

lieu d'autorisation. Cela est trop absolu. Il faut distinguer. Si la femme est séparée de biens, il va sans dire qu'elle peut administrer ses biens sans y être autorisée par le juge : cela est de droit commun. Il y a cependant un acte que la femme séparée ne peut pas faire, quoique séparée de biens ; elle ne peut ester en jugement, même pour une action mobilière, sans autorisation. On demande si elle le peut quand elle est tutrice de son mari interdit. La question est controversée. Nous n'hésitons pas à dire qu'elle ne le peut pas. Quoique tutrice, elle reste femme mariée, et incapable comme telle ; elle doit donc être autorisée. On objecte que, comme tutrice, elle pourrait intenter une action mobilière concernant les biens de son mari ; n'est-il pas absurde de la déclarer incapable de poursuivre en justice ses propres droits mobiliers (1) ? La réponse est très-simple ; il y a une raison juridique de cette différence. Dans le cas de tutelle, la femme a un mandat et, comme mandataire, elle n'a jamais besoin d'autorisation. Si, au contraire, il s'agit des droits personnels de la femme, elle n'agit plus en qualité de tutrice, elle agit comme femme mariée et, comme telle, elle a besoin d'être autorisée.

Si les conjoints sont mariés sous un régime qui donne au mari l'administration des biens de la femme, dans ce cas, il faut dire avec Pothier que la femme tutrice peut administrer ses biens sans autorisation. La raison en est que la femme exerce alors un droit du mari ; elle agit donc comme mandataire, quoiqu'il s'agisse de ses biens, et comme mandataire elle ne doit pas être autorisée (2).

132. La loi ne prévoit pas le cas où le mari est placé sous conseil judiciaire. En faut-il conclure avec Duranton que le mari, quoique étant incapable, peut autoriser sa femme pour toute espèce d'actes (3) ? Qu'il le puisse pour les actes qu'il a le droit de faire sans l'assistance de son conseil, cela est certain, parce que cela est conforme aux principes. Celui qui est placé sous conseil est aussi capable qu'un majeur pour tous les actes qui ne lui ont pas été

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 693, n° 754.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 275, n° 227.

(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 454, n° 506.

interdits. Capable lui-même, rien ne l'empêche d'autoriser sa femme. Mais quand il s'agit d'un acte que les tribunaux lui ont défendu de faire sans l'assistance de son conseil (art. 499 et 513), le mari ne peut plus donner d'autorisation. Il est vrai que la loi ne parle pas du mari placé sous conseil ; est-ce à dire qu'elle le reconnaisse capable d'autoriser ? Non, le contraire résulte de l'article 502, aux termes duquel tous actes passés par la personne placée sous conseil sans l'assistance de ce conseil sont nuls de droit. La loi assimile, sous ce rapport, la nomination d'un conseil judiciaire à l'interdiction. Or, l'interdit est légalement présumé incapable de consentir, pour tout ce qui concerne son patrimoine ; donc le mari placé sous conseil est frappé de la même incapacité : incapable de consentir, il est par cela même incapable d'autoriser. C'est l'opinion générale, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

Mais si le mari ne peut pas autoriser sa femme, comment l'autorisation sera-t-elle donnée ? La jurisprudence est divisée sur cette question, ainsi que la doctrine. D'après les uns, c'est le mari assisté de son conseil qui doit autoriser ; les autres disent que c'est la justice qui doit autoriser. Nous croyons que les tribunaux n'ont le droit d'autoriser la femme que dans les cas où la loi leur donne formellement ce pouvoir, car l'intervention du juge diminue, altère la puissance maritale ; or, cette puissance est d'ordre public, le juge ne peut pas plus la modifier que les conventions des parties. Cela décide la question. On ne peut pas assimiler au mineur, même émancipé, la personne placée sous conseil, car elle est majeure et, en principe, capable. Bien moins encore peut-on dire que la loi comprend parmi les interdits la personne placée sous conseil ; elle agit par elle-même, assistée, au besoin, de son conseil, tandis que l'interdit n'agit point. Il est vrai que le système du code est de faire intervenir la justice quand le mari est incapable, mais, dans l'espèce, le mari ne l'est pas ; assisté de son conseil, il peut tout faire, pourquoi ne

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 875, 1^o, 2^o.

pourrait-il pas autoriser sa femme? L'opinion contraire est plus généralement suivie (1).

