

§ II. *Étendue de l'incapacité.*

N° I. DES ACTES EXTRAJUDICIAIRES.

I. *Règle générale.*

97. L'article 217 porte : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre onéreux ou gratuit... » Cette énumération est-elle restrictive? C'est demander si l'incapacité de la femme mariée est générale, ou si elle ne se rapporte qu'à certains actes déterminés par la loi. Il est de principe que la femme est incapable de faire un acte juridique sans autorisation du mari. Les motifs qui ont fait établir l'incapacité sont généraux; la soumission que la femme doit à son mari exige qu'elle obtienne son consentement pour tout acte, et l'intérêt de la famille exige également que le mari prenne connaissance de tous les actes que la femme se propose de faire. Ce principe résulte d'ailleurs de l'ensemble des dispositions du code.

L'article 217 dit : « La femme, même non commune ou séparée de biens. » Ainsi l'incapacité existe sous tous les régimes. Nous venons de dire que c'est une conséquence du principe sur lequel l'incapacité est fondée. Le code déroge, à cet égard, à l'ancien droit. Dans les pays de droit écrit, la femme mariée sous le régime dotal avait la libre disposition de ses biens paraphernaux. C'était une conséquence évidente. Plus logique, le législateur moderne maintient l'incapacité sous tous les régimes; sauf à se relâcher de sa rigueur, quand la femme a l'administration de ses biens en vertu du contrat de mariage; dans ce cas, elle peut faire les actes qui concernent cette administration sans autorisation maritale, mais elle reste incapable pour tout acte étranger à l'administration.

L'incapacité s'applique à toute espèce d'actes, sans distinguer s'ils sont à titre gratuit ou à titre onéreux. De sorte que la femme a besoin de l'autorisation maritale, même pour accepter une donation qui lui est faite. Il en

était déjà ainsi dans l'ancien droit, en vertu de l'ordonnance de 1731; c'était une des rares dispositions applicables aux provinces de droit écrit comme aux pays de droit coutumier; ce qui prouve que l'incapacité était fondée sur un motif d'ordre public. Il est vrai que, quand la femme acquiert à titre gratuit, elle ne contracte aucune obligation, mais les bonnes mœurs exigent que le mari intervienne pour autoriser l'acceptation.

L'article 217 ne dit pas, comme le faisaient les coutumes, que la femme ne peut aucunement contracter. Toutefois il est certain que la femme mariée est incapable de s'obliger. Cela résulte des textes mêmes du code. L'article 220 porte que la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. Cette exception suppose que l'incapacité de s'obliger forme la règle. Les articles 221, 222 et 224 exigent que la femme obtienne l'autorisation de justice pour *contracter*, quand le mari est dans l'impossibilité légale de donner son consentement; *contracter*, c'est s'obliger par convention; donc la femme ne peut s'obliger sans autorisation de justice, ce qui implique de nouveau que son incapacité est générale. Enfin l'article 1121 met les femmes mariées sur la même ligne que les mineurs et les interdits. La loi ajoute, à la vérité, que la femme est incapable de contracter dans les cas prévus par la loi; mais, nous en avons déjà fait la remarque, ces termes ne sont pas restrictifs.

Les textes confirment donc le principe élémentaire qui déclare les femmes mariées incapables de faire un acte juridique quelconque. Mais l'incapacité reçoit des exceptions : c'est sans doute pour cette raison que le législateur n'a pas voulu la formuler d'une manière trop absolue.

