a pour père un dissipateur, il est hors de doute que le père cherchera à le dépouiller, qu'il se vengera des refus de l'enfant, et que peut-être il lui fera acheter sa liberté.

Il est même de toute justice, dans cette dernière hypothèse, que l'enfant soit autorisé à se pourvoir devant le président et le commissaire du tribunal d'appel contre la décision du président du tribunal de première instance, qui aura dû recevoir une exécution provisoire.

380 Le concours de l'autorité pour l'arrestation du fils de famille n'est accordé qu'avec de grandes précautions, si le père qui se plaint est remarié. La loi ne lui suppose plus alors la même tendresse ni la même impartialité.

378 Mais, dans tous les cas, les motifs de la plainte ne paraîtront jamais dans aucun acte, pas même dans l'ordre d'arrestation. Donner de la publicité à des erreurs, à des faiblesses de jeunesse, en éterniser le souvenir, ce serait marcher directement contre le but qu'on se propose ; et de ces punitions mêmes qui ne sont infligées à l'enfance que pour épargner des tourmens à l'âge mûr, ce serait faire naître des chagrins qui flétriraient le reste de la vie.

381 En accordant les mêmes droits à la mère survivante non remariée, le projet veut que, dans tous les cas, elle ne puisse faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parens paternels, et par voie de réquisition, sur laquelle le juge devra prononcer en connaissance de cause.

Le législateur a dû prévoir que la mère, trop faible ou trop

légèrement alarmée, pourrait peut-être trop facilement recourir à ces moyens extrêmes; d'un autre côté, il a dû penser qu'une veuve sans défense, dont toutes les actions sont exposées à la critique de la malignité, devait se ménager, dans le concours des deux plus proches parens paternels, des témoins impartiaux qui pussent toujours attester la nécessité de cette mesure de rigueur, et qui fussent les garans de sa bonne administration.

Un des articles du projet accorde la même puissance et 383
les mêmes droits aux père et mère des enfans naturels légalement reconnus.

D'après ce que nous avons déjà dit, on doit penser que cette disposition ne se trouvait pas dans le droit romain. L'adoption ou la légitimation pouvait seule, dans ce cas, donner au père la puissance paternelle; c'est toujours la conséquence très-exacte du principe qui, dans leur législation, tirait la puissance paternelle du seul droit civil. Mais le législateur qui a reconnu que cette puissance, uniquement fondée sur la nature, ne recevait de la loi civile qu'une confirmation, a dû, pour être conséquent, accorder au père ou à la mère qui reconnaissent légalement leur enfant naturel, et sur cet enfant, une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime. C'est ainsi, et d'après le même principe, que, dans le projet relatif au mariage, vous avez vu le législateur exiger de l'enfant naturel qui veut se marier, le consentement du père ou de la mère naturels qui l'auront légalement reconnu.

Après avoir constitué la puissance paternelle, établi les 384
devoirs qu'elle impose, les droits qu'elle accorde, fixé ses limites et sa durée; après avoir ainsi, de concert avec la nature, donné des alimens, des défenseurs à l'enfance, des soins, des instructions, une bonne éducation à la jeunesse, c'est-à-dire après avoir établi quels sont les droits onéreux attachés à l'exercice de la *puissance paternelle*, le législateur a dû en déterminer les droits utiles.

La loi romaine accorde au père (sauf l'exception de divers pécules) tout ce qui appartiendra au fils de famille pendant la vie du père.

La plupart des coutumes ne reconnaissent point de droit utile attaché à l'exercice de la *puissance paternelle*, et celle de Paris garde sur ce point le silence le plus absolu; car il ne faut pas confondre avec le droit dont nous parlons celui qui résultait du droit de *garde noble* ou *bourgeoise* accordé *au survivant* sur les biens des enfans restés en minorité.

Ainsi, une législation accorde tout pendant que l'autre ne donne rien.

C'est encore en évitant ces deux extrêmes que le gouvernement propose la disposition que contient le 14e article du projet.

Il y distingue l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage de l'exercice de cette même puissance après sa dissolution.

Au premier cas, il donne au père la jouissance des biens de ses enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourra avoir lieu avant cet âge.

Après la dissolution du mariage, il accorde les mêmes droits au père ou à la mère survivans.

Dans l'un et l'autre cas, le législateur exige qu'à l'époque où l'enfant aura accompli sa dix-huitième année, les père et mère cessent de conserver la jouissance des biens de leurs enfans, parce que si les pères jouissaient des biens de leurs enfans jusqu'à la majorité de ces derniers, on aurait à craindre que, pour se conserver cet avantage dans toute son étendue, ils ne se refusassent à consentir à une émancipation ou à un mariage dont pourraient dépendre le bonheur et la fortune de leurs enfans.

Enfin, en prononçant par cet article que la mère jouit, dans cette circonstance, des droits qu'il accorde au père, le législateur établit un droit égal, une égale indemnité là où la nature avait établi une égalité de peines, de soins et d'af-

fections; il répare, par cette équitable disposition, l'injustice de plusieurs siècles; il fait, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille, et la rétablit dans les droits imprescriptibles qu'elle tenait de la nature, droits sacrés, trop méprisés par les législations anciennes, reconnus, accueillis par quelques-unes de nos coutumes, et notamment par celle de Paris; mais qui, effacés dans nos Codes, auraient dû se retrouver écrits en caractères ineffaçables dans le cœur de tous les enfans bien nés.

Mais en même temps que, fidèle interprète de la nature, 386
le moderne législateur rend le nom de mère à toute sa dignité, en même temps, gardien austère des bonnes mœurs, il refuse à celui des père et mère contre lequel le divorce aura été prononcé la jouissance accordée par l'article 14. Celui contre lequel le divorce a été prononcé a, par un délit grave, brisé les nœuds les plus sacrés: pour lui il n'y a plus de famille.

Enfin, une dernière disposition prononce que cette jouissance cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. Quelques motifs parlaient en faveur des mères qui ne se marient que pour conserver à leurs enfans l'établissement formé par leur père; mais cette exception ne peut effacer l'inconvenance qu'il y aurait à établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfans du premier lit, et enrichir ainsi son époux à leur préjudice.

COMMUNICATION OFFICIELLE.

Conformément à l'arrêté du Corps législatif, le projet de loi fut transmis au Tribunat le 25 ventose an XI, et le tribun Vesin en fit le rapport à l'assemblée générale le 1er germinal (22 mars 1803).

RAPPORT FAIT PAR LE TRIBUN VESIN.

Tribuns, chargé de vous faire un rapport sur le projet de loi, titre IX du Code civil, en vous parlant de la puissance paternelle, je ne chercherai pas à la définir, à vous en montrer l'origine. Que le pouvoir des pères sur leurs enfans dérive du droit naturel ou du droit civil, ou plutôt qu'il participe en même temps de l'un et de l'autre, il nous suffit qu'il soit reconnu par tous les peuples policés, qu'il soit l'un des plus fermes liens de la société, pour qu'il ne s'élève pas le moindre doute sur la nécessité d'accorder aux pères et mères une autorité, une puissance sur leurs enfans; autorité toute de défense et de protection dans le premier âge, et qui acquiert ensuite une consistance, une intensité proportionnée aux besoins de l'adolescence, environnée de tous les écueils et des passions qui l'assiégent.

371 Le premier article du projet de loi constitue les devoirs des enfans.

L'enfant, à tout âge, porte l'article 365-371, doit honneur et respect à ses père et mère.

Quoique cet article ne contienne pas, à proprement parler, de disposition législative, et que, sous ce rapport, dans la discussion du Conseil d'Etat, il ait été proposé de le rejeter, on a observé avec raison que les auteurs du projet avaient cru utile de placer à la tête du titre les devoirs que la qualité de fils impose, de même que dans le titre *du Mariage* on a inséré une disposition qui retrace les devoirs des époux; et que cet article, contenant d'ailleurs les principes dont les autres ne font que développer les conséquences, doit devenir un point d'appui pour les juges. Ces observations ont été accueillies.

372 Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation. C'est la disposition de l'article 366-372.

Cette puissance, cette autorité des parens doit avoir un

terme; les enfans, à leur tour, deviennent capables de se conduire par eux-mêmes et d'administrer leurs biens. Les législateurs n'ont été divisés que sur la fixation de l'époque où cette autorité devait prendre fin; époque qui a varié chez les différens peuples, et qui, en France même, était soumise à une limitation différente, d'après la diversité des coutumes et des usages.

Il est inutile de rappeler qu'à Lacédémone, chez les Romains, cette puissance était extrême, je dirai même barbare, puisque les pères avaient sur leurs enfans le droit de vie et de mort : aussi, quoique, dans une grande partie de la France, on eût adopté les lois romaines, nous n'avions pas pris d'elles la puissance paternelle telle qu'elles l'avaient établie.

Mais, parce que le droit romain était trop rigoureux, faudra-t-il pour cela tomber dans l'excès contraire? et il est entre ces deux extrêmes un terme moyen que le projet de loi qui vous est soumis a parfaitement saisi. Il prononce que l'enfant reste sous l'autorité de ses parens jusqu'à sa majorité ou son émancipation, et ce doit être là le terme de sa durée.

La majorité est, en effet, l'âge auquel on est présumé par la loi avoir acquis la maturité d'esprit suffisante pour bien gouverner ses affaires. Si cette définition est exacte, s'il est vrai de dire que, quoique avant l'âge de vingt-un ans, quelques individus mieux organisés, plus favorisés de la nature, ou mieux dirigés par l'éducation qu'ils ont reçue, aient acquis cette force d'esprit jugée nécessaire pour se diriger par soi-même, cette minorité n'est malheureusement que l'exception, eu égard à ce nombre de jeunes gens sans expérience qui seraient abandonnés au mouvement de leurs passions; et c'est alors une conséquence forcée, que l'autorité des pères et mères a dû être bornée à la majorité des enfans.

Le droit civil de la France, et dans cette acception je comprends et le droit romain qui régissait le pays de droit

écrit, et le droit coutumier; le droit civil de la France, dis-je, embrassait tant de diversités de jurisprudences, qu'étant arrivés à cette heureuse époque où il est permis aux législateurs d'introduire dans les lois cette uniformité si désirée, et qu'une révolution comme la nôtre a seule rendue praticable, il est impossible de ne pas entrer dans une espèce de composition entre ces divers usages, en tempérant d'un côté ce que le droit romain pouvait avoir de trop rigoureux, et, de l'autre, en fortifiant le ressort de la puissance paternelle dans les pays coutumiers.