IV. *Condamnation judiciaire.*

133. L'article 221 porte : « Lorsque le mari est frappé d'une condamnation afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. » Cette incapacité est fondée sur l'indignité du mari; c'est une déchéance temporaire de la puissance maritale. Si la loi permet au juge de l'entendre, c'est pour qu'il puisse s'éclairer.

V. *Du cas où le mari est intéressé.*

134. Quand la femme traite avec son mari, ou quand elle contracte avec des tiers, dans l'intérêt du mari, a-t-elle besoin d'être autorisée par justice, ou l'autorisation du mari lui suffit-elle? Cette question est vivement controversée; on peut la réduire à des termes très-simples, comme Merlin l'a déjà fait. En principe, la femme ne peut faire aucun acte juridique sans y être autorisée par son mari; par exception, l'autorisation du mari est remplacée par celle du juge, dans les cas déterminés par la loi; toute exception est de stricte interprétation; par cela seul que la femme ne se trouve pas dans un des cas exceptés, elle reste dans la règle; donc l'autorisation maritale lui est nécessaire, mais aussi elle lui suffit. On objecte le vieil adage que personne ne peut autoriser dans son propre intérêt : *nemo potest esse auctor in rem suam*. Merlin répond que ce principe, établi par les jurisconsultes romains en matière de tutelle, ne s'applique pas au mari. Il suppose que l'autorisation a pour seul but de garantir les

(1) C'est celle de Zachariae, t. III, p. 331, note 33; de Demolombe, t. IV, p. 271, n° 226. Voyez, dans le sens de notre opinion, Magnin, *des Minorités*, n° 939. La jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 874.

intérêts de celui qui est autorisé : tel est le cas de la tutelle. L'autorisation maritale est exigée, avant tout, par un motif d'ordre public, comme une conséquence de la puissance maritale; sans doute, dans le droit moderne, c'est aussi une mesure de protection, mais ce n'est pas seulement pour protéger la femme que le mari intervient; il est appelé à sauvegarder les intérêts de la famille. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'adage latin. D'ailleurs c'eût été au législateur à le faire; l'interprète ne peut pas créer une exception, quand il y aurait pour cela les meilleures raisons du monde (1).

Il y a un arrêt fortement motivé de la cour de Turin, en faveur de l'opinion contraire. La cour dit, et cela est incontestable, que l'autorisation du mari doit, ne fût-ce qu'en partie, garantir les intérêts de la femme et des enfants; où est la garantie quand le mari est personnellement intéressé? Si son intérêt est en opposition avec celui de la famille, ne pourra-t-il pas sacrifier à son intérêt celui de la femme et des enfants? Là où il y a conflit d'intérêts, n'importe-t-il pas que la justice impartiale intervienne (2)? Cela est vrai, mais toute cette argumentation s'adresse au législateur et non à l'interprète. La loi seule peut créer des exceptions, elle ne l'a pas fait dans l'espèce : cela décide la question.

N° 3. DES CAS DANS LESQUELS LA JUSTICE NE PEUT PAS AUTORISER LA FEMME.

135. Un arrêt récent de la cour de Paris (3) pose en principe que la disposition de l'article 219 est générale, qu'elle n'admet point d'exceptions et ne pouvait en admet-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Puissance maritale*, § 4 (t. XII, p. 244). Demolombe, t. IV, p. 282 et suiv., nos 232, 235 et 236. — La jurisprudence est divisée (voyez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, nos 813 et 814. Ajoutez, dans le sens de notre opinion, arrêts de Grenoble du 11 mars 1851 (Dalloz, 1853, 2, 63), de Montpellier du 18 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 90) et de Bordeaux du 29 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 202).

(2) Arrêt du 17 décembre 1808 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 814, 1^o). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Bruxelles du 1^{er} juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 274).

(3) Arrêt du 3 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 2, 29).

tre. La cour en conclut que la justice peut toujours autoriser la femme, sur le refus du mari ; qu'elle peut notamment l'autoriser à contracter un engagement théâtral. Le principe est trop absolu, et l'application que la cour de Paris en fait nous paraît très-douteuse. L'article 219 permet au juge de donner l'autorisation, quand le mari refuse d'autoriser sa femme à *passer un acte*. Cette disposition est la suite de l'article 217, qui exige une autorisation spéciale pour chaque acte, et l'article 223 défend toute autorisation générale, sauf celle qui serait donnée par contrat de mariage à la femme pour l'administration de ses biens. Le code a donc en vue le patrimoine de la femme, les actes d'aliénation ou d'administration que la femme est dans le cas de faire pour la gestion de sa fortune. Peut-on étendre ces dispositions au cas où il s'agit d'exercer une profession quelconque ? Nous ne le croyons pas.