II. *Exceptions.*

98. La doctrine admet comme principe que les incapables peuvent faire les actes conservatoires, sans autorisation ni assistance aucune. Ce principe découle de la nature

même des actes conservatoires : ils tendent à conserver les droits, ils profitent donc nécessairement à ceux qui les font, dès lors il n'y a pas de raison de les défendre aux incapables. Pour la femme, il y a cependant un motif de douter. Son incapacité tient, non à l'âge, comme chez le mineur, ni aux facultés intellectuelles, comme chez l'interdit, mais à la puissance maritale ; or, en théorie, on peut dire que la puissance maritale ne comporte pas d'exception, la femme doit obéissance à son mari dans les petites choses comme dans les grandes. Si l'on suivait ce principe à la rigueur, il faudrait toujours exiger l'autorisation maritale, même pour les actes conservatoires. Mais la loi elle-même y déroge. Ainsi elle permet à la femme de requérir l'inscription de son hypothèque légale (1). C'est l'application du principe qui permet aux incapables de faire les actes conservatoires. Il faut appliquer le même principe à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ou testamentaire. Le code civil le dit formellement de la transcription des donations faites à la femme ; la femme y peut procéder sans autorisation (art. 940). Notre loi hypothécaire généralise le principe de la transcription (art. 1^{er}) ; c'est en tout cas un acte conservatoire, donc la femme peut toujours la requérir. Interrompre une prescription, faire un protêt sont des actes conservatoires : la femme peut donc y procéder sans autorisation.

99. Il y a, en second lieu, des actes que la loi permet à la femme de faire, en la dispensant expressément ou tacitement de l'autorisation maritale. Tel est le testament. Dans notre ancien droit, il y avait des coutumes qui déclaraient la femme incapable de tester. C'était exagérer le principe de l'incapacité : le testament n'ayant d'effet qu'à la mort de la femme, il n'y a point lieu d'y faire intervenir l'autorité du mari, puisque, à la mort, il n'y a plus de puissance maritale. Il est d'ailleurs de l'essence du testament qu'il soit la libre expression de la volonté du testateur, aucune volonté étrangère n'y peut intervenir sans le vicier. Le code Napoléon a rendu à la femme un droit dont les

(1) Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, article 64.

coutumes avaient eu tort de la dépouiller (art. 226).

Les donations faites entre époux pendant le mariage participent de la nature des testaments, en ce sens qu'elles sont toujours révocables. Est-ce à dire que la femme puisse les faire sans autorisation ? Non, car la donation, quoique révocable, est un contrat par lequel la femme aliène à titre gratuit, or la femme ne peut pas donner (art. 217). Mais le code lui permet de révoquer la donation, sans y être autorisée par le mari ni par justice (art. 1096). Cette exception résulte de la nature même de ces donations ; si la loi les déclare révocables, c'est parce qu'elle craint qu'elles ne soient point l'expression de la volonté libre du donateur ; dès lors elle devait permettre à la femme de manifester sa vraie volonté en révoquant sans autorisation les libéralités qu'elle n'a faites que sous l'empire d'une contrainte morale.

La loi permet à la mère d'accepter une donation faite à son enfant mineur (art. 935) ; par cela même, elle le peut sans autorisation ; si la loi avait entendu exiger l'autorisation, il eût été inutile de dire que les *père et mère* peuvent accepter pour le mineur. Il y a cependant ceci de singulier, c'est qu'un incapable est appelé à couvrir l'incapacité d'un autre incapable. La raison de cette anomalie apparente est que l'incapacité de la femme mariée n'est pas absolue ; elle n'est établie qu'à raison de la puissance maritale et des intérêts de la famille ; or, quand il s'agit d'accepter une donation au nom de l'enfant mineur, ces motifs n'ont plus de valeur.

L'article 337 permet à l'époux de faire pendant le mariage la reconnaissance d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son conjoint. On demande si la femme peut le faire sans autorisation ? L'affirmative est généralement enseignée. Nous reviendrons sur ce point au titre de la Paternité.

100. La femme mariée est incapable, en ce sens qu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation. De là suit qu'elle ne peut être obligée par son fait. Mais il y a des cas où nous sommes obligés sans notre fait : la femme, dit Pothier, est capable de ces obligations, comme

toute autre personne, sans autorisation aucune. Le principe est certain, mais l'application présente des difficultés.