Il n'est pas inutile de répéter qu'on distinguait ci-devant une majorité coutumière, et une majorité d'ordonnances. Cette distinction dérivait de certaines coutumes qui avaient fixé la majorité à vingt ans, et des ordonnances qui, plus conformes au droit romain, la fixaient à vingt-cinq ans. Encore même la majorité de coutumes n'était dans certains pays qu'une sorte d'émancipation qui donnait le droit d'administrer, mais non pas celui d'aliéner les immeubles patrimoniaux. Ici, le fils majeur n'avait pas la simple administration: là, il pouvait tout aliéner, tout hypothéquer, même emprunter indéfiniment. Dans tel pays même, il pouvait être restitué contre les aliénations faites avant l'âge de vingt-cinq ans, quoique après la majorité fixée par la coutume, sans être obligé d'employer aucun des moyens qui donnent lieu à la restitution des majeurs de vingt-cinq ans.

Dans cet état des choses, en maintenant le dernier état de la législation, le nouveau projet adopte un tempérament qui fixe irrévocablement tant de systèmes différens, et ne peut que réunir toutes les opinions; et l'article, tel qu'il a été rédigé, n'a pas éprouvé de contradiction dans son examen. Le maintien de l'autorité des parens sur leurs enfans, jusqu'à l'âge de vingt-un ans, a paru à la section dans le vœu de la nature et dans celui de la loi, puisque la majorité a été fixée à cet âge, et que les enfans mâles ne peuvent même se marier qu'à vingt-cinq ans sans le consentement de leurs parens. Si

l'âge de vingt-un ans pouvait paraître trop long, eu égard à la maturité d'esprit de quelques enfans, le remède est dans même la loi : l'émancipation qui peut avoir lieu dans ces cas obvie à tous les inconvéniens, et laisse le principe entier.

Le père seul exerce cette autorité durant le mariage; c'est 373
la disposition de l'article 367-373, sur lequel il n'a pas été fait d'observation. Le père est considéré en effet comme le chef de la famille, par les principes que vous avez déjà admis en traitant du mariage; il est dans l'ordre, et c'est une conséquence qu'il en ait les prérogatives. Ce pouvoir, s'il était en même temps partagé entre plusieurs, s'affaiblirait par cela même, et tournerait en sens contraire de l'objet de son institution. Le projet de loi n'entend pas par là ne pas associer la mère à cette magistrature; elle l'exerce à son tour, et prend la place du père, s'il vient à manquer. Son consentement est nécessaire pour le mariage de ses enfans, et elle a, comme son mari, la jouissance de leurs biens jusqu'à l'âge de dix-huit ans, ou jusqu'à l'émancipation, qui peut avoir lieu avant cet âge. Dans l'ancienne jurisprudence, dans les principes du droit romain surtout, lorsque la puissance paternelle était une sorte de droit de propriété des pères sur leurs enfans, qui n'étaient pour ainsi dire pas considérés comme des personnes, mais comme des choses dont ils pouvaient user et abuser, la femme n'avait pas cessé d'être sous la puissance de son père : il n'était pas étonnant qu'elle ne participât point alors à cette magistrature de famille; mais ces principes ont changé avec nos mœurs : c'est un pouvoir de protection, d'intérêt pour les enfans, et la mère est à juste titre admise à le partager. Ceux qui ont le même intérêt doivent jouir des mêmes droits : il serait bien difficile de justifier la proposition contraire.

L'article 368-374 est une conséquence des précédens. De 374-375 et suiv.
ce pouvoir des parens sur leurs enfans doivent sortir tous les moyens de correction nécessaires pour le rendre utile et profitable aux enfans mêmes, et c'est là l'objet principal des ar-

ticles 369-375 et suivans, jusques et compris l'article 377-383; et c'est ici qu'on peut s'étayer de l'autorité de Montesquieu : « On remarque, dit-il, que dans les pays où l'on a mis dans « les mains paternelles plus de récompenses et de punitions, « les familles sont mieux réglées; les pères sont l'image du « créateur de l'univers, qui, quoiqu'il puisse conduire les « hommes par son amour, ne laisse pas de se les attacher par « les motifs de l'espérance et de la crainte. » Les punitions, ou plutôt les corrections, peuvent devenir nécessaires ; la loi fondamentale de la puissance paternelle serait incomplète si elle n'organisait pas les moyens de répression. Les exemples des parens, leurs exhortations, ne sont pas toujours des moyens suffisans pour maintenir dans le devoir certains de leurs enfans qui auront contracté des vices ou de mauvaises inclinations : l'autorité publique vient se joindre alors à la magistrature paternelle, mais avec des ménagemens compatibles avec l'intérêt de la famille.

La loi de 1792 avait voulu obtenir les mêmes résultats, mais par d'autres moyens : elle avait créé un tribunal de famille qui pouvait bien admettre, mais ne pas sanctionner ensuite la plainte du père ; encore fallait-il toujours recourir au juge, qui rendait une ordonnance en connaissance de cause.

Le remède était quelquefois pire que le mal, puisqu'il créait un procès entre le père et le fils, dont le sort pouvait compromettre l'autorité paternelle, qu'il ne faut pas avilir en cherchant à la fortifier.

379-377 La loi de 1792 ne faisait aucune différence relativement à l'âge, à la situation des enfans. Le nouveau projet de loi ménage, au contraire, les intérêts respectifs. Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un mois, sans que le président du tribunal puisse se dispenser de délivrer l'ordre d'arrestation. Depuis l'âge de seize ans, au contraire, jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père peut bien requérir l'arrestation de son fils pendant six mois au plus ; mais le président du tribunal,

après en avoir conféré ou délibéré avec le commissaire du gouvernement, peut délivrer ou refuser cet ordre; et, dans le premier cas, même abréger le temps de sa durée. Les pères méritent sans doute beaucoup de confiance, mais tous ne sont pas également bons, également vertueux; et la loi a dû trouver un moyen de prévenir les abus du pouvoir qu'elle leur accorde, et tenir la balance avec équité.

Les erreurs des enfans doivent être étouffées dans le sein 378
des familles ; aussi point de formalités judiciaires, ni de motifs de plainte, ni écritures : rien ne doit rester, si ce n'est l'ordre d'arrestation, dans lequel les motifs ne doivent pas même être énoncés. Le père doit seulement souscrire une obligation de payer tous les frais et de fournir les alimens convenables : il était sans doute impossible de mieux prévoir, de mieux distribuer les ménagemens et les convenances dans les familles.

Le père peut toujours abréger la durée de la détention par 379
lui ordonnée ou requise.

La rédaction de cet article se prête, pour ainsi dire, au repentir des enfans et à la bonté des pères; elle est imitative de leur tendresse. Si l'enfant retombait dans de nouveaux écarts, la détention pourrait être de nouveau requise et ordonnée conformément aux articles précédens.

La loi n'est pas faite seulement pour les pères ; l'intérêt 380
des enfans y est soigneusement ménagé, selon qu'ils ont des biens personnels, ou que les parens sont remariés.

L'expérience n'a que trop prouvé que les secondes noces sont ordinairement funestes aux enfans d'un premier mariage. La loi ne suppose plus alors au père la même tendresse ni la même impartialité pour ses enfans d'un premier mariage. Quand même, dans ce cas, l'enfant dont il requerrait l'arrestation serait âgé de moins de seize ans, le père serait toujours tenu de se conformer à l'article 371-377 ; c'est-à-dire que l'ordre d'arrestation ne serait alors délivré qu'après le plus sérieux examen avec le commissaire du gouvernement;

et que le président ne serait pas forcé à le délivrer, qu'il pourrait même abréger la durée de sa détention.

381 La mère survivante et non remariée ne peut faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus proches parens paternels, et par voie de réquisition, conformément à l'article 371–377.

Le législateur semble n'avoir, dans cet article, multiplié les précautions et les garanties pour les enfans que pour donner un soutien à la faiblesse, ou plutôt pour ne pas laisser peser sur une mère toute la responsabilité d'une mesure de rigueur.

382 Si l'enfant a des biens personnels, ou s'il exerce un état, sa détention doit être délibérée avec plus de formalités. Les dispositions de l'article 371-377 sont renouvelées. Après mûre délibération, l'arrestation peut être refusée ou abrégée. Les motifs de cette précaution de la loi se manifestent par eux-mêmes : un mauvais père, un dissipateur, pourrait souvent chercher à dépouiller son fils, ou lui faire même acheter sa liberté par des sacrifices.

ib. Tel est, tribuns, le système et l'ensemble des dispositions de la loi qui vous est soumise. Mais son objet ne serait pas entièrement rempli, si elle n'avait pas pourvu au moyen de réparer quelques injustices, les surprises même qui pourraient être faites aux présidens des tribunaux de première instance. L'article 376–382 veut que, dans ce cas, l'enfant détenu puisse adresser un mémoire au commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel ; celui-ci, après s'être fait rendre compte par celui de première instance, doit en faire le rapport au président du tribunal d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et pris tous les renseignemens, peut révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance. La commission avait observé sur cet article que le recours du fils au commissaire près le tribunal d'appel ne serait pas sans inconvéniens ; que ce recours, pour être utile, devait amener une discussion en con-

naissance de cause, et que dès lors on retombait dans les inconvéniens que les précédens articles avaient voulu prévenir.

Mais on répond à cette objection en observant que ces craintes disparaissent lorsqu'il est clairement exprimé que tout doit être traité, en cas de pourvoi, comme devant le président et le commissaire de première instance, c'est-à-dire secrètement; que le pourvoi ne suspend pas l'ordre d'arrestation, et que cette disposition de la loi prévient et paralyse toutes les surprises, toutes les intrigues des localités, et empêche qu'elle puisse jamais être un moyen de despotisme entre les mains des pères ou mères contre leurs enfans.

L'article 377-383 introduit un droit nouveau en assimi- 383
lant, quant aux moyens de correction, les enfans naturels légalement reconnus aux enfans légitimes, puisqu'il leur applique les dispositions des articles 370, 371, 372 et 373-376, 377, 378 et 379.

Vous ne serez pas alarmés de cette innovation, tribuns; elle est puisée dans la nature. Si elle ne se trouve pas dans notre législation actuelle, c'est parce que, dans le droit romain, l'adoption ou la légitimation, qui pouvaient seules donner aux pères la puissance paternelle, toute de droit civil, est une conséquence forcée de notre nouvelle législation sur ces enfans naturels, qui a étendu leurs droits et amélioré leur sort.

Déjà, dans le titre *du Mariage*, vous avez exigé, pour l'enfant naturel qui se marie, le consentement de ses père et mère naturels qui l'auront reconnu légalement. Pourquoi, lorsque la loi a voulu que des enfans malheureux, abandonnés, pussent retrouver un père qui les avoue, refuserait-elle aux parens tous les moyens de faire respecter une autorité que nous reconnaissons être en grande partie fondée sur la nature?

