

est également contraire à l'opinion que nous combattons. Pourquoi l'article 216 dispense-t-il la femme de l'autorisation en matière criminelle? Parce que, poursuivie criminellement, elle a toujours intérêt à se défendre. Peut-on dire que la femme est toujours intéressée à se défendre, quand elle est poursuivie devant un tribunal criminel par la partie lésée? Non, certes; elle peut avoir intérêt à dédommager de suite le plaignant, pour empêcher le ministère public de conclure contre elle, au cas où un fait criminel serait établi. C'est dire que nous sommes dans le cas de la règle qui défend à la femme d'ester en justice sans autorisation.

§ III. De l'autorisation maritale.

NO I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

111. Qu'entend-on par autorisation? Est-ce une de ces formalités que nous appelons instrumentaires et que la loi prescrit pour garantir la libre expression de la volonté de celui qui agit? Ou est-ce un simple consentement, une approbation que le mari donne à l'acte que la femme veut faire? C'est la comparaison des anciennes coutumes avec le code qui donne lieu à cette question. Dans l'ancien droit, la plupart des coutumes distinguaient entre l'autorisation donnée pour les instances judiciaires et celle qui intervenait dans les actes extrajudiciaires : la première était un simple consentement, tandis que l'autre était une forme solennelle, d'où l'on concluait qu'il fallait se servir du terme *autoriser*, terme sacramentel, sans lequel il n'y avait pas d'autorisation (1). Pothier ne donne aucune raison de cette différence. Le code l'a rejetée; il se sert indifféremment des mots *autorisation* et *consentement*, pour les actes extrajudiciaires comme pour les procès (2), et il

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nos 68 et 75. Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, sect. VI. § 2.

(2) Voyez les articles 215, 226, 776, 934, 1426, 1449, 1535, et code de commerce, art. 4 et 5.

admet formellement l'autorisation tacite (art. 215), ce qui exclut toute forme solennelle. La théorie du code est en harmonie avec l'essence de l'autorisation. Si le mari intervient, c'est pour approuver ce que la femme fait et non pas pour assurer la liberté de sa volonté; c'est donc une approbation ou un *consentement* qu'il est appelé à donner (1).

112. Il ne faut pas confondre l'autorisation avec le mandat. La femme doit être autorisée de son mari lorsqu'elle agit en son propre nom, lorsque c'est elle qui plaide ou qui est partie au contrat; c'est elle qui s'oblige, le mari qui l'autorise ne s'oblige pas, il ne fait qu'approuver l'obligation contractée par la femme. Quand le mari donne mandat à sa femme, il s'agit de ses propres droits, de ses intérêts; c'est lui qui plaide, c'est lui qui parle au contrat, et c'est aussi lui qui s'oblige; la femme mandataire ne s'oblige pas plus que tout autre mandataire. Quand le mari donne un mandat à sa femme, il n'a pas besoin de l'autoriser, pour mieux dire, il n'y a pas lieu à autorisation; quand même le mari se serait servi de ce mot, il y aurait mandat. La différence est grande entre le mandat et l'autorisation. Aux termes de l'article 223, l'autorisation ne peut être générale, elle doit être spéciale, sous peine de nullité, tandis que le mandat peut être général (art. 1987). Quand l'autorisation est expresse, le code veut qu'elle soit donnée par écrit (art. 215); le mandat ne doit pas être donné par écrit.

Il importe donc beaucoup de distinguer quand il y a autorisation et quand il y a mandat. Ce ne sont pas les termes qui décident la question; il est possible que le mari se soit servi du mot *autorisation*, alors qu'il donne un véritable mandat à sa femme. Il faut voir si l'acte juridique concerne les droits de la femme ou les droits du mari; dans le premier cas, la femme doit être autorisée, dans le second cas, elle ne peut agir qu'en vertu d'un mandat. La question de savoir s'il s'agit des droits de la femme ou des droits du mari, dépend des conventions matrimoniales.

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. 1^{er}, p. 230, note 3.

