

cela même, on reste sous l'empire des principes généraux. Or, l'autorisation est un consentement; donc elle peut, comme tout consentement, se manifester par une déclaration expresse ou par des faits (1). Mais faut-il appliquer à l'article 215 les dispositions spéciales de l'article 217 sur l'autorisation expresse et l'autorisation tacite? c'est-à-dire, l'autorisation expresse donnée à la femme pour plaider doit-elle se donner par écrit? et l'autorisation tacite ne peut-elle résulter que du concours du mari dans le procès? Il nous semble que la question doit être décidée négativement. Il est vrai qu'il y a analogie complète entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires; le législateur aurait donc dû établir un seul et même principe pour toute espèce d'actes juridiques. Mais il ne l'a pas fait, et ce qu'il n'a pas fait, l'interprète le peut-il? D'après la rigueur des principes, non. Car les définitions de l'article 217 sont des dérogations au droit commun, partant de stricte interprétation; on ne peut les étendre, pas même par voie d'analogie.

La question que nous venons de soulever n'est décidée d'une manière explicite ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Il a été jugé que lorsque le mari plaide conjointement avec sa femme, il y a autorisation tacite (2). Cela est évident. Il y a, dans ce cas, concours du mari dans l'acte, donc autorisation, même d'après l'article 217. Il a été jugé encore que le mari qui actionne sa femme en justice, l'autorise par cela même à plaider (3). Cette décision encore nous paraît incontestable. On peut dire qu'il y a concours du mari à l'acte, puisque le mari et la femme sont parties en cause dans le même procès. D'ailleurs, poursuivant sa femme en justice, son but est d'obtenir un jugement contre elle; il faut pour cela que la femme puisse se défendre; agir contre elle, c'est donc l'autoriser. Il en serait autrement si la femme intentait une action contre son mari, et si celui-ci se présentait pour se défendre. La cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas autorisation

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 834.

(2) Dalloz, au mot *Mariage*, n° 834, 1°-4°.

(3) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *ibid.*, 5° et 6°.

dans ce cas. A la vérité le mari et la femme concourent dans la même instance, mais le mari conteste ce que la femme demande; or, contester, c'est dire qu'il ne trouve pas la demande fondée; ce qui implique que, si la femme s'était adressée au mari, il aurait refusé l'autorisation (1).

§ IV. De l'autorisation de justice.

N° I. REFUS DU MARI.

126. Aux termes de l'article 218, « si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation. » L'article 219 contient une disposition analogue pour les actes extrajudiciaires. En général, la justice n'intervient pas dans l'exercice de la puissance maritale, pas plus qu'elle n'intervient pour limiter ou modifier les droits des citoyens. Pourquoi donc le code permet-il au juge d'accorder l'autorisation que le mari refuse? C'est que la puissance maritale est un devoir plutôt qu'un droit, un devoir de protection confié au mari, dans l'intérêt de la femme et de la famille; or, la protection ne doit pas dégénérer en oppression. Le refus du mari peut être injuste; dès lors il fallait ouvrir à la femme un recours devant les tribunaux. Proudhon donne une autre raison. « Le mari, dit-il, n'est que le délégué de la loi, dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu; la puissance publique, qui absorbe tous les pouvoirs particuliers, peut, à plus forte raison, les suppléer (2). » Nous protestons de toutes nos forces contre une pareille doctrine, c'est celle de la souveraineté absolue de l'Etat, c'est-à-dire la doctrine du pouvoir absolu, que l'Etat s'appelle république, royauté ou empire. Non, l'Etat n'absorbe pas les droits des citoyens; il a pour mission, au contraire, d'en assurer le libre exercice. Mais quand plusieurs droits sont en conflit, la justice intervient pour vider le débat. Le

(1) Arrêt de cassation du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, I, 97).

(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 468.

mari qui refuse injustement l'autorisation abuse de son droit, si l'on veut considérer la puissance maritale comme un droit. La femme a aussi un droit, elle a le droit de faire les actes juridiques qui l'intéressent. C'est à la justice de prononcer entre le mari et la femme.