Après avoir constitué la puissance paternelle, établi les 384-387
devoirs des enfans et les obligations des parens, le législateur fixe les droits des pères et mères sur les biens de leurs

enfans pendant leur minorité, et établit en cela un droit nouveau, tant pour les pays de droit écrit que pour les pays coutumiers.

Le père, durant le mariage, porte l'article 378-384, et, après la dissolution du mariage, les survivans des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfans, jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation, qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans, avec cette restriction de l'article 381-387, que cette jouissance ne doit pas s'étendre aux biens que les enfans pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas.

Ces deux articles établissent une différence entre le maintien de la puissance paternelle jusqu'à l'âge de vingt-un ans et les droits d'usufruit sur les biens de leurs enfans, dont ils ne peuvent jouir que jusqu'à l'âge de dix-huit ans, sauf l'émancipation pour les deux cas.

L'intérêt seul des enfans a déterminé cette distinction : ils peuvent, à cet âge, administrer leurs biens par eux-mêmes. Tel mariage, tel établissement pourrait se présenter, que leur bonheur ou leur fortune en dépendrait; la loi n'a pas voulu que, par l'appât de la conservation de cet usufruit, le père pût être induit à ne pas consentir au mariage ou à l'émancipation de son fils.

384 Vous applaudirez, tribuns, à la disposition de l'article 378-384, qui associe les mères à la jouissance de cet usufruit si elles survivent à la dissolution du mariage. Le législateur répare, par cet article, comme l'observe l'orateur du gouvernement, l'injustice de plusieurs siècles, et fait, pour ainsi dire, entrer pour la première fois la mère dans la famille, et la rétablit dans le droit imprescriptible qu'elle tenait de la nature. Jamais un plus grand acte de justice.

386 L'article 380-386 fait cesser cette jouissance pour celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé, et

même dans le cas d'un second mariage : celui des deux époux qui se sépare de la famille, ou qui brise les nœuds les plus sacrés, pourrait-il y être compté encore et en conserver les droits?

La section de législation m'a chargé de vous proposer l'adoption de ce projet de loi.

Le Tribunat vota l'adoption du projet dans sa séance du lendemain, et désigna MM. Albisson, Vesin et Sahuc, pour porter son vœu au Corps législatif.

Annexe 2 : Discussion devant le Corps législatif par le tribun Albisson.
Séance du 24 mars 1803 sur le Titre IX du Code civil, « De la puissance paternelle ».

DISCUSSION DEVANT LE CORPS LÉGISLATIF.

DISCOURS PRONONCÉ PAR LE TRIBUN ALBISSON.

(Séance du 3 germinal an XI. — 24 mars 1803.)

Législateurs, le projet d'un *Code civil* uniforme dans toute l'étendue de la France, conçu depuis long-temps par tout ce que la science des lois et le patriotisme ont produit parmi nous de juriconsultes et de magistrats distingués; solennellement annoncé par la première de nos assemblées représentatives; négligé d'abord, contrarié ensuite dans tous les sens avec un acharnement déplorable, pendant les orages de la révolution, par les ennemis de tout ordre et de toute raison; soutenu, malgré cette foule de contrariétés et de dégoûts; entrepris et suivi jusqu'au bout avec un courage et une patience inépuisables par celui de nos concitoyens que la reconnaissance nationale a fait asseoir depuis au timon de l'État à côté du sauveur de la République : ce projet, grâce à l'infatigable sollicitude d'un gouvernement éclairé et fort de ses intentions et de la confiance publique, au zèle et à l'activité de ses coopérateurs constitutionnels dans la formation de la loi; ce projet marche rapidement vers le but qu'il doit at-

teindre; et chaque jour, épurant ou sanctionnant le travail de celui qui l'a précédé, prépare à celui qui doit le suivre de nouveaux objets de méditations, de nouveaux motifs de détermination, et la jouissance d'un nouveau bienfait.

Déjà, législateurs, vous avez consacré les maximes fondamentales de toute bonne législation, relativement à la publication, aux effets et à l'application des lois en général; maximes qui, sans appartenir spécialement au *Code civil*, ont dû néanmoins trouver leur place en tête de ce Code qui, *plus que tout autre*, comme vous disait à cette occasion un orateur du gouvernement, *embrasse l'universalité des choses et des personnes.*

Passant de là au *Code civil* proprement dit, vous avez successivement imprimé le caractère de la loi aux vues soumises à votre sagesse, concernant la jouissance et la privation des *droits civils;* la forme et la conservation des actes destinés à constater l'*état civil* des individus; la détermination des signes, quelquefois équivoques, du vrai *domicile;* les caractères que doit avoir l'absence pour appeler la surveillance de la loi sur les biens et les droits des *absens :* tous objets également intéressans pour la facilité et la sûreté des transactions privées et pour le maintien de l'ordre social.

Vous avez ensuite constitué la famille, élément primitif et nécessaire de toute société civile, en sanctionnant les règles relatives à la formation du *mariage,* aux obligations résultant de ce lien sacré, à sa dissolution, aux signes civils de la *paternité légale,* aux preuves de la *filiation légitime,* à la législation de la *paternité* et de la *filiation* purement *naturelles.*

La famille ainsi constituée, il reste à compléter son organisation par la circonscription juste et exacte de l'étendue, de la durée et des limites de la *puissance paternelle.*

Tel est, législateurs, le sujet sur lequel vous avez à délibérer aujourd'hui, et qui fait la matière d'un projet de loi que le Tribunat a accueilli par un vote d'adoption dont nous sommes chargés de vous exposer les motifs.

L'autorité des pères et des mères sur leurs enfans, que le conflit des lois et l'insouciance du pouvoir législatif minaient depuis des siècles, dont la décadence progressive des mœurs précipitait sensiblement la ruine, et que l'esprit révolutionnaire d'insubordination et d'indépendance avait déjà marquée du sceau de la proscription, cette autorité a sa racine dans le cœur même de l'homme et dans sa destination à l'état de société.

Si le pur état de nature avait jamais pu exister, les fruits d'une conjonction fortuite et passagère, inconnus de leur père, que nulle affection morale, nul besoin n'auraient retenu auprès de leur mère après l'extinction du désir qui l'avait attiré; abandonnés de celle-ci, sinon d'abord après sa délivrance, du moins dès qu'ils auraient pu se passer d'elle; moment qui, probablement, aurait été peu éloigné dans l'état supposé; ces êtres, étrangers les uns aux autres, n'auraient jamais connu entre eux, ni avec les auteurs de leurs jours, aucun rapport de parenté ni de subordination.

Je ne m'occuperai donc pas de cet état, qui n'est qu'une pure abstraction, et dont l'existence possible est un problème, même pour l'écrivain de nos jours, bien cher d'ailleurs aux âmes sensibles, qui l'a assez préconisé pour en faire la base, ou tout au moins la première donnée d'un système sur l'échelle sociale.

L'homme est, par nature, un être sociable. Il n'a jamais existé qu'en société mieux ou moins bien organisée, et toute société se compose nécessairement d'une agrégation de familles.

Mais toute famille est une petite république, dont le père et la mère sont les chefs naturels. Là, les enfans trouvent dès leur naissance tous les secours, tous les soins, toutes les attentions dont un être faible et incapable de rien faire par lui-même a besoin pour subsister et croître. Là, sous les yeux et la direction de la tendresse et de la prévoyance, son intelligence se développe, le cercle de ses connaissances s'a-

grandit, ses affections sympathiques germent et se reproduisent au-dehors, son cœur s'ouvre à l'amour et à la reconnaissance, et le lien moral de la parenté se forme.

L'adolescence appelle une autre sorte de sollicitude. Il faut lutter avec des passions naissantes, non dans la vue de les étouffer, ce qui est hors de toute puissance humaine, mais pour leur donner une direction noble et utile.

Les pères et mères y doivent naturellement tous leurs soins; et leur propre intérêt les leur rendra précieux, s'ils pensent que de cette direction, bonne ou mauvaise, dépendra infailliblement le bonheur ou le malheur de leur vie entière; que, vertueux et utile à sa patrie, l'homme qu'ils sont chargés de former honorera leurs cheveux blancs; que, vicieux et fardeau honteux de la société, il en sera l'opprobre.

C'est donc la nature elle-même qui a posé les fondemens de ce que nous appelons le pouvoir des pères et mères sur leurs enfans. Or, leur intérêt étant égal et leur obligation solidaire, les peines, les soins, la sollicitude se partageant également entre eux, ce pouvoir ne devrait-il pas leur appartenir concurremment et sans prérogative de part ni d'autre? La raison dicte qu'un tel partage ne saurait subsister sans détruire le pouvoir; et la nature a résolu la question en donnant à l'homme des moyens de supériorité et de prééminence qui ne peuvent lui être contestés. Ainsi, c'est au mari, comme chef de la société conjugale, que la puissance sur les enfans doit appartenir pendant la durée de la société, pour passer ensuite à la femme après sa dissolution.

J'ai dit ce que nous appelons le pouvoir; car il faut remarquer que l'autorité des pères et des mères sur leurs enfans n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas, à proprement parler, un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. Il est seulement vrai que ce devoir, une fois rempli, donne aux

pères et mères un véritable droit, le droit légal d'exiger de leurs enfans, pendant tout le temps de leur vie, du respect et des secours.

C'est d'après ces principes, avoués par la nature et la raison, qu'il faut juger de la nécessité d'une réforme dans notre législation antérieure touchant l'étendue et la durée de la puissance paternelle.

Jusqu'ici, rien de plus incohérent et de plus contradictoire que cette législation. Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter un coup-d'œil rapide sur l'histoire du pouvoir paternel chez les peuples dont la législation a influé plus ou moins sur la nôtre, et chez nous-mêmes, à compter de l'époque de l'anarchie féodale; histoire qui n'est guère, jusqu'à ce jour, que celle de ses excès, de ses bizarreries ou de sa nullité.

Chez les Gaulois nos ancêtres, les pères, au rapport de César, avaient droit de vie et de mort sur leurs enfans.

Chez les Romains, qui les subjuguèrent, et dont les lois ont régi jusqu'à présent une grande partie de la France, les pères, dont la puissance ne finissait de leur gré qu'avec leur vie, pouvaient impunément et de leur seule volonté, dans le premier état de leur législation, charger leurs enfans de fers, les condamner pour leur vie aux travaux rustiques, et les mettre à mort. Nulle autre puissance ne contrebalançait un si énorme pouvoir, et nulle dignité ne pouvait en affranchir.