Supposons que les époux soient mariés sous le régime de la communauté légale. Il va sans dire que, si le mari donne pouvoir à la femme d'agir pour ses biens propres ou pour les biens de la communauté, il y a mandat et non autorisation. De là suit que si le pouvoir concerne l'administration des biens de la femme, il y a encore mandat; car sous le régime de la communauté, c'est le mari qui administre les biens de la femme; il s'agit donc d'un droit du mari, dès lors la femme ne peut l'exercer qu'en vertu d'un mandat. Si, au contraire, le pouvoir concerne la propriété des biens de la femme, ce prétendu pouvoir n'est, en réalité, qu'une autorisation, car il s'agit d'un droit de la femme. Il résulte de là que pour l'administration des biens de la femme, il n'y a jamais lieu à autorisation. Si cette administration appartient au mari, la femme n'y a plus aucun droit, donc elle ne peut agir qu'en vertu d'un mandat. Si le contrat de mariage donne à la femme l'administration de ses biens, elle peut faire tous les actes d'administration sans autorisation maritale; ou, comme le dit l'article 223, la clause du contrat de mariage est considérée comme une autorisation générale.

NO 2. SPÉCIALITÉ DE L'AUTORISATION.

113. L'autorisation doit être spéciale. L'article 223 interdit toute autorisation générale. Que faut-il entendre par autorisation spéciale? La question est controversée. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi la décident bien clairement. L'article 215 dit que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ce qui implique que la femme doit être autorisée pour chaque procès où elle est demanderesse ou défenderesse. Quand il s'agit d'un acte extrajudiciaire, l'article 216 veut le concours du mari dans l'acte; cette expression nous révèle la pensée du législateur; il faut que, dans chaque acte que la femme passe, le mari intervienne pour l'approuver. La loi ajoute: « ou son consentement par écrit. » On doit enten-

dre ces mots dans le même sens; l'autorisation expresse ne peut pas être régie par d'autres principes que l'autorisation tacite. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur cette interprétation. Pourquoi le mari est-il appelé à autoriser sa femme? Pour sauvegarder les intérêts de la femme et ceux de la famille; or l'autorisation ne peut atteindre ce but que si le mari prend connaissance de chaque acte avant de l'autoriser. La loi exige encore l'autorisation, parce que la femme doit respect et obéissance au mari; ce qui implique également que la femme consulte son mari pour tout acte juridique qu'elle est dans le cas de passer. Serait-ce maintenir son autorité, si le mari donnait d'avance à la femme l'autorisation de faire tout ce qui lui plairait? Ce serait non pas exercer la puissance maritale, mais l'abdiquer. Or, la puissance maritale est d'ordre public, et partant il n'est pas permis d'y déroger (art. 6). La loi ne permet pas même aux futurs époux d'y déroger par leurs conventions matrimoniales, bien que le contrat de mariage soit le plus favorable de tous les contrats (art. 223, 1388).

Les auteurs du code n'ont fait que reproduire les principes consacrés par nos anciennes coutumes. Il importe de les rappeler puisqu'il y a controverse. Pothier nous apprend qu'il avait été déclaré dans plusieurs actes de notoriété, émanés du Châtelet de Paris, que l'autorisation doit être spéciale, c'est-à-dire mise dans l'acte même, ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe (1). C'était aussi l'opinion unanime des auteurs. Pothier enseigne que l'autorisation du mari doit être spéciale *pour tel et tel acte* (2). « J'estime, dit Lebrun, que les autorisations doivent être spéciales *en chaque affaire et en chaque contrat* (3). »

Telle est aussi l'opinion généralement suivie sous l'empire du code. Il y a cependant des dissentiments et quelque hésitation dans la jurisprudence. Duranton et Zachariæ entendent le mot *spécial* dans le sens de *déterminé*; ils disent que l'autorisation est spéciale quand les biens sur

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

(2) Pothier, Introduction au titre X de la coutume d'Orléans.