Aux termes de l'article 1370, il y a des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi : tels sont, dit le code, ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. On demande si la femme est valablement engagée quand elle gère une tutelle, sans qu'elle l'ait acceptée avec autorisation du mari. Duranton dit que la femme n'est obligée, comme tutrice, que si elle a accepté la tutelle avec autorisation. Zachariæ critique cette décision ; il prétend que les obligations naissant de la tutelle découlent de la loi seule, indépendamment de toute acceptation. Cela est vrai, en général, mais cela n'est pas vrai de la femme ; la mère tutrice peut refuser la tutelle, donc si elle ne la refuse pas, elle l'accepte par cela même ; partant, les obligations qu'elle contracte procèdent d'un fait volontaire. Il y a donc lieu d'appliquer la règle générale et non l'exception (1), bien entendu si la veuve se remarie. En serait-il de même, si une ascendante était nommée tutrice ? La question présente d'autres difficultés. Nous y reviendrons au titre de *la Tutelle*.

Par application du même principe, la femme est tenue de ses délits et de ses quasi-délits. Cela ne fait aucun doute. La loi le dit du mineur (art. 1310) ; à plus forte raison en est-il de même de la femme.

101. Pothier applique aussi l'exception aux quasi-contrats, en ce sens que les engagements qui en naissent, sans concours de consentement, existent à l'égard de la femme, quoique non autorisée. Telle est la gestion d'affaire. Si c'est l'affaire de la femme qui est gérée, elle sera obligée, comme toute autre personne, par le fait du gérant. Mais peut-elle aussi gérer l'affaire d'autrui sans autorisation ? Non, car ici il s'agit d'un fait personnel à la femme, et elle ne peut être obligée par son fait sans être autorisée (2). Il n'y a aucun doute quant aux obligations qu'elle contracterait envers des tiers comme gérant ; elles seraient évidem-

(1) Duranton, t. II, p. 449, n° 500. Zachariæ, t. III, p. 327, note 18, § 472.

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 50.

ment nulles. Mais la femme ne serait-elle pas tenue au moins envers le maître du dommage qu'elle lui cause par sa mauvaise gestion ? Ici il y a un doute. La femme n'est pas obligée comme gérant, cela est certain, car elle ne peut être gérant sans autorisation. Mais ne sera-t-elle pas tenue en vertu d'un quasi-délit ? La difficulté est de savoir si l'on peut lui appliquer l'article 1382, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1). Il y a un motif de douter ; le fait de gérer l'affaire d'autrui est prévu par l'article 1372, au chapitre des quasi-contrats ; or, un seul et même fait peut-il être tout ensemble un quasi-contrat et un quasi-délit ? Dès lors, ne faut-il pas dire qu'il y a lieu à appliquer les principes qui régissent les quasi-contrats, et non ceux qui régissent les quasi-délits ? Non, car en réalité il n'y a pas de gestion d'affaires, puisque la femme ne peut être gérant. Il reste donc un fait volontaire de la femme qui cause un dommage, c'est-à-dire un quasi-délit.

La femme reçoit un paiement indû. Est-elle obligée de restituer ce qui lui a été payé ? Pothier pose comme règle que la femme est tenue des obligations que l'équité seule produit ; il cite comme exemple le cas d'un prêt fait à la femme ; elle doit restituer ce qu'elle a reçu en tant qu'elle s'en est enrichie, non en vertu du prêt, mais en vertu de cette maxime d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'un autre (2). Il faut appliquer le même principe au paiement indû ; la femme à qui il a été fait sera tenue en tant qu'elle s'est enrichie. On demande si elle serait tenue de restituer tout ce qu'elle a reçu dans le cas où, étant séparée de biens, elle est capable de recevoir un paiement (3). La question est mal posée. Il est de principe que celui qui reçoit un paiement indû, fût-il capable, n'est tenu qu'en tant qu'il s'est enrichi, s'il est de bonne foi. Donc quand la femme séparée de biens reçoit de bonne foi ce qui ne lui

(1) Demolombe, t. IV, p. 217, n° 181. Mourlon, *Répétitions*, t. I^{er}, p. 393, note.

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 51.