Ils avaient le droit de les vendre jusqu'à trois fois. La liberté que ces enfans pouvaient obtenir de leurs deux premiers maîtres les remettait au pouvoir de leur père. Un troisième affranchissement pouvait seul la leur rendre entière, et les soustraire au joug paternel. Liberté, propriété, sûreté, ces droits imprescriptibles de l'homme social étaient nuls pour les enfans en puissance, et pour leur entière descendance, jusqu'au dernier terme de sa durée; et, comme ce terme n'était autre que celui de la vie du chef de la famille, il n'était pas rare de voir plusieurs générations gémir à la

fois sous l'empire d'un aïeul commun, dont ils pouvaient être tentés de déplorer la longévité.

Les conséquences d'une telle législation étaient, dans certains cas, fort bizarres. Pour n'en citer qu'un exemple, quoi de plus étrange que le pouvoir qu'elle laissait au père d'enlever à son fils jusqu'à l'espérance d'avoir jamais sur ses enfans ni sur aucun de ses descendans la puissance à laquelle il le tenait soumis lui-même? Il lui suffisait pour cela d'émanciper son fils déjà marié et ayant des enfans, ou d'émanciper ses petits-enfans, en le retenant lui sous sa puissance.

Je passe sur les autres effets de la puissance paternelle, telle que les premières lois de Rome l'avaient établie, sur les restrictions et les adoucissemens que quelques-uns ont reçus des lois postérieures. Le dernier état de cette puissance, dans les pays appelés de *droit écrit*, vous a été exposé par l'orateur du gouvernement avec tant de fidélité, de précision et d'intérêt, qu'il y aurait de la témérité à se flatter de vous en présenter avec succès un second tableau.

Dans les pays appelés *coutumiers*, presque autant de divagations et de contrariétés que de coutumes différentes sur un point aussi important que celui de l'autorité des parens sur leurs enfans; et comment aurait-on obtenu à cet égard quelque chose de cohérent et de coordonné du bouleversement que firent dans les droits des individus et dans la consistance des familles ces siècles de barbarie où la violence féodale, imposant silence aux lois et à la raison, et méconnaissant tout autre droit que celui du plus fort, asservit les corps et les esprits sous le despotisme avilissant du caprice et des volontés arbitraires du moindre châtelain qui pouvait compter quelques centaines d'hommes sur son territoire usurpé, et les ranger sous sa bannière?

Quelles lumières attendre des débris d'un tel désordre? C'est pourtant de ces débris que se formèrent les premières compilations de la plupart des coutumes que l'habitude rendit ensuite assez tolérables pour donner prise à la ténacité,

et lui fournir les moyens de résister, à beaucoup d'égards, à la sagesse de leurs réformateurs.

Si quelques-unes ont obtenu et mérité une réputation honorable, elles la doivent, ou aux lumières qu'elles empruntèrent de leur voisinage avec les provinces qui avaient conservé l'usage du droit romain, ou à la résistance que l'énergie et le courage opposèrent dans leur territoire à l'invasion désastreuse du régime féodal.

Mais, dans leur généralité, le pouvoir paternel avait été assez méconnu pour autoriser *Loisel* à mettre en principe dans ses Institutes coutumières, que *droit de puissance paternelle n'a lieu*.

C'est dans cet état de législation que le gouvernement a proposé le projet de loi dont il est temps de m'occuper.

« L'enfant à tout âge, dit le premier article, doit honneur 371
« et respect à ses père et mère. »

Ce n'est là, au premier aperçu, qu'un précepte de morale; mais au sortir de la tourmente qui a tant bouleversé de têtes, tant menacé d'une subversion totale toute idée de subordination et de révérence filiale, ce précepte devait précéder des dispositions toutes relatives à une autorité temporaire, pour rappeler sans cesse aux enfans que, si la loi les affranchit, à des époques fixes de leur âge, de l'autorité de leurs parens, il n'est point de moment de leur vie, point de circonstance, point de situation où ils ne leur doivent honneur et respect. On a d'ailleurs sagement remarqué que ce précepte, placé en tête de la loi, *deviendra pour les juges un point d'appui en beaucoup d'occasions*, telles, par exemple, que des contestations d'intérêt entre des enfans et leurs parens, où ceux-là passant, dans leurs moyens d'attaque ou de défense, les bornes que le respect doit leur prescrire, se mettraient dans le cas d'y être ramenés par des admonitions ou des actes d'animadversion plus ou moins sévères, selon la nature de leur offense.

Les dispositions législatives qui suivent ce précepte de mo- 372

rale respirent toutes l'esprit de prévoyance, de sagesse et d'intérêt, qui devait présider à l'importante réforme qu'elles devaient opérer.

Il s'agissait d'établir le pouvoir des pères et des mères sur des bases avouées par la nature, la raison et l'intérêt social. Il fallait donc que la loi le réglât de manière que son ressort ne fût ni trop tendu ni trop relâché; qu'elle prît pour cela un juste milieu entre le despotisme des uns et la licence des autres; qu'elle fixât sa durée et ses limites par une juste application de son principe fondamental, qui n'est autre, je ne saurais trop le répéter, que l'intérêt des enfans et celui de la société.

Une simple lecture de ses dispositions suffit pour convaincre de leur sagesse et de leur fidélité aux principes conservateurs de la vraie magistrature domestique.

L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

L'époque de la maturité de sa raison est réglée par l'autorité de la loi, ou déclarée par le jugement de son père : il est donc juste, il importe à la société qu'il puisse, à cette époque, se conduire lui-même et pourvoir à ses intérêts.

« Les liens de la sujétion des enfans, dit *Locke*, sont semblables à leurs langes et à leurs premiers habillemens. L'âge et la raison les délivrent de ces liens, et les mettent dans leur propre et libre disposition (a). »

373 Les effets de cette autorité, qui est commune au père et à la mère, mais que la loi confie exclusivement au père durant le mariage, s'étendent à la personne et aux biens de l'enfant.

374 Celui-ci ne peut quitter la maison de son père sans son consentement : un seul cas peut l'y autoriser; c'est celui où, se sentant pressé du désir de servir sa patrie, et de marcher sur les traces des héros à qui la République est redevable de sa stabilité et du rang glorieux qu'elle tient parmi les puissances

(a) Du gouvernement civil.

de l'Europe, il s'enrôle volontairement sous ses drapeaux signalés par tant de victoires. Mais, dans ce cas même, la loi toujours sage ne le lui permet qu'à une époque qui la rassure contre l'explosion d'une effervescence juvénile ; et si elle l'émancipe pour ce seul acte, ce n'est qu'à l'âge où un conseil de famille aurait pu le faire, et trois ans après celui où ses propres parens auraient pu l'émanciper.

Toute puissance directrice ou régulatrice suppose l'attri- 375
bution d'une force coërcitive quelconque.

La loi donne au père *qui aura des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite de son enfant* des moyens de correction gradués sur l'âge plus ou moins avancé de l'enfant, et sur la présomption plus ou moins fondée de l'impartialité et du désintéressement du père. Elle prend en même temps toutes les précautions qu'a pu lui inspirer la conservation de la vie et de la réputation de l'enfant, qui ne doit recevoir aucune atteinte de l'exercice passager d'une correction domestique. Elle ouvre en même temps à l'enfant une voie de réclamation contre une rigueur dont il pourrait montrer l'injustice.

Si l'enfant a moins de seize ans *commencés*, le père peut, 376
par le seul effet de sa volonté, le faire détenir pendant un mois au plus ; et le président du tribunal d'arrondissement doit sur sa demande délivrer l'ordre de son arrestation.

Depuis quinze ans et un jour jusqu'à la majorité ou l'éman- 377
cipation, le père peut seulement requérir sa détention pendant six mois au plus ; et le juge, après en avoir conféré avec le commissaire du gouvernement, peut refuser de déférer à sa réquisition, ou abréger la durée de la détention requise.

Mais, dans aucun cas, nulle écriture ni formalité judiciaire 378
autre que l'ordre d'arrestation, qui ne doit pas même énoncer de motifs, ne conservera le souvenir de la correction jugée nécessaire.

Le père sera cependant tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les alimens convenables.

380 S'il est remarié, il n'a pas le droit de faire détenir, par le seul effet de sa volonté, son fils du premier lit, fût-il âgé de moins de seize ans commencés. La loi ne lui laisse plus, dans ce cas, que le droit de réquisition.

382 Même restriction si l'enfant a des biens personnels, ou s'il exerce déjà un état.

381 La mère veuve et non remariée n'a également que le droit de réquisition, et ne peut même l'exercer qu'avec le concours des deux plus proches parens paternels.

383 Dans tous les cas, l'enfant détenu peut réclamer, par un mémoire adressé au commissaire du gouvernement près le tribunal d'appel, la justice du président de ce tribunal contre l'ordre de son arrestation; et ce magistrat peut le rétracter ou le modifier, après en avoir donné avis au père, et recueilli tous les renseignemens propres à éclairer sa religion.

383 Quatre de ces dispositions, clairement désignées dans le projet, sont communes aux pères et mères des enfans naturels légalement reconnus.

384 Après avoir ainsi réglé les droits des parens sur la personne de leurs enfans, le projet passe aux droits qu'il a paru juste et convenable de leur attribuer sur leurs biens.

Le père, durant le mariage, et, après sa dissolution, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation, qui pourrait avoir lieu avant cet âge, sous les charges spécifiées dans le projet.

386 Mais cette jouissance est refusée à celui des père et mère contre lequel le divorce aurait été prononcé, et elle cesse à l'égard de la mère, dans le cas d'un second mariage; dispositions pleines de moralité et de prévoyance.

387 Enfin, l'encouragement dû au travail et à l'industrie, et le respect pour les volontés raisonnables consignées dans un acte de libéralité, exigeaient que cette jouissance ne s'étendît pas aux biens que les enfans pourraient acquérir par un travail et une industrie séparés, ni à ceux qui leur seront don-

nés ou légués, sous la condition expresse que leurs père et mère n'en jouiront pas : et le projet en a fait une dernière disposition formelle.

Tel est, législateurs, le projet de loi que le Tribunat a accueilli par un vote d'adoption, et tels sont les motifs qui ont déterminé ce vote que nous venons, en son nom, mes collègues Vesin, Sahuc et moi, vous proposer de sanctionner par vos suffrages.

Le Corps législatif rendit son décret d'adoption dans la même séance, et la promulgation eut lieu le 13 germinal an XI (3 avril 1803).

Annexe 3 : Rédaction définitive du Conseil d'État du 11 novembre 1802.

RÉDACTION DÉFINITIVE DU CONSEIL D'ÉTAT.

(Procès-verbal de la séance du 20 brumaire an XI. — 11 novembre 1802.)

M. BIGOT-PRÉAMENEU, d'après la conférence tenue avec le Tribunat, présente la rédaction définitive du titre *de la Puissance paternelle*.