N° 2. INCAPACITÉ DU MARI.

I. Absence.

127. L'article 222 porte : « Si le mari est interdit ou *absent*, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Comment faut-il entendre le mot *absent*? Est-ce dans le sens légal? c'est-à-dire faut-il qu'il y ait absence déclarée ou au moins présumée, pour que le juge puisse autoriser la femme? Ou suffit-il que le mari ne soit pas sur les lieux? La question est controversée et il y a quelque doute. D'après le texte et l'esprit de la loi, il faut décider que le juge ne peut autoriser la femme que dans le cas d'absence légale. En effet, le mot *absent* a un sens technique en droit; il signifie l'incertitude qui règne sur la vie ou la mort d'une personne. On conçoit que, dans ce cas, la loi permette au juge d'autoriser la femme; il y a impossibilité pour celle-ci de se procurer le consentement de son mari, partant il y a nécessité que le juge intervienne. Où est cette nécessité quand le mari est en vie, mais qu'il ne se trouve pas sur les lieux? La règle est que le mari doit autoriser, car il s'agit de sauvegarder son autorité; c'est seulement quand il abuse de son autorité que le juge autorise. De là suit que si le mari peut manifester sa volonté, il n'y a pas lieu pour le juge à intervenir : ce serait usurper la puissance maritale et l'affaiblir. Les cas où le juge autorise sont des exceptions; ces exceptions ne doivent recevoir leur application que lorsque la règle générale ne peut pas être appliquée.

Le code de procédure confirme cette interprétation. Il contient un titre sur l'autorisation de la femme mariée; ce titre prescrit les formes que la femme doit suivre pour

obtenir l'autorisation. Les articles 861 et 862 prévoient le cas où le mari refuse d'autoriser sa femme; les articles 863 et 864, les cas où le mari est absent ou interdit. Eh bien, le code de procédure, en parlant de l'absence, ajoute une explication : « Dans le cas de l'absence *présumée* du mari, dit-il, ou lorsqu'elle aura été *déclarée*. » Voilà en quelque sorte une interprétation authentique du code civil. Si, outre le cas d'absence légale, le législateur permettait au juge d'autoriser en cas de non-présence, le code de procédure aurait prévu ce cas. S'il ne le prévoit pas, c'est que la simple non-présence ne suffit pas pour que le juge intervienne. C'est l'opinion de Marcadé, et elle a été consacrée par plusieurs arrêts (1).

Il y a cependant un motif de douter, et il a entraîné la plupart des auteurs. Dans l'ancien droit, Pothier enseignait « que la femme peut recourir à la justice lorsque le mari est trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige (2). » Le législateur a-t-il eu l'intention de suivre l'opinion de Pothier? Lors de la discussion de notre titre au conseil d'Etat, le premier consul demanda si la section de législation voulait parler d'un mari seulement absent du lieu où se trouvait la femme, ou si elle parlait du mari déclaré absent. Berlier répondit que la femme serait trop longtemps dans l'impuissance d'agir, si elle devait attendre la déclaration d'absence. Cette réponse ne prouve pas encore que la loi entend le mot *absent* dans le sens de *non-présent*; Berlier suppose, au contraire, qu'il y a lieu de déclarer l'absence, ce qui implique qu'il y a présomption d'absence. Tronchet alla plus loin; il dit formellement que le juge peut autoriser la femme, bien que le mari ne soit pas éloigné, si l'urgence est telle, que la femme ne peut pas prendre l'autorisation du mari (3). On voit que Tronchet et Berlier ne sont pas tout à fait d'accord, ce qui diminue l'importance de ce débat. Cependant il est probable que les auteurs du

(1) Marcadé, t. 1^{er}, p. 559, sur l'art. 222. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 870.

(2) Pothier, *De la puissance du mari*, n° 12; Introduction au titre X de la coutume d'Orléans, n° 149.