(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 218, n° 182.

est pas dû, elle ne doit restituer que ce dont elle s'est enrichie. Mais que faut-il décider si elle était de mauvaise foi? Doit-on lui appliquer le principe de droit commun, d'après lequel celui qui reçoit de mauvaise foi ce qui ne lui est pas dû, est tenu de réparer tout le préjudice qu'il cause? Il y a dol dans ce cas, et par conséquent délit civil plutôt que quasi-contrat. Or, la femme est tenue de ses délits et de ses quasi-délits.

N° 2. DES ACTES JUDICIAIRES.

I. Règle générale.

102. L'article 215 porte que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari; ce qui veut dire qu'elle ne peut plaider ni comme demanderesse, ni comme défenderesse, sans y être autorisée. Cette incapacité est plus absolue que celle dont nous venons de parler. La femme séparée de biens peut faire les actes relatifs à son administration sans autorisation maritale; mais si à l'occasion de ces actes il s'élève un procès, elle ne peut pas ester en jugement. Pourquoi, étant capable d'administrer, est-elle incapable de soutenir les procès concernant son administration? En permettant à la femme d'administrer ses biens, le législateur devait, par cela même, lui permettre de faire les actes d'administration sans autorisation maritale, parce que ces actes sont de tous les jours et de tous les instants. La même nécessité n'existait pas pour les procès, qui heureusement sont une chose rare dans la vie. De plus, les procès sont des actes dangereux qui peuvent compromettre la fortune de la femme à raison des frais qu'ils entraînent, tandis que les actes d'administration lui sont toujours plus ou moins profitables. Voilà pourquoi la défense de plaider est absolue (1).

L'article 215 ajoute : « quand même elle serait marchande publique. » Quand la femme est marchande pu-

(1) Arrêt de cassation du 13 novembre 1844 (Daloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 33).

blique, elle peut s'obliger et même hypothéquer et aliéner ses immeubles pour les besoins de son commerce. Sa capacité est donc plus grande que celle de la femme séparée de biens. Néanmoins, la loi la déclare incapable d'ester en jugement pour les procès concernant son commerce. Les raisons sont celles que nous venons d'exposer pour la femme séparée de biens. L'incapacité est identique, aussi absolue dans un cas que dans l'autre. Il est donc étonnant qu'une cour ait décidé le contraire. On a jugé que la femme autorisée par son mari à faire toutes opérations de commerce, et relativement à ces opérations, tous actes permis par la loi à la femme commerçante, peut, en vertu de cette autorisation, poursuivre une instance commerciale (1). C'est violer la loi dans son texte et dans son esprit. Quand la loi exige que la femme marchande soit autorisée pour ester en justice, elle veut une autorisation spéciale pour chaque instance commerciale; dès lors toute autorisation générale, et ne parlant pas même de procès, est inopérante.

L'expression *ester en jugement* est générale; elle s'applique au cas où la femme est défenderesse. En effet, la raison est la même; il peut être de son intérêt de ne pas se défendre. On admet même que la femme a besoin d'être autorisée pour se présenter devant le bureau de conciliation (2). Que la femme doive être autorisée, cela est certain; mais doit-elle l'être en vertu de la disposition qui lui défend d'ester en jugement? Non, car le préliminaire de la conciliation n'est pas une instance judiciaire: c'est, comme l'indique le mot, une tentative de concilier ceux qui vont engager un procès; donc il n'y a pas encore procès, et l'on ne peut pas dire que la femme este en jugement quand elle comparait devant le juge de paix. Mais par cela même que le préliminaire de la conciliation peut aboutir à une transaction, la femme doit être autorisée; sinon, sa comparution devant le juge de paix n'aurait aucun but.

(1) Arrêt de la cour d'Aix du 9 janvier 1866 (Daloz, *Recueil périodique*, 1867, 5, 35).

(2) Voyez les auteurs cités par Daloz, au mot *Mariage*, n° 780.