(3) Lebrun, *De la communauté*, livre II, chap. I, sect. IV, n° 8.

lesquels elle porte sont déterminés : par exemple, l'autorisation d'aliéner les immeubles situés dans tel département. Ce que la loi défend, selon ces auteurs, c'est l'autorisation donnée en termes généraux d'aliéner, d'hypothéquer, de plaider (1). Il a été décidé en ce sens que l'autorisation donnée à une femme « d'emprunter les sommes qui lui sont et qui lui pourront être nécessaires pour payer ce qu'elle peut devoir, et pour faire des réparations à une de ses propriétés, ou pour en faire tel autre usage qu'elle trouverait bon, » est spéciale; l'arrêt a maintenu en conséquence les hypothèques que la femme avait consenties pour la garantie des emprunts par elle contractés (2).

Cette doctrine n'a pas prévalu dans la jurisprudence, et avec raison; elle s'écarte de la tradition, elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi, tels que nous venons de les constater. La cour de cassation a jugé qu'il fallait un consentement spécial du mari pour chaque vente, chaque emprunt, chaque constitution d'hypothèque. Elle invoque l'article 1538, qui déclare nulle l'autorisation générale d'aliéner les immeubles de la femme; ce texte, dit la cour, s'étend, par identité de raison, aux emprunts et aux hypothèques (3). L'article 1538 ne nous paraît pas décisif: il ne dit pas ce qu'il faut entendre par autorisation générale; il faut donc recourir, comme nous l'avons fait, à l'ancien droit et à l'esprit de la loi (4).

114. Par application de ces principes, la cour de cassation a décidé que l'autorisation donnée par contrat de mariage d'aliéner un immeuble indiqué nommément était nulle; il fallait, dit-elle, que le mari intervint lors de l'aliénation. Dans l'espèce, la vente s'était faite trente ans après le contrat de mariage, pour un prix que l'on prétendait inférieur à la valeur réelle, et sans que l'on sût ce que le prix était devenu. Le conseiller rapporteur remarqua

(1) Duranton, t. II, p. 417, n° 449. Zachariæ, t. III, § 472, p. 333, note 42.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 3 janvier 1822 (Daloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 852 1°).

(3) Arrêt du 18 mars 1840 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 853, 1°).

(4) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez Demolombe, t. IV, p. 241, n° 207.

avec grande raison qu'une pareille autorisation ne répondait pas du tout au but de la loi. Un consentement vague, donné trente ans d'avance, en vue d'une aliénation éventuelle, sans que le mari connût ni pût connaître l'acquéreur, ni les conditions de la vente, ni le prix, ni l'emploi du prix, est-ce là ce que le législateur a voulu en exigeant une autorisation spéciale? La faculté discrétionnaire, irrévocable, d'aliéner un immeuble, fût-il déterminé, s'accorde-t-elle avec l'obéissance que la femme doit au mari, à la protection que le mari doit à la femme (1)?

Il s'est présenté, devant la cour de cassation de Berlin, une question dont la solution met le principe dans tout son jour. Un mari autorisa sa femme à cautionner toutes les dettes qu'il pourrait contracter par suite des opérations d'affaires qu'il ferait avec un tiers. La cour de Cologne valida cette autorisation, parce qu'elle était donnée pour un acte spécial, le cautionnement, qu'il se rapportait à des personnes désignées et à un genre d'affaires déterminé. Son arrêt fut cassé par la cour de Berlin (2), parce que le cautionnement pour lequel l'autorisation avait été donnée était général; en effet, il comprenait non pas une seule obligation déterminée, mais l'ensemble de toutes les obligations qui pourraient résulter des relations d'affaires entre le mari et un tiers. Pour être spéciale, l'autorisation aurait dû être donnée pour chaque obligation contractée par le mari; la femme aurait su alors à quoi elle s'obligeait, tandis que, dans l'espèce, elle ne pouvait le savoir. Rien de plus dangereux qu'un cautionnement ainsi contracté. C'est dire que la femme n'avait pas joui de la protection que la loi veut lui assurer. L'autorisation était donc nulle. C'est ce qu'a très-bien décidé la cour de Metz dans une affaire analogue (3). Comme le dit une autre cour, « l'autorisation du mari est exigée non-seulement comme un hommage à la puissance maritale,

(1) Arrêt du 14 décembre 1840 (Daloz, au mot *Mariage*, n° 853, 2°).