(3) Séance du 5 vendémiaire an x. n° 40 (Loché, t. II, p. 346).

code entendaient suivre l'opinion de Pothier. Si donc nous n'avions d'autre texte que l'article 222, nous nous rangerions à l'opinion générale (1). Mais reste le code de procédure, et il nous paraît impossible de concilier l'article 863 avec cette doctrine. Qu'on voie, dans l'article 863, une interprétation de l'article 223 ou une dérogation, peu importe; toujours est-il que nous sommes en présence d'une loi postérieure au code, loi destinée à mettre l'article 223 à exécution. Il nous paraît difficile de ne pas entendre cet article dans le sens que le législateur lui donne. Nous ne parlons pas des inconvénients pratiques que l'on reproche à l'opinion que nous défendons; ces arguments vont à l'adresse du législateur. Peut-on d'ailleurs invoquer les distances comme un obstacle lorsqu'il n'y a plus de distances?

II. *Minorité.*

128. L'article 224 porte : « Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Dans l'ancien droit, le mari, quoique mineur, pouvait autoriser sa femme; il pouvait donc l'autoriser à faire des actes que lui-même n'avait pas le droit de faire. La raison en est, d'après Pothier, que le mari, bien que mineur, a la puissance maritale; or, le pouvoir d'autoriser était considéré comme une dépendance de la puissance que le mari a sur sa femme (2). Le code ne permet plus au mari mineur d'autoriser sa femme, il en faut conclure qu'il a changé de système. En effet, comme nous l'avons vu, l'autorisation maritale est fondée non-seulement sur la puissance du mari, mais aussi sur le devoir de protection qu'il a à remplir. C'est en ce sens que Portalis dit : Comment le mari mineur pourrait-il autoriser sa femme, alors que lui-même a besoin d'autorisation?

(1) Zachariæ, t. III, § 472, p. 329, note 27. Demolombe, t. IV, p. 264, n° 214. — Il y a des arrêts en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 870, et arrêt de la cour de cassation de Belgique du 8 février 1862, dans la *Pasicrisie*, 1862, 1, 162).

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nos 29 et suiv.

L'exception établie par l'article 224 n'est pas absolue, comme celle qui résulte de l'absence ou de l'interdiction. Puisqu'elle est fondée sur l'incapacité du mari, elle doit être restreinte dans les limites de cette incapacité. Or, le mineur, quand il est émancipé, a une certaine capacité, et le mineur marié est émancipé de plein droit. De là suit que le mineur marié, capable de faire les actes d'administration, est par cela même capable d'autoriser sa femme à faire les actes d'administration. La question n'a d'importance pratique que pour les actions mobilières. En voici la raison. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari a l'administration des biens de sa femme; dans ce cas, la femme n'a aucun acte d'administration à faire; il ne peut donc être question de l'autoriser à agir. Il en est de même sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal. Que si les époux sont séparés de biens, la femme peut faire tous les actes d'administration sans autorisation. Il y a exception, d'après l'article 215, pour les procès; la femme, même séparée de biens, ne peut ester en jugement sans autorisation; tandis que le mineur émancipé peut intenter les actions mobilières (art. 482). Le mari mineur peut par conséquent autoriser sa femme à intenter une action pareille.

129. Le code ne prévoit pas le cas où la femme est mineure. Il faut décider la difficulté d'après les principes combinés de l'incapacité de la femme mariée et de l'émancipation. La femme mineure qui se marie est émancipée par le mariage; le mineur émancipé ne peut faire certains actes qu'avec l'assistance d'un curateur; il peut, en général, faire les actes d'administration sans cette assistance. On admettait dans l'ancien droit, et on admet encore aujourd'hui, que le mari majeur est le curateur de sa femme. Voici donc la position de la femme mineure. Comme mineure émancipée, elle pourrait faire certains actes sans l'assistance de son curateur, mais étant mariée, elle a besoin de l'autorisation maritale. Le mari intervient, dans ce cas, non comme curateur, mais comme mari. Que s'il s'agit d'actes pour lesquels la femme, comme mineure émancipée, doit être assistée de son curateur, le mari intervient

dra, et comme curateur et comme mari, pour assister sa femme et pour l'autoriser. Cette intervention ne suffit pas toujours. Pour les actes autres que ceux d'administration, la femme mineure devra, en outre, obtenir l'autorisation du conseil de famille, et, s'il y a lieu, l'homologation du tribunal.