103. Quand l'autorisation d'ester en jugement doit-elle être accordée à la femme? Il est de jurisprudence qu'elle ne doit pas être donnée avant le commencement de l'instance, qu'il suffit que la femme l'obtienne avant le jugement définitif. Ainsi, il a été jugé que l'autorisation peut être donnée par le mari à sa femme séparée de biens, pour la première fois à l'audience, et que, dans ce cas, elle valide toute la procédure antérieure (1). La cour de cassation est allée plus loin; elle a décidé que l'autorisation à l'effet d'appeler d'un jugement couvre la nullité du défaut d'autorisation pour procéder devant le premier juge (2). Par application de ce principe, il a été jugé que l'appel interjeté par une femme n'est pas nul, bien qu'elle l'ait fait sans autorisation de son mari, qu'il suffit que cette autorisation lui ait été donnée postérieurement (3). D'après la rigueur des principes, l'instance engagée par la femme non autorisée est nulle, de même que l'acte extrajudiciaire fait par elle sans autorisation est frappé de nullité. C'est au moment où un incapable agit qu'il doit être autorisé, sous peine de nullité de tout ce qu'il fait. Mais la nullité peut être couverte, comme le dit la cour de cassation; l'autorisation donnée après l'introduction de l'instance confirme ce qui a été fait irrégulièrement. La confirmation pourrait-elle encore être donnée après que l'instance est terminée par un jugement définitif? Nous examinerons cette question plus loin.

II. Exceptions.

a) En matière civile.

104. La cour de cassation pose comme principe, en cette matière, que l'on ne peut admettre d'autres exceptions que celles qui sont formellement établies par la loi (4). Il s'agis-

(1) Arrêts de Poitiers du 14 mars 1828 et de Besançon du 1^{er} octobre 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 859, 4^o et 5^o).

(2) Arrêt du 5 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 625).

(3) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, nos 860 et 861.

(4) Arrêt du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 97).

sait, dans l'espèce, de savoir si la femme qui demande la nullité de son mariage, pour vice de consentement, doit être autorisée de son mari. Nous avons enseigné l'affirmative (1), et, à notre avis, elle ne souffre aucun doute. La loi ne fait pas d'exception; dès lors on reste dans la règle générale, qui exige l'autorisation. C'est l'application du principe élémentaire qui régit les exceptions (2). La question serait tout autre, et la décision aussi serait différente, si la femme prétendait qu'il n'y a jamais eu de mariage. Elle n'agit pas alors comme femme mariée, partant elle n'a pas besoin d'autorisation. La cour de cassation a très-bien décidé que la femme qui s'inscrit en faux contre l'acte de célébration de son mariage ne doit pas être autorisée de son mari (3). Ce n'est pas une exception que l'on fait à la règle, c'est la règle qui ne reçoit pas d'application.

105. Y a-t-il lieu d'appliquer la règle quand la femme plaide contre son mari? Si c'est comme demanderesse, il est certain qu'elle doit être autorisée; nous verrons plus loin si c'est par le mari ou par les tribunaux. Si c'est comme défenderesse, on admet que l'autorisation ne lui est pas nécessaire. Ainsi formulée, la décision est inadmissible. Dès que la femme plaide, elle doit être autorisée; le texte et l'esprit de la loi l'exigent. Qu'importe que le mari soit demandeur? Il y a toujours à examiner si la femme est intéressée à se défendre. Il lui faut donc une autorisation. Logiquement la loi aurait dû exiger l'intervention de la justice, puisque le mari est partie en cause. Nous verrons que tel n'est pas le système du code. C'est le mari qui est appelé à autoriser. Mais faut-il, dans l'espèce, une autorisation expresse, ou le fait du mari d'intenter une action contre sa femme peut-il être considéré comme une autorisation tacite? Il est de principe que l'autorisation peut être tacite, quand il s'agit d'actions judiciaires aussi bien que quand il s'agit d'actes extrajudiciaires. L'autorisation est tacite quand le mari pose un

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 557, n° 436.

(2) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 351, n° 277.

(3) Arrêt du 31 août 1824 (Dalloz, 1824, 1, 336). Voyez mes *Principes*, t. II, p. 570, n° 446.

fait qui implique nécessairement la volonté d'autoriser. Tel est, sans doute aucun, le fait d'intenter une action contre sa femme. Que veut le mari demandeur? Il veut obtenir un jugement; or, pour cela, il faut que la femme puisse se défendre. Agir contre la femme, c'est donc l'autoriser à plaider (1).