Elle est ainsi conçue :

CHAPITRE Ier.

De l'Autorité des pères et mères sur la personne et les biens des enfans.

371 Art. 1er. « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à « ses père et mère. »

372 Art. 2. « Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou « son émancipation. »

373 Art. 3. « Le père seul exerce cette autorité durant le ma- « riage. »

374 Art. 4. « L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans « la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement vo- « lontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus. »

375 Art. 5. « Le père qui aura des sujets de mécontentement « très-graves sur la conduite d'un enfant aura les moyens « de correction suivans : »

376 Art. 6. « Si l'enfant est âgé de moins de seize ans com- « mencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps « qui ne pourra excéder un mois dans une maison de correc- « tion ; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondisse- « ment devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation. »

377 Art. 7. « Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la « majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement re- « quérir la détention de son enfant pendant six mois au plus : « il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en « avoir conféré avec le commissaire du gouvernement, déli- « vrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans

« le premier cas, abréger le temps de la détention requis par « le père. »

Art. 8. « Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écri- 378
« ture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'ar-
« restation, dans lequel les motifs n'en seront point énoncés.

« Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission « de payer tous les frais et de fournir les alimens conve-
« nables. »

Art. 9. « Le père est toujours maître d'abréger la durée 379
« de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa « sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la déten-
« tion pourra être de nouveau ordonnée de la manière pres-
« crite aux articles précédens. »

Art. 10. « Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire 380
« détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait « âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 7. »

Art. 11. « La mère, survivante et non remariée, ne pourra 381
« faire détenir un enfant qu'avec le concours des deux plus « proches parens paternels, et par voie de réquisition, con-
« formément à l'article 7. »

Art. 12. « Lorsque l'enfant aura des biens personnels, ou 382
« lorsqu'il exercera un état, sa détention ne pourra, même « au-dessous de seize ans, avoir lieu que par voie de réqui-
« sition en la forme prescrite par l'article 7.

«L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au commis-
« saire du gouvernement près le tribunal d'appel. Ce com-
« missaire se fera rendre compte par celui près le tribunal de « première instance, et fera son rapport au président du tri-
« bunal d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et « après avoir recueilli tous les renseignemens, pourra révo-
« quer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribu-
« nal de première instance. »

Art. 13. « Les articles 6, 7, 8 et 9 seront communs aux 383
« pères et mères des enfans naturels légalement reconnus. »

Art. 14. « Le père, durant le mariage, et, après la disso- 384

« lution du mariage, le survivant des père et mère auront la « jouissance des biens de leurs enfans jusqu'à l'âge de dix- « huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait « avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. »

385 Art. 15. « Les charges de cette jouissance seront,

« 1°. Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers;

« 2°. La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfans « selon leur fortune;

« 3°. Le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux;

« 4°. Les frais funéraires et ceux de dernière maladie. »

386 Art. 16. « Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de ce- « lui des père et mère contre lequel le divorce aurait été pro- « noncé, et elle cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un « second mariage. »

387 Art. 17. « Elle ne s'étendra pas aux biens que les enfans « pourront acquérir par un travail et une industrie séparés, « ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition « expresse que les père et mère n'en jouiront pas. »

CHAPITRE II (*).

ap. 387 et 1048 *De la Disposition officieuse.*

Art. 18. « Les père et mère pourront, par une disposition « officieuse, dans le cas de dissipation notoire, réduire leurs « enfans au simple usufruit de leur portion héréditaire, au « profit seulement des descendans nés et à naître de ces der- « niers. »

Art. 19. « La disposition officieuse ne peut être faite que « par acte testamentaire.

« La cause doit y être spécialement exprimée: elle doit être « juste, et encore subsistante à l'époque de la mort du père « ou de la mère disposant. »

Art. 20. « Les descendans de l'usufruitier ne pourront, de

(*) Lors de la présentation du projet au Corps législatif, ce chapitre fut retranché du titre *de la Puissance paternelle*, et classé dans celui des donations et testamens.

« son vivant, disposer de la propriété dont ils seront saisis « en vertu de la disposition officieuse. »

Art. 21. « Il sera dressé un inventaire de tous les biens, et « en même temps une estimation à juste prix des meubles et « effets. Ceux dont l'enfant réduit à l'usufruit ne voudra pas « jouir en nature seront vendus. Il sera fait emploi du prix « provenant de ces ventes, de l'argent comptant qui excéde- « rait une année de revenu, des recouvremens de dettes ac- « tives et des remboursemens de capitaux. »

Art. 22. « Les opérations prescrites par l'article précédent « seront faites à la diligence et en présence des descendans s'ils « sont majeurs, ou d'un tuteur, soit qu'il y ait des descendans « mineurs, soit qu'il n'y ait pas de descendans alors existans. »

Art. 23. « L'usufruit laissé à l'enfant pourra être saisi par « les créanciers qui lui auront fourni des alimens depuis sa « jouissance.

« Les autres créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à « l'ouverture de cette jouissance, ne pourront saisir l'usu- « fruit que dans le cas où il excéderait ce qui peut convena- « blement suffire à la subsistance de l'usufruitier. »

Art. 24. « Les dispositions officieuses seront rendues pu- « bliques dans la même forme que les interdictions. »

Les articles 1, 2, 3, 4 et 5 sont adoptés. 371 à 375

L'article 6 est discuté. 376

Le Consul Lebrun pense que c'est donner au père un droit trop étendu, que de lui permettre de faire enfermer son fils de sa seule autorité. La prudence veut qu'on se défie des passions : or les pères n'en sont pas plus exempts que les autres hommes. Peut-être conviendrait-il de ne confier qu'aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la détention. Ils l'exerceraient sur la demande du père, et après avoir entendu le fils. Mais que du moins les enfans ne soient pas envoyés dans une maison de correction ; ce serait les envoyer au crime.

M. Bigot-Préameneu dit que la section ne s'est pas dissi-

mulé que les lieux actuels de détention ne pourraient qu'augmenter la dépravation dans les enfans qui y seraient renfermés ; mais elle a supposé qu'on organiserait enfin de véritables maisons de correction.

LE CONSUL CAMBACÉRÈS propose de supprimer de l'article les mots, *dans une maison de correction*.

L'article est adopté avec cet amendement.

377 à 383 Les articles 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 sont adoptés.

384 L'article 14 est discuté.

M. MALEVILLE dit que la disposition qui fixe à dix-huit ans l'âge où cesse l'usufruit des pères concordait avec celle qui, au même âge, émancipait de plein droit le mineur : or, cette dernière ayant été rejetée, la jouissance des pères doit durer jusqu'à la majorité ou jusqu'à l'émancipation.

M. JOLLIVET dit qu'un autre motif encore avait décidé à limiter ainsi la jouissance des pères : on lui avait assigné pour terme l'âge où la loi permet aux enfans de se marier, dans la crainte que les pères, pour conserver plus long-temps leur jouissance, ne refusassent de consentir au mariage du mineur.

La disposition doit donc subsister.

M. MALEVILLE dit que si, à l'âge de dix-huit ans, les enfans reprennent la jouissance de leurs biens, le père deviendra comptable des fruits perçus depuis cette époque : or, c'est cette comptabilité qu'on a voulu empêcher, en donnant au père les fruits des biens de son fils mineur. On a craint qu'elle n'affaiblît la puissance paternelle qu'il serait si intéressant de conserver : il faudrait compter un peu plus sur la tendresse des pères et mères, que la loi romaine déclare supérieure à toutes les autres affections.

LE CONSUL CAMBACÉRÈS dit qu'il répugne à la raison et à la justice d'obliger un jeune homme de dix-neuf ans à mendier, sur ses propres revenus, la somme même la plus modique, d'un père qui peut la lui refuser pour augmenter ses propres jouissances.

L'article est adopté.

Les autres articles du titre sont adoptés. 385 et suivans

M. Réal fut nommé par le Premier Consul, avec MM. Bigot-Préameneu et Cretet, pour présenter au Corps législatif, dans sa séance du 23 ventose, le projet de loi qui précède, et pour en soutenir la discussion dans sa séance du 3 germinal suivant.

Annexe 4 : Débats parlementaires. Séance du mardi 7 avril 1970 : Autorité parentale

Annexe 5 : Loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

consulter est un document historique qui peut ne plus être en vigueur ou avoir subi des modifications.

LOIS

LOI n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. — Le titre IX du livre Ier du code civil est remplacé par les dispositions suivantes :

TITRE IX

DE L'AUTORITE PARENTALE

CHAPITRE Ier

De l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.

« *Art.* 371. — L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.

« *Art.* 371-1. — Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

« *Art.* 371-2. — L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité.

« Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

« *Art.* 371-3. — L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

« *Art.* 371-4. — Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal.

« En considération de situations exceptionnelles, le tribunal peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non.

Section Ire.

De l'exercice de l'autorité parentale.

« *Art.* 372. — Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité.

« *Art.* 372-1. — Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle.

« A défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, l'époux le plus diligent pourra saisir le juge des tutelles qui statuera après avoir tenté de concilier les parties.

« *Art.* 372-2. — A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des époux est réputé agir avec l'accord de l'autre, quand il fait seul un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant.

« *Art.* 373. — Perd l'exercice de l'autorité parentale ou en est provisoirement privé celui des père et mère qui se trouve dans l'un des cas suivants :

« 1° S'il est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause ;

« 2° S'il a consenti une délégation de ses droits selon les règles établies à la section III du présent chapitre ;

« 3° S'il a été condamné sous l'un des divers chefs de l'abandon de famille, tant qu'il n'a pas recommencé à assumer ses obligations pendant une durée de six mois au moins ;

« 4° Si un jugement de déchéance ou de retrait a été prononcé contre lui, pour ceux de ses droits qui lui ont été retirés.

« *Art.* 373-1. — Si l'un des père et mère décède ou se trouve dans l'un des cas énumérés par l'article précédent, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu en entier à l'autre.

« *Art.* 373-2. — Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.

« Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère. Mais le tribunal, en désignant un tiers comme gardien provisoire, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

« *Art.* 373-3. — Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de la garde par l'effet du jugement prononcé contre lui.

« Néanmoins, le tribunal qui avait statué en dernier lieu sur la garde pourra toujours être saisi par la famille ou par le ministère public, afin de désigner un tiers comme gardien de l'enfant, avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article précédent.

« Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation de corps pourra décider, du vivant même des époux, qu'elle ne passera pas au survivant en cas de décès de l'époux gardien. Il pourra, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la garde sera provisoirement dévolue.

« *Art.* 373-4. — S'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 ci-dessous.

« *Art.* 374. — Sur l'enfant naturel, l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux.

« Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée en entier par la mère. Le tribunal pourra, néanmoins, à la demande de l'un ou de l'autre, ou du ministère public, décider qu'elle sera exercée soit par le père seul, soit par le père et la mère conjointement, auxquels les articles 372 à 372-2 seront alors applicables, comme si l'enfant était un enfant légitime.

« *Art.* 374-1. — Les mêmes règles sont applicables, à défaut de reconnaissance volontaire, quand la filiation est établie par jugement, soit à l'égard des deux parents, soit à l'égard d'un seul d'entre eux.

« Toutefois, en statuant sur l'une ou l'autre filiation, le tribunal peut toujours décider de confier la garde provisoire à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation de la tutelle.

« *Art.* 374-2. — Dans tous les cas prévus au présent titre, la tutelle peut être ouverte lors même qu'il n'y aurait pas de biens à administrer.

« Elle est alors organisée selon les règles prévues au titre X.

Loi n° 70-459 TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 858 ;
Rapport de M. Tisserand, au nom de la commission des lois (n° 1032) ;
Discussion les 7, 8, 9 et 16 avril 1970.
Adoption le 16 avril 1970.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 190 (1969-1970) ;
Rapport de M. Jozeau-Marigné, au nom de la commission des lois, n° 197 (1969-1970) ;
Discussion et adoption le 13 mai 1970.

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 1140 ;
Rapport de M. Tisserand, au nom de la commission des lois (n° 1143) ;
Discussion et adoption le 20 mai 1970.

Section II.

De l'assistance éducative.

« *Art.* 375. — Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, du gardien ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel.

« Elles peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale.

« *Art.* 375-1. — Le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative.

« Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée.

« *Art.* 375-2. — Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement.

« Le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, ou d'exercer une activité professionnelle.

« *Art.* 375-3. — S'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel, le juge peut décider de le confier :

« 1° A celui des père et mère qui n'en avait pas la garde ;

« 2° A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance ;

« 3° A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé ;

« 4° Au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

« Toutefois, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur la garde de l'enfant. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le tribunal de décider, par application de l'article 302, à qui l'enfant devra être confié. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps.

« *Art.* 375-4. — Dans les cas spécifiés aux 1°, 2° et 3° de l'article précédent, le juge peut charger, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert d'apporter aide et conseil au gardien ainsi qu'à la famille et de suivre le développement de l'enfant.

« Dans tous les cas, le juge peut assortir la remise de l'enfant des mêmes modalités que sous l'article 375-2, deuxième alinéa. Il peut aussi décider qu'il lui sera rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant.

« *Art.* 375-5. — A titre provisoire, mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4.

« En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure.

« *Art.* 375-6. — Les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, du gardien ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public.

Art. 375-7. — Les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure. Ils ne peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants, tant que la mesure d'assistance éducative reçoit application.

« S'il a été nécessaire de placer l'enfant hors de chez ses parents, ceux-ci conservent un droit de correspondance et un droit de visite. Le juge en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant l'exige, décider que l'exercice de ces droits, ou de l'un d'eux, sera provisoirement suspendu.

« *Art.* 375-8. — Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie.

Section III.

De la délégation de l'autorité parentale.

« *Art.* 376. — Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.

« *Art.* 376-1. — Un tribunal peut, quand il est appelé à statuer sur la garde ou l'éducation d'un enfant mineur, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement.

« *Art.* 377. — Les père et mère, ensemble ou séparément, ou le tuteur autorisé par le conseil de famille, peuvent, quand ils ont remis l'enfant mineur de dix-huit ans à un particulier digne de confiance, à un établissement agréé à cette fin, ou au service départemental de l'aide sociale à l'enfance, renoncer en tout ou partie à l'exercice de leur autorité.

« En ce cas, délégation, totale ou partielle, de l'autorité parentale résultera du jugement qui sera rendu par le tribunal sur la requête conjointe des délégants et du délégataire.

« La même délégation peut être décidée, à la seule requête du délégataire, lorsque les parents se sont désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an.

« *Art.* 377-1. — La délégation de l'autorité parentale peut aussi avoir lieu quand le mineur de dix-huit ans a été recueilli sans l'intervention des père et mère ou du tuteur. Mais il faut, en ce cas, que le particulier ou l'établissement, après avoir recueilli l'enfant, en ait fait la déclaration à l'autorité administrative du lieu.

« Cette déclaration est faite dans la huitaine. L'autorité administrative, dans le mois qui suit, en donne avis aux père et mère ou au tuteur. La notification qui leur est ainsi faite ouvre un nouveau délai de trois mois à l'expiration duquel, faute par eux de réclamer l'enfant, ils sont présumés renoncer à exercer sur lui leur autorité.

« Le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut alors présenter requête au tribunal aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'autorité parentale. Quel que soit le requérant, le tribunal peut décider, dans l'intérêt de l'enfant, les parents entendus ou appelés, que l'autorité parentale sera déléguée au service de l'aide sociale à l'enfance.

« *Art.* 377-2. — La délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles.

« Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le tribunal met à leur charge, s'ils ne sont indigents, le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien.

« Quand la demande de restitution a été rejetée, elle ne peut être renouvelée qu'un an au plus tôt après que la décision de rejet sera devenue irrévocable.

« *Art.* 377-3. — Le droit de consentir à l'adoption du mineur n'est jamais délégué.

Section IV.

De la déchéance et du retrait partiel de l'autorité parentale.

« *Art.* 378. — Peuvent être déchus de l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal les père et mère qui sont condamnés, soit comme auteurs, coauteurs ou

complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant.

« Cette déchéance est applicable aux ascendants autres que les père et mère pour la part d'autorité parentale qui peut leur revenir sur leurs descendants.

« *Art.* 378-1. — Peuvent être déchus de l'autorité parentale, en dehors de toute condamnation pénale, les père et mère qui, soit par de mauvais traitements, soit par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle, d'inconduite notoire ou de délinquance, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, mettent manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

« Peuvent pareillement en être déchus, quand une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, les père et mère qui, pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7.

« L'action en déchéance est portée devant le tribunal de grande instance, soit par le ministère public, soit par un membre de la famille ou le tuteur de l'enfant.

« *Art.* 379. — La déchéance prononcée en vertu de l'un des deux articles précédents porte de plein droit sur tous les attributs, tant patrimoniaux que personnels, se rattachant à l'autorité parentale ; à défaut d'autre détermination, elle s'étend à tous les enfants mineurs déjà nés au moment du jugement.

« Elle emporte, pour l'enfant, dispense de l'obligation alimentaire, par dérogation aux articles 205 à 207, sauf disposition contraire dans le jugement de déchéance.

« *Art.* 379-1. — Le jugement peut, au lieu de la déchéance totale, se borner à prononcer un retrait partiel de droits, limité aux attributs qu'il spécifie. Il peut aussi décider que la déchéance ou le retrait n'auront d'effet qu'à l'égard de certains des enfants déjà nés.

« *Art.* 380. — En prononçant la déchéance ou le retrait du droit de garde, la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers qui assumera provisoirement la garde de l'enfant à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

« Elle pourra prendre les mêmes mesures lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet de la déchéance prononcée contre l'autre.

« *Art.* 381. — Les père et mère qui ont fait l'objet d'une déchéance ou d'un retrait de droits pour l'une des causes prévues aux articles 378 et 378-1, pourront, par requête, obtenir du tribunal de grande instance, en justifiant de circonstances nouvelles, que leur soient restitués, en tout ou partie, les droits dont ils avaient été privés.

« La demande en restitution ne pourra être formée qu'un an au plus tôt après que le jugement prononçant la déchéance ou le retrait est devenu irrévocable ; en cas de rejet, elle ne pourra être renouvelée qu'après une nouvelle période d'un an. Aucune demande ne sera recevable lorsque, avant le dépôt de la requête, l'enfant aura été placé en vue de l'adoption.

« Si la restitution est accordée, le ministère public requerra, le cas échéant, des mesures d'assistance éducative.

CHAPITRE II

De l'autorité parentale relativement aux biens de l'enfant.

« *Art.* 382. — Les père et mère ont, sous les distinctions qui suivent, l'administration et la jouissance des biens de leur enfant.

« *Art.* 383. — L'administration légale est exercée par le père avec le concours de la mère dans le cas de l'article 389-1 et, dans les autres cas, sous le contrôle du juge, soit par le père, soit par la mère, selon les dispositions du chapitre précédent.

« La jouissance légale appartient à celui des père et mère qui a la charge de l'administration.

« *Art.* 384. — Le droit de jouissance cesse :

« 1° Dès que l'enfant a dix-huit ans accomplis, ou même plus tôt quand il contracte mariage ;

« 2° Par les causes qui mettent fin à l'autorité parentale, ou même plus spécialement par celles qui mettent fin à l'administration légale ;

« 3° Par les causes qui emportent l'extinction de tout usufruit.

« *Art.* 385. — Les charges de cette jouissance sont :

« 1° Celles auxquelles sont tenus en général les usufruitiers ;

« 2° La nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant, selon sa fortune ;

« 3° Les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant, en tant qu'elles auraient dû être acquittées sur les revenus.

« *Art.* 386. — Cette jouissance n'aura pas lieu au profit de l'époux survivant qui aurait omis de faire inventaire, authentique ou sous seing privé, des biens échus au mineur.

« *Art.* 387. — La jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail, ni à ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. »

Art. 2. — Les articles ci-dessous énoncés du code civil sont modifiés comme il suit :

« *Art.* 213. — Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir. »

« *Art.* 215 (alinéas 1er et 2). — Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie.

« La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord ; faute d'accord, au lieu choisi par le mari.