Reste une difficulté. Si le mari est mineur, il ne peut pas être le curateur de sa femme, à raison de son incapacité; il ne pourra donc, comme nous venons de le dire, intervenir que comme mari, pour autoriser sa femme à faire les actes d'administration. S'agit-il d'autres actes, il faut à la femme mineure l'assistance de son curateur, et de plus, d'après la rigueur des principes, l'autorisation du tribunal, qui remplace celle que le mari ne peut pas lui donner à raison de sa minorité; car la femme est frappée, dans ce cas, d'une double incapacité, elle est mineure et elle est mariée; l'assistance du curateur la relève de son incapacité comme mineure; pour être relevée de l'incapacité dérivant du mariage, elle doit être autorisée du juge (1).

III. Interdiction.

130. Si le mari est interdit, la femme doit être autorisée du juge (art. 222). Frappé lui-même d'une incapacité absolue pour tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, on conçoit qu'il ne puisse couvrir l'incapacité de sa femme par un consentement que légalement il ne peut pas donner. Que faut-il décider si le mari est en état de démence sans être interdit? Il est certain que s'il est incapable de consentir, il ne pourra autoriser sa femme, car l'autorisation est un consentement. Mais la différence est grande entre l'autorisation donnée par le mari interdit et l'autorisation donnée par le mari aliéné. La première est nulle de droit par application du principe posé par l'article 502, lequel déclare nul tout acte passé par l'interdit; tandis qu'aucune loi ne frappe de nullité les actes passés par un aliéné. Ces

(1) Demante, *Cours analytique*, t. 1^{er}, p. 439, n° 307 bis III.

actes restent dans le droit commun. C'est dire que l'autorisation sera valable, si elle a été donnée dans un intervalle lucide, et nulle, si, au moment où le mari a autorisé sa femme, il était en état de démence.

Reste à savoir comment la femme se fera autoriser, si son mari est aliéné sans être interdit. Les auteurs ne discutent pas la question. Ils semblent admettre que les tribunaux peuvent autoriser la femme. Cela nous paraît inadmissible. En principe, c'est le mari qui doit autoriser sa femme; le juge ne peut intervenir que dans les cas prévus par la loi, quand le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La loi ne place la démence du mari parmi ces exceptions que si elle est légalement constatée par un jugement d'interdiction. D'après la rigueur des principes, il faudrait donc décider que la femme doit provoquer l'interdiction de son mari, à moins qu'elle ne se fasse autoriser par lui quand il se trouve dans un intervalle lucide.

131. Si la femme est nommée tutrice de son mari interdit, peut-elle faire en ce cas, sans autorisation de justice, les actes concernant la tutelle? L'affirmative ne souffre aucun doute. Pothier dit que sa nomination à la tutelle renferme nécessairement une *autorisation* pour administrer les biens de son mari (1). Cela est vrai; seulement au lieu d'*autorisation*, il faut dire *mandat*. La femme tutrice n'exerce pas des droits qui lui sont personnels, elle n'a donc pas besoin d'être autorisée; elle agit en vertu d'un mandat, et comme mandataire elle a le droit de faire tout ce qui est compris dans le mandat, peu importe de qui elle le tient, du mari, du conseil de famille ou du tribunal. Il va sans dire que si elle doit faire, comme tutrice, un acte qui dépasse le pouvoir d'administration, il lui faudra l'autorisation du conseil de famille et, s'il y a lieu, l'homologation du tribunal.

Quant aux biens personnels de la femme, Pothier dit aussi qu'elle peut faire, sans autorisation de justice, les actes qui les concernent, sa nomination à la tutelle lui tenant

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 26.