106. La jurisprudence admet qu'il n'y a pas lieu d'autoriser la femme, lorsqu'une poursuite en expropriation est dirigée contre elle. D'abord, dit la cour d'Agen (2), l'action est plus particulièrement dirigée contre la chose que contre la personne. Ce premier argument prouve trop : n'en est-il pas de même de toutes les actions réelles? La saisie, dit-on, n'est pas une instance judiciaire. Elle a, il est vrai, ses caractères particuliers; mais cela n'empêche pas qu'elle n'aboutisse à un jugement. Aussi admet-on que l'adjudication, même préparatoire, ne peut être prononcée contre la femme sans autorisation (3). Cela décide la question, nous semble-t-il, pour les actes de procédure qui précèdent l'adjudication. Le principe dominant, en cette matière, est, en effet, que la femme ne peut figurer dans un acte juridique sans être autorisée. Peu importe donc que la procédure en expropriation soit judiciaire ou extrajudiciaire.

M. Demolombe dit que la question est décidée par le texte du code (4). L'article 2208 suppose, en effet, que la femme doit être autorisée. Mais il ne statue que sur le cas où la femme est débitrice. La femme peut être poursuivie comme détenant un immeuble hypothéqué pour la dette d'un tiers. Dans ce cas, on peut dire avec la cour d'Agen que ce n'est pas la femme qui est poursuivie, que c'est l'immeuble. Toutefois il y a alors une raison de plus pour exiger l'autorisation. Le tiers détenteur a des droits, il peut délaisser, il peut payer; or, dès qu'il s'agit de l'exercice d'un droit, le mari doit intervenir pour garantir les intérêts de la femme et ceux de la famille.

(1) C'est l'opinion unanime (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 776).

(2) Arrêt du 4 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 4, 41).

(3) Voyez les arrêts cités par Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 799.

(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 153, n° 134.

107. Il y a des cas où la femme n'a pas besoin d'autorisation; pour mieux dire, l'autorisation du mari est remplacée par l'intervention de la justice. La femme peut, sans autorisation préalable, intenter l'action en divorce pour cause déterminée. Aux termes des articles 240 et 241, la femme doit demander au tribunal la permission de citer son mari. Cette permission équivaut à une autorisation. On conçoit qu'à raison de la nature de l'action, la femme ne soit pas tenue de s'adresser à son mari, que l'on doit supposer coupable, et qui, en autorisant sa femme, avouerait en quelque sorte ses fautes ou ses crimes. Par la même raison, la femme peut former une demande en séparation de corps sans l'autorisation du mari. C'est le président du tribunal qui est appelé, dans ce cas, à l'autoriser (code de procédure, art. 875, 878). Par des raisons analogues, la femme qui demande la séparation de biens doit être autorisée non par le mari, mais par le président du tribunal (code de procédure, art. 865).

108. Faut-il admettre la même exception quand la femme demande l'interdiction de son mari? La cour de Toulouse a décidé que la femme n'avait pas besoin d'autorisation, en se fondant sur l'article 490 qui donne à chaque époux le droit de provoquer l'interdiction de son conjoint. Cette raison est loin d'être décisive. Dire que la femme a qualité pour agir, ce n'est pas l'autoriser à agir sans autorisation. La cour de Toulouse l'a senti. Elle remplace l'autorisation du mari par celle de justice: non que la femme soit tenue de demander au tribunal une autorisation formelle; le tribunal intervient pour nommer le conseil de famille et pour la signification à faire au défendeur en interdiction. Cela tient lieu d'autorisation, dit la cour. Elle invoque l'analogie qui existe entre l'action en interdiction et les actions en divorce, en séparation de corps et en séparation de biens (1). Est-il vrai qu'il y a analogie? Les trois dernières actions sont plus ou moins injurieuses, infamantes même, tandis que l'interdiction est demandée dans l'intérêt même du mari;

(1) Arrêt du 8 février 1823 (Dalloz, *Répertoire*, n° 778, 2°).

mais elle ne doit pas être intentée à la légère. Il est bon qu'il y ait un concert entre les conjoints, si la chose est possible; que si le mari refuse, il est utile que la justice intervienne avant que l'on procède aux formalités préliminaires.

b) En matière criminelle.