« Toutefois, si la résidence choisie par le mari présente pour la famille des inconvénients graves, la femme peut être autorisée par le tribunal à avoir une résidence distincte. Le tribunal statue, s'il échet, sur la résidence des enfants. »

« *Art.* 389. — Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, le père est administrateur légal. Dans les autres cas, l'administration légale appartient à celui des parents qui exerce l'autorité parentale. »

« *Art.* 1384 (alinéa 4). — Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. »

Art. 3. — Il est inséré dans l'article 775 du code de procédure pénale un paragraphe 9° ainsi conçu :

« 9° Les dispositions prononçant la déchéance de l'autorité parentale. »

Art. 4. — Les articles ci-dessous énoncés du code de la famille et de l'aide sociale sont modifiés comme suit :

« *Art.* 46. — Est dit enfant surveillé :

« 1° L'enfant confié à un particulier ou à un établissement ou recueilli par eux en vertu des articles 377 et 377-1 du code civil ;

« 2° L'enfant en faveur duquel le service exerce une action éducative par application de l'article 2 du décret n° 59-100 du 7 janvier 1959 relatif à la protection sociale de l'enfance en danger ou des articles 375-2 et 375-4 du code civil, quand il en est chargé par le juge ;

« 3° (Sans changement.) »

« *Art.* 49. — Est dit enfant en garde :

« 1° L'enfant dont les parents ont, par l'effet d'une mesure de retrait, perdu une partie des attributs de l'autorité parentale et dont la garde se trouve dévolue au service de l'aide sociale à l'enfance par application de l'article 379-1 du code civil ;

« 2° L'enfant confié au service de l'aide sociale à l'enfance, par application des articles 375-3, 375-5 ou 380 du code civil ;

« 3° (Sans changement.) »

« *Art.* 50 (6°). — L'enfant dont les parents ont été déclarés déchus de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du code civil et dont la tutelle a été confiée au service de l'aide sociale à l'enfance par application de l'article 380, premier alinéa, du même code ; »

Art. 5. — L'article 64 du code de la famille et de l'aide sociale est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art.* 64. — L'enfant réclamé par son père ou sa mère dans un délai de trois mois à compter de l'abandon ou du consentement à l'adoption lui est remis sans formalité ni délai.

« Lorsque le service départemental de l'aide sociale à l'enfance estime que les conditions d'existence de la famille mettent en danger la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant, il peut signaler le cas à l'autorité judiciaire en vue de l'application des articles 375 à 380 du code civil.

« Après le délai de trois mois, la demande de remise est irrecevable si l'enfant est placé en vue de l'adoption ; dans le cas contraire, il peut être remis à ses parents si le tuteur estime, après avis du conseil de famille prévu par l'article 58 du présent code, que la remise est dans l'intérêt de l'enfant. Le tuteur peut, en outre, autoriser des remises d'essai durant lesquelles sa surveillance continue à s'exercer pendant un an au moins ; à l'expiration du délai ainsi fixé, la remise devient définitive. Dans le cas de refus du tuteur, et lorsque l'enfant n'a pas été placé en vue de l'adoption, le réclamant peut saisir le tribunal de grande instance qui statuera.

« Si les parents ont été déchus de leur autorité, l'enfant ne peut leur être remis qu'après qu'ils ont obtenu la restitution de leurs droits selon l'article 381 du code civil.

« En cas de remise de l'enfant, les parents doivent rembourser, en une seule fois ou par versements mensuels échelonnés sur une ou plusieurs années, la dépense faite pour l'entretien de leur enfant, à moins que, sur avis conforme du conseil de famille, le préfet ne les exonère en tout ou partie. »

Art. 6. — Dans tous les textes où il est fait mention de la puissance paternelle, cette mention sera remplacée par celle de l'autorité parentale.

Art. 7. — Les dispositions de la présente loi sont applicables dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, lorsqu'elles ne se rapportent pas à des matières actuellement soumises à des dispositions particulières.

Art. 8. — Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte aux règles relatives à l'engagement dans les armées.

Art. 9. — La présente loi entrera en vigueur le 1er janvier 1971.

Art. 10. — A partir de cette date, les dispositions de la loi nouvelle régiront immédiatement les droits et les devoirs des père et mère, relativement tant à la personne qu'au patrimoine de leurs enfants mineurs, quel que soit l'âge de ceux-ci, mais sous les exceptions qui suivent.

Art. 11. — Sur l'enfant naturel né avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, l'autorité parentale demeurera à celui de ses père et mère qui était investi de la puissance paternelle selon l'ancien article 383 du code civil, si du moins il avait commencé à en exercer les droits et les devoirs.

L'autre parent pourra toutefois demander que l'autorité parentale lui soit transférée par application des nouveaux articles 374 et 374-1 du code civil.

Art. 12. — Les droits de jouissance légale ouverts sous l'empire de la loi ancienne ne cesseront point par l'effet de la loi nouvelle.

Art. 13. — La responsabilité du père et de la mère, telle qu'elle est prévue à l'article 1384 (alinéa 4 nouveau) du code civil ne sera applicable qu'aux faits dommageables postérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 14. — Les déchéances de la puissance paternelle résultant de jugements passés en force de chose jugée, sous l'empire de la loi ancienne, conserveront leurs effets sous l'empire de la loi nouvelle.

Toutefois, lorsqu'elles ont été encourues obligatoirement à la suite de condamnations pénales, par application de l'article 1er de la loi du 24 juillet 1889, les père et mère pourront former une demande en restitution de leurs droits, conformément au nouvel article 381 du code civil, sans être tenus d'attendre l'expiration du délai prévu par le second alinéa dudit article.

Art. 15. — Les juges pourront, dans les instances pendantes au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi et même en cause d'appel, provoquer l'ouverture d'une tutelle, selon le pouvoir qui leur est conféré par les nouveaux articles 373-2, 373-3 et 374-1 du code civil.

Art. 16. — Les dispositions des articles 1er, 2, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 et 15 de la présente loi sont applicables aux territoires d'outre-mer.

Art. 17. — Les articles 2 et 3 de la loi du 30 décembre 1921, relative au rapprochement des fonctionnaires, sont modifiés comme suit :

« *Art.* 2. — Lorsque deux fonctionnaires, appartenant à une même administration mais résidant dans des départements différents, sont unis par le mariage, il appartient à leurs chefs de choisir le département où ils seront rapprochés, conformément à l'article 1er de la présente loi, en tenant compte des nécessités du service, de leur situation de famille, de l'état de leur santé attesté par des certificats médicaux et de la préférence qu'ils auront conjointement exprimée.

« *Art.* 3. — Lorsque deux fonctionnaires, appartenant à des administrations différentes et résidant dans des départements différents, sont unis par le mariage, il appartient aux administrations dont ils relèvent respectivement de leur offrir, selon la préférence qu'ils auront conjointement exprimée, soit dans le département où exerce le mari, soit dans celui où exerce l'épouse, l'un des postes réservés en vertu de l'article 1er de la présente loi.

« Il en est de même lorsque l'un des époux n'est pas fonctionnaire mais exerce depuis plus d'un an une activité professionnelle dans un département autre que celui où exerce son conjoint. »

Art. 18. — Toutes les dispositions contraires à celles de la présente loi sont abrogées.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 4 juin 1970.

GEORGES POMPIDOU.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
JACQUES CHABAN-DELMAS.

Le garde des sceaux, ministre de la justice,
RENÉ PLEVEN.

Le ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des départements et territoires d'outre-mer,
HENRY REY.

Le ministre de la santé publique et de la sécurité sociale,
ROBERT BOULIN.

DÉCRETS, ARRÊTÉS ET CIRCULAIRES

PREMIER MINISTRE

Décret portant nomination d'un conseiller technique au secrétariat général de la défense nationale.

Par décret du Président de la République en date du 3 juin 1970, M. Suel (Jacques-Maurice-Alphonse-Louis), conseiller des affaires étrangères de 1re classe, est nommé conseiller technique au secrétariat général de la défense nationale, avec effet du 1er mai 1970.

Administrateurs civils.

Par arrêté du Premier ministre en date du 2 juin 1970, M. Jean-Pierre Renaud, administrateur civil de 1re classe en service détaché, rattaché pour sa gestion au ministère de l'intérieur, est réintégré dans le corps des administrateurs civils.

M. Jean-Pierre Renaud, administrateur civil de 1re classe, est affecté au ministère de l'intérieur.

Par arrêté du Premier ministre en date du 2 juin 1970, M. Jean-Pierre Richer, administrateur civil de 2e classe en service détaché, rattaché pour sa gestion au ministère de l'intérieur, est réintégré dans le corps des administrateurs civils.

M. Jean-Pierre Richer, administrateur civil de 2e classe, est affecté au ministère de l'intérieur.

Table des matières

Remerciements **6**
Liste des principales abréviations **8**
Sommaire **10**

Introduction **12**

Partie I. La nature de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil **36**

Titre I. Une puissance paternelle commune au père et à la mère **38**

Chapitre I. L'influence des législations antérieures sur la puissance paternelle dans le Code civil **40**

Section 1. L'influence législative de l'Ancien régime et du droit révolutionnaire sur la puissance paternelle de la mère dans le Code civil. 42
§1. La puissance paternelle de la mère sous l'Ancien régime 43
A. La puissance paternelle de la mère en pays de droit écrit 44
B. La puissance paternelle dans les pays de droit coutumier 48
§2. La puissance paternelle de la mère sous la Révolution française 56
A. L'impact des idées révolutionnaires sur la structure familiale 57
B. La mise en œuvre de la puissance paternelle sous la Révolution 59
Section 2. La détermination de solutions transactionnelles opérée par le Code civil 63
§1. Les discussions autour de la notion de puissance paternelle dans le Code civil 64
A. L'esprit du Code civil à l'égard des législations antérieures 65
B. La composition entre les divers usages de l'ancien droit civil de la France 67
§2. Le choix des mots en matière de puissance paternelle 68
A. Des débats contradictoires 69
B. L'adoption des termes définitifs 73

Conclusion du chapitre I **75**

Chapitre II. Le caractère commun de l'autorité dans la famille de 1804 à 1970 ..... **76**

Section 1. Le caractère commun de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil 79
§1. La reconnaissance formelle de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil 80
A. Les caractères nouveaux de la puissance paternelle dans le Code civil 81
B. Les principes régissant les attributs de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil 84
§2. Une dérogation apportée aux droits de la mère en vertu de l'article 373 89

A. L'exclusion de la mère en matière de droit de garde, d'éducation et de droit de correction 91
B. Les répercussions de l'article 373 à l'égard de la responsabilité de la mère sur ses enfants 98
C. L'exclusion de la mère quant à l'administration légale et à l'usufruit des biens de ses enfants 101
Section 2. La substitution de l'autorité parentale à l'ancienne notion de puissance paternelle de la mère 105
§1. Les débats animés autour de l'élaboration de la loi du 4 juin 1970 ... 106
A. La phase scientifique de l'élaboration de la loi 109
B. La phase gouvernementale de la loi 110
§2. Les apports de la loi du 4 juin 1970 114
A. Les lendemains législatifs de mai 1968 favorables aux droits de la mère 117
B. Les retouches apportées aux articles du Code civil en matière d'autorité parentale 121
C. La responsabilité de la mère du fait de ses enfants 127
§3. L'évolution de la condition de la mère et du statut de la femme dans les systèmes juridiques étrangers 132
A. Les législations étrangères et la puissance paternelle 134
B. Les droits de la mère dans les différents systèmes juridiques 135
Conclusion chapitre II 148
Titre II : Une puissance paternelle subordonnée 150
Chapitre I. La prédominance du père de famille dans le Code civil. 153
Section 1. Les justifications politiques et sociales de la prédominance de l'autorité du père de famille de Napoléon à Pompidou 156
§1. L'esprit conservateur du Code civil 159
A. La famille restaurée a l'image de l'État 160
B. La nécessité de maintenir une direction unique afin de prévenir les conflits 164
§2. La défense des libéraux et les intentions de la IIe République 167
A. Le recul de la magistrature paternelle 167
B. Le renforcement de l'autorité domestique sous le Second Empire 169
Section 2. Du paternalisme juridique à une démocratie familiale 171
§1 : Le paternalisme juridique de 1870 à 1890 172
A. L'évolution des courants de pensée 172
B. Le maintien de la position autoritaire du père de famille 173
§2. L'impact de l'évolution politique et sociale sur le domaine familial .. 175
A. Le changement de climat politique 176
B. L'avènement d'une famille démocratisée 177
§3. L'impact de l'industrie et des guerres sur la famille 183
A. Les conséquences de l'essor de l'industrialisation sur les familles .. 183
B. La décomposition de la cellule familiale au XXe siècle 188
Conclusion du chapitre I 191