Si la profession que la femme veut exercer est celle de commerçant, la femme doit avoir le consentement du mari, aux termes de l'article 4 du code de commerce. La plupart des auteurs enseignent que la justice ne peut pas, en ce cas, accorder l'autorisation, si le mari la refuse (1). Ne faut-il pas dire la même chose de toute profession ? Nous ne partageons pas les préjugés qui existent dans nos mœurs contre le théâtre et contre les artistes ; nous admettons, avec la cour de Paris, que la carrière théâtrale peut être dignement suivie ; mais la cour avoue qu'elle présente bien des dangers pour une jeune femme. Abstraction faite de ces dangers, le mari peut avoir une répugnance invincible à voir sa femme sur les planches : comment admettre que le juge lui fasse violence ? Ce que nous disons du théâtre, nous l'appliquons à toute espèce de profession. C'est le mari qui est le chef de la famille, c'est lui qui doit subvenir aux besoins de la femme, c'est à lui et à lui seul à voir s'il lui convient que sa femme exerce telle ou telle profession pour vivre.

(1) Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 1^{er}, n° 63. Bravard, *Traité de droit commercial*, édit. Demangeat, t. 1^{er}, p. 93. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, § 134. Demolombe, t. IV, n° 248. La jurisprudence est incertaine (Daloz, au mot *Commerçant*, n° 177).

L'autorisation d'exercer une profession quelconque est une autorisation générale. Or, les articles 217 et 223 exigent que l'autorisation soit spéciale. L'article 4 du code de commerce déroge à ces dispositions, mais seulement sous la condition que le mari donne son autorisation. Aucun texte ne permet au juge d'accorder une autorisation générale sur le refus du mari. Si le juge l'accordait, le mari pourrait défaire ce que la justice a fait. Le tribunal autorise la femme à contracter un engagement théâtral malgré le mari. Celui-ci change de domicile ; la femme doit le suivre : que devient alors l'autorisation de justice ?

136. Il y a encore d'autres actes pour lesquels le juge ne peut remplacer l'autorisation du mari. L'article 1029 porte : « La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice. » Il résulte clairement de cette disposition que si la femme n'est pas séparée de biens, elle ne peut pas accepter l'exécution testamentaire avec l'autorisation du juge. Nous reviendrons sur cette exception au titre des Donations.

137. L'article 1004 du code de procédure porte que l'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, parmi ces contestations se trouvent, d'après l'article 83, n° 6 (du même code), les causes des femmes non autorisées par leurs maris. Il suit de là que la justice ne peut autoriser la femme à compromettre.

N° 4. FORMES DE L'AUTORISATION JUDICIAIRE.

138. Il faut distinguer les procès et les actes extrajudiciaires. Si la femme veut intenter une action en justice, elle doit d'abord faire sommation à son mari. Ce n'est que sur le refus du mari que la justice intervient ; il faut donc que ce refus soit légalement constaté. De là la nécessité d'une sommation. Puis la femme présente requête au président ; elle expose l'affaire et les motifs pour lesquels elle

demande l'autorisation. Sur cette requête, le président rend une ordonnance portant permission de citer le mari en la chambre du conseil. Le code de procédure (art. 861) ajoute que le mari déduira les causes de son refus devant le tribunal. Comme le juge est appelé à vider un conflit, il doit, après avoir entendu la femme, entendre aussi le mari (1).

Si le mari est absent ou interdit, on suit les formes prescrites par les articles 863 et 864 du code de procédure auxquels nous renvoyons. Si le mari est frappé d'une condamnation afflictive ou infamante, il n'y a pas de sommation à faire; et d'après l'article 221 du code civil, le juge peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. Il y a quelque difficulté quand le mari est mineur. Nous croyons avec M. Demolombe qu'il n'y a pas lieu à lui faire une sommation ni à l'appeler en la chambre du conseil. A quoi bon une sommation pour constater le refus, alors que le mari ne peut ni refuser ni consentir? A quoi bon l'appeler devant le tribunal, alors qu'il n'y a pas de conflit à vider (2)?