109. L'article 216 porte : « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. » On voit que l'exception porte sur le cas où la femme est poursuivie; si c'est elle qui exerce une poursuite, on reste dans la règle; la femme a besoin d'autorisation, parce qu'il n'y avait aucune raison de l'en dispenser (2). Pourquoi ne doit-elle pas être autorisée quand elle est poursuivie? La femme doit avoir l'autorisation de son mari, en matière civile, alors même qu'elle est défenderesse. Quelle est la raison de différence entre les procès civils et les procès criminels? On donne parfois une mauvaise raison, en disant que la défense est de droit naturel, quand la femme est poursuivie en matière criminelle. La défense n'est-elle pas aussi de droit naturel en matière civile? La vraie raison est celle-ci. La femme défenderesse en matière civile peut avoir intérêt à ne pas se défendre, pour éviter des frais inutiles; il importe donc que le mari intervienne. En matière criminelle, le procès suit son cours, que la femme se défende ou qu'elle ne se défende pas; dès lors elle est toujours intéressée à se défendre; d'où suit que l'intervention du mari est inutile.

110. Que faut-il décider de l'action civile qui naît du délit? Si elle est intentée devant les tribunaux civils, c'est une action en dommages-intérêts, partant une action purement civile. Donc nous ne sommes pas dans le cas de l'exception établie par l'article 216 : la femme n'est pas poursuivie en matière criminelle, et il peut être de son intérêt de ne pas se défendre. Nous rentrons dans la règle générale de l'article 215 : la femme ne peut ester en juge-

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *Répertoire*, n° 794.

ment sans être autorisée par son mari. Si l'action civile est portée devant les tribunaux criminels, il faut distinguer. Il y a une hypothèse sur laquelle tout le monde est d'accord. C'est le ministère public qui poursuit, la partie lésée se porte partie civile : la femme n'a pas besoin d'autorisation, car elle est poursuivie en matière criminelle. Il est vrai qu'il y a deux actions distinctes et régies par des principes différents, mais ces différences n'exercent aucune influence sur la décision de notre question. L'action civile est ici l'accessoire de l'action publique; la femme, en se défendant contre l'action publique, se défend par cela même contre l'action civile; or, elle peut se défendre, sans y être autorisée, contre l'action du ministère public, donc elle peut aussi se défendre contre la partie civile, sans autorisation. La question est plus difficile quand la partie lésée intente son action directement devant le tribunal correctionnel ou de police. Bien qu'intentée devant un tribunal criminel, l'action n'est pas criminelle, puisqu'elle tend à une condamnation à des dommages-intérêts. C'est donc une action civile; par conséquent nous sommes dans la règle, qui exige l'autorisation quand la femme est défenderesse au civil. Telle est l'opinion de Zachariæ, suivie par Marcadé (1). On objecte que l'action n'est pas purement civile, puisque le ministère public peut d'un instant à l'autre prendre des conclusions contre la femme, si la partie civile prouve l'existence d'un délit ou d'une contravention (2). L'objection ne nous paraît pas concluante. Pour qu'il y ait lieu à l'exception de l'article 216, il faut que la femme soit poursuivie en matière criminelle, c'est-à-dire comme coupable d'un délit ou d'une contravention. Or, on ne peut pas dire que la femme est poursuivie criminellement, quand l'action a pour objet unique des dommages-intérêts. Peu importe ce qui pourra arriver; la nature de l'action se détermine, non par ce que le ministère public fera peut-être, mais par ce que la partie lésée demande. Voilà quant au texte. Quant à l'esprit de la loi, il

(1) Zachariæ, t. III, § 472, p. 325 et note 13. Marcadé, t. I^{er}, p. 549, n° 1, sur l'art. 216.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 157, n° 143.