Chapitre II. Vers l'indépendance de l'épouse et de la mère..... 192
Section 1. Le courant féministe favorable à l'émancipation de la femme 195
§1. Le féminisme et la famille au XIXe siècle.....196
A. L'émergence du mouvement féministe.....197
B. L'impact des revendications féministes sur la famille 202
§2. Le féminisme et la famille au XXe siècle.....203
A. La belle époque du féminisme.....204
B. Le féminisme, l'histoire d'un mouvement social 205
Section 2. La recherche progressive de l'égalité des époux.....209
§1. L'autorité maritale et la loi du 18 février 1938 210
A. L'élaboration de la loi du 18 février 1938 212
B. La portée de la réforme du 18 février 1938 214
§2. Les retouches apportées à l'article 373 par la loi du 23 juillet 1942...220
A. L'affirmation de la collaboration des époux.....221
B. La place de la mère redéfinie en cas de carence du père 222
§3. La promotion juridique du statut de mère à travers la loi du 22 septembre 1942 relative aux effets du mariage, aux droits et devoirs des époux 223
A. L'origine et la portée de la loi nouvelle 225
B. Le concours de la mère dans la direction de la famille 226
C. Le maintien du mari chef de la famille et de la prédominance maritale 229
Conclusion du Chapitre II 231
Conclusion Partie I 233

Partie II. L'exercice de la puissance paternelle de la mère dans le Code civil..... 235
Titre I. L'exercice commun de la puissance paternelle..... 237
Chapitre I. Une puissance paternelle concurrente en matière de consentement..... 239
Section 1. Le pouvoir de la mère et la question du consentement au mariage.....241
§1. Le consentement de la mère au mariage de ses enfants mineurs.....243
A. Les discussions autour de la nécessité du consentement de la mère au mariage de ses enfants mineurs dans le Code civil de 1804.....244
B. L'évolution de la place du consentement de la mère au mariage de ses enfants.....247
C. Le consentement de la mère au mariage de ses enfants majeurs.....250
§2. Le droit d'opposition de la mère au mariage de ses enfants.....255
A. L'évolution du droit d'opposition de la mère 255
B. Le droit d'opposition au mariage des enfants majeurs 259
Section 2. Le consentement de la mère a l'adoption.....261

§1 : Le consentement de la mère a l'adoption et à la tutelle officieuse de ses enfants 262
A. L'organisation de l'adoption en 1804 262
B. La voix délibérative de la mère en matière d'adoption de 1804 à 1923 264
§2. La reconnaissance de l'adoption des enfants mineurs à travers la loi du 19 juin 1923 266
A. La mise en place de l'adoption des mineurs en 1923 267
B. Les modifications apportées par la loi du 19 juin 1923 268
C. La nullité absolue de l'adoption en cas d'absence du consentement de la mère 269
Section 3. Le consentement de la mère pour le recrutement dans l'armée, l'admission dans les ordres et l'émancipation 271
A. Les donations faites à un enfant mineur 271
B. Le recrutement dans l'armée et l'admission dans les ordres 272
C. L'émancipation des enfants mineurs 272
Conclusion du chapitre I 276
Chapitre II. La contribution de la mère aux charges du ménage et à l'éducation des enfants 278
Section 1. L'évolution des pouvoirs ménagers de la mère 281
§1. Les fondements juridiques des pouvoirs ménagers de la femme mariée en 1804 282
A. Les pouvoirs ménagers de la mère de famille dans le Code civil de 1804 283
B. L'influence jurisprudentielle dans la gestion des pouvoirs ménagers de la mère de famille 284
§2. Les retouches apportées au Code civil 288
A. Les origines de la loi du 13 juillet 1907 289
B. Les dispositions de la loi du 13 juillet 1907 relatives au libre salaire de la femme mariée et a sa contribution aux charges du ménage 291
§3. Les pouvoirs ménagers de la femme mariée depuis la loi du 22 septembre 1942 295
A. La direction matérielle de la famille octroyée à la mère aux cotes du père 296
B. Les limites du pouvoir de représentation de la femme mariée 297
Section 2. Les pouvoirs ménagers de la mère de famille depuis la loi du 13 juillet 1965 299
§1 : Les principales innovations de la loi du 13 juillet 1965 301
A. Les nouveaux principes de la contribution aux charges du ménage 302
B. La réalisation de l'obligation de contribution 306
§2. La consécration de l'obligation solidaire des conjoints au paiement des dettes domestiques 309
A. Le pouvoir des époux avec engagement solidaire de l'autre 310

B. Les dépenses donnant lieu à la solidarité 312
Conclusion du chapitre II..... 315
Titre II : La puissance paternelle directe de la mère..... 317
Chapitre I. Le cas où la mère devient à son tour chef de famille..... 318
Section 1. L'exercice direct de la puissance paternelle de la mère lors de l'absence du père.....319
§1 : Les droits de la mère durant la période de présomption d'absence du père.....321
A. L'exercice de la puissance paternelle de la mère sur la personne de l'enfant.....322
B. L'exercice de la puissance paternelle de la mère sur les biens de l'enfant.....329
§2 : Les droits octroyés à la mère après la déclaration d'absence.....332
A : Les débats autour de la nécessité d'ouvrir une tutelle en cas d'absence déclarée.....333
B : L'exercice de la puissance paternelle de la mère sur la personne et sur les biens de l'enfant en cas d'absence déclarée.....336
C. Les propositions de réforme du Code civil en matière d'absence ..339
§3. Une législation analogue à la présomption d'absence : l'interdiction du père.....343
A. L'exercice de la puissance paternelle de la mère en cas d'interdiction judiciaire du père.....344
B. L'exercice de la puissance paternelle de la mère en cas d'interdiction légale du père.....346
Section 2. Le transfert de la puissance paternelle à la mère sur les enfants d'un mobilisé 348
§1. La mise en place d'une loi sur l'exercice de la puissance paternelle de la mère en temps de guerre.....350
A. L'insuffisance des règles de droit commun relatives à la situation de la mère de famille en temps de guerre.....350
B. L'élaboration de la loi du 3 juillet 1915 fondée sur l'influence des régimes de guerre antérieurs.....352
§2 : L'application de la loi du 3 juillet 1915 355
A. Les conditions d'applications de la loi du 3 juillet 1915.....355
B. L'exercice par la mère des attributs de la puissance paternelle relatifs à la personne des enfants du mobilisé.....360
C. L'exercice par la mère des attributs de la puissance paternelle relatifs aux biens des enfants.....364
§3. L'évolution de la législation familiale en temps de guerre.....366
A. L'application des lois sur les disparus de guerre de 1915 à 1919 366
B. L'influence des lois du 18 février 1938, du 23 juillet et 22 septembre 1942 sur la législation familiale en cas de mobilisation de guerre 372
Section 3. L'exercice de la puissance paternelle de la mère en cas de déchéance de la puissance paternelle du père.....376

§1. L'institution de la déchéance de la puissance paternelle.....378
A. L'élaboration de la loi du 24 juillet 1889.....378
B. La dévolution de la puissance paternelle à la mère après la déchéance de la puissance paternelle du père.....383
§2. L'impact des changements législatifs advenus entre 1889 et 1970 387
A. La loi du 15 novembre 1921 sur la déchéance totale ou partielle ...388
B. Les transformations législatives opérées entre 1938 et 1970 390
Conclusion du chapitre I 393
Chapitre II. Le transfert de la puissance paternelle à la mère après la dissolution du mariage 395
Section 1. L'exercice de la puissance paternelle de la mère de famille après le divorce ou la séparation de corps.....397
§1. Les modifications apportées par le divorce à l'exercice de la puissance paternelle de la mère.....398
A. Les effets du divorce sur la puissance paternelle.....402
B. L'exercice de la puissance paternelle après le divorce.....406
§2. La puissance paternelle de la mère en situation de séparation de corps 411
A. La séparation de corps dans le Code civil.....412
B. Des effets identiques au divorce.....414
§3. L'évolution de l'exercice de la puissance paternelle octroyé à la mère après une séparation de corps ou un divorce 418
A. La hausse de la fréquence des divorces et séparations de corps 419
B. La possible dévolution judiciaire de l'autorité parentale à la mère prévue par la loi du 4 juin 1970 422
Section 2. La condition de la veuve face à l'exercice de la puissance paternelle 427
§1. Les droits de la mère survivante sur la personne des enfants.....428
A. La direction exclusive des enfants octroyée à la veuve.....429
B. Les spécificités du droit de correction.....430
C. L'émancipation de l'enfant et la possibilité de nommer un tuteur testamentaire.....433
§2. Les droits de la mère survivante sur les biens de l'enfant 439
A. La jouissance légale de la mère sur les biens de son enfant.....439
B. Les modes d'extinction de l'usufruit légal.....442
Section 3. Les innovations de la loi du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle 443
§1. L'affranchissement du droit tutélaire après le décès du père.....444
A. L'élargissement du champ d'application de l'administration légale 444
B. L'influence de l'évolution sociale 445
§2. Les nouveaux fondements de l'administration légale 447
A. La création du juge des tutelles 448
B. La mère administratrice légale de plein droit.....449
Conclusion du chapitre II..... 451

Conclusion partie II 452

Conclusion générale 454

Sources et bibliographie 462

I. Sources imprimées 462

A. Périodiques 462

1. Généraux 462

2. Juridiques 463

B. Instruments de travail : recueils bibliographiques, annuaires et répertoires 464

II. Bibliographie 465

A. Ouvrages 465

B. Ouvrages collectifs 478

C. Thèses et mémoires 479

D. Traités, répertoires, cours 485

E. Articles 487

F. Interventions : colloques, conférences, congrès 495

Index thématique 497

Index des noms 500

Table des annexes 501