(2) Arrêt du 9 novembre 1846 (Daloz, 1847, 2, 146). Décidé dans le même sens par la cour de Bruxelles (arrêt du 9 mars 1868, dans la *Pastorise*, 1868, 2, 406).

(3) Arrêt du 7 juin 1849 (Daloz, 1851, 2, 156).

mais encore comme un acte de tutelle et de protection; il faut donc, pour que le but de la loi soit atteint, que l'autorisation soit donnée en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire en vue d'un acte déterminé par la convenance et sur l'opportunité et les principales conditions duquel le mari puisse éclairer sa femme (1). »

115. La règle que l'autorisation doit être spéciale reçoit des exceptions. Aux termes de l'article 223, « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » La femme peut stipuler par son contrat de mariage qu'elle aura la libre administration de ses biens. C'est ce qu'on appelle le régime de séparation de biens. La femme séparée de biens peut faire les actes d'administration sans y être autorisée par son mari, pour mieux dire, sans autorisation spéciale; la clause du contrat de mariage vaut comme autorisation générale (2). Pourquoi le législateur se relâche-t-il, dans ce cas, de la rigueur des principes? C'est par faveur pour le mariage. Il permet aux époux de convenir que la femme administrera ses biens; or, dès que la femme administre, elle doit avoir le droit de faire les actes d'administration sans une autorisation spéciale, parce que la nécessité d'une autorisation pareille pour chaque acte qu'elle voudrait passer, entraverait à chaque instant sa gestion.

Pothier enseigne que l'autorisation générale d'administrer peut aussi être donnée à la femme en dehors du contrat de mariage (3). L'article 223 semble reproduire cette doctrine. « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, etc. » D'où l'on pourrait conclure que le mari peut donner à la femme une autorisation générale d'administrer, pendant le mariage. Pothier confond le mandat avec l'autorisation. Quand le contrat de mariage ne stipule pas que la femme aura la libre administration de ses biens, les époux sont mariés sous le régime de la communauté, sous le régime exclusif de com-

(1) Arrêt de la Cour de Caen du 27 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 2, 27).

(2) Articles 1536, 1449, 1576. Voyez le titre du *Contrat de mariage*.

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

munauté ou sous le régime dotal. Or, sous tous ces régimes, le mari a l'administration des biens de la femme; c'est un droit à lui. Il peut en déléguer l'exercice à sa femme, mais s'il le fait, c'est par voie de mandat et non par voie d'autorisation. Pothier lui-même le reconnaît implicitement; il parle, en effet, d'une procuration que le mari donne à sa femme; or, une procuration est un mandat; et il y a de grandes différences, comme nous l'avons dit plus haut, entre le mandat et l'autorisation. Pothier ne les distingue pas suffisamment, et cette inexactitude a passé dans l'article 223.

116. La règle que la femme ne peut faire aucun acte juridique sans une autorisation spéciale de son mari, reçoit une seconde exception. D'après l'article 220, « la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. » La loi s'exprime mal en disant que la femme commerçante peut s'obliger sans autorisation maritale; en effet, aux termes de l'article 4 du code de commerce, la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari; il lui faut donc une autorisation, mais une autorisation générale suffit. Ainsi l'article 220 consacre une exception au principe de l'autorisation spéciale. Pothier nous en dit la raison, c'est l'utilité, la nécessité du commerce: s'il fallait à la femme une autorisation spéciale, elle devrait toujours avoir son mari à ses côtés, car les actes de commerce sont de tous les instants et ne souffrent aucun retardement (1).

Quand la femme est-elle marchande publique? L'article 220 porte: « Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé. » Quand la femme débite dans la boutique de son mari, elle fait office de facteur ou de fille de boutique. Lui faut-il, en ce cas, une autorisation? Non, car elle n'agit pas en son nom ni pour l'exercice de ses droits, elle agit au nom et dans l'intérêt du mari. C'est

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nos 20 et 21.