139. Nous avons supposé jusqu'ici que la femme est demanderesse. Ni le code civil, ni le code de procédure ne prévoient le cas où la femme est défenderesse. Proudhon indique une procédure très-simple qui est suivie dans la pratique et qui est fondée sans doute sur une vieille tradition. Le demandeur assigne le mari conjointement avec la femme. Si le mari comparait, il devient partie au procès; il y a, en ce cas, autorisation tacite, puisqu'il y a concours du mari dans l'acte. Si le mari fait défaut, ou si, ayant comparu, il refuse d'agir avec sa femme, ou d'agir seul, le juge est appelé à donner l'autorisation (3). Berlier dit, dans l'exposé des motifs, que l'intervention du juge n'est qu'une simple formalité: c'est dire que la justice accorde toujours l'autorisation quand le mari la refuse (4).

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 884.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 333, n° 253.

(3) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. 1^{er}, p. 468. La jurisprudence est conforme (Arrêt de la cour d'Orléans du 5 mai 1849, Dalloz, 1849, 2. 161).

(4) Loqué, *Législation civile*, t. X, p. 345, n° 12.

Cela est trop absolu. Précisément parce que le mari refuse d'autoriser sa femme à se défendre, le tribunal doit examiner s'il doit, malgré ce refus, accorder l'autorisation. Le tribunal doit-il donner l'autorisation d'une manière expresse? La cour de cassation a jugé qu'elle peut être tacite. Quand le demandeur conclut à ce que le juge autorise la femme, au refus du mari, il y a autorisation implicite, si le jugement condamne par défaut le mari et la femme assignés conjointement (1).

140. Il nous reste à dire quelles sont les formes que la femme doit suivre quand il s'agit d'un acte extrajudiciaire. Il y a quelque doute sur ce point. L'article 219 porte: « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari *directement* devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil. » Dans la pratique, on considère cette disposition comme abrogée par l'article 861 du code de procédure, lequel exige une *sommation* préalable. D'après la rigueur des principes, on devrait décider qu'il n'y a pas abrogation. Le code règle seulement la procédure pour les actes extrajudiciaires; c'est l'objet de l'article 219; il ne dit rien des instances judiciaires. C'est cette lacune que le code de procédure a comblée, en statuant que la femme qui voudra se faire autoriser à la *poursuite de ses droits*, doit d'abord faire une sommation à son mari. Il est certain, quoi qu'en dise M. Demolombe, que l'expression *poursuite de ses droits* marque un procès; quand la femme passe un acte, on ne peut pas dire qu'elle poursuit un droit, puisqu'elle n'en a pas encore. Il y a donc deux dispositions distinctes et prévoyant des cas différents: comment veut-on qu'un article qui parle des procès déroge à un article qui parle des actes extrajudiciaires? Toutefois, dans la pratique on suit l'article 861 pour les actes extrajudiciaires aussi bien que pour les procès, et il y a, en effet, même raison d'exiger

(1) Arrêt du 21 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 157).

une sommation pour les uns comme pour les autres.

141. L'autorisation de justice, de même que l'autorisation du mari, doit être spéciale. Cela résulte de la combinaison de l'article 219 avec l'article 217. Le code exige le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, ce qui implique la nécessité d'une autorisation spéciale. C'est cette autorisation spéciale que le juge doit suppléer, si le mari la refuse; elle doit donc aussi être spéciale. Et ce qui est vrai du cas où le mari refuse d'autoriser sa femme s'applique, par identité de motifs, aux cas où le mari est dans l'impossibilité de l'autoriser. Si le juge donnait une autorisation générale, il empiéterait sur les pouvoirs du mari, il usurperait la puissance maritale; car il déciderait d'avance, sans le mari ou malgré lui, ce que le mari sera appelé à décider, au fur et à mesure que la femme doit passer un acte.

La jurisprudence est conforme. Un jugement du tribunal de Bordeaux autorisa une femme mariée « à traiter et transiger avec le sieur B., ou toute autre personne, aux clauses et conditions qui lui paraîtraient les plus avantageuses à ses intérêts. » La cour de Bordeaux prononça la nullité de cette autorisation, parce qu'elle donnait trop de latitude à la femme pour répondre au but de la spécialité; pour être spéciale, l'autorisation aurait dû déterminer l'étendue des sacrifices auxquels la femme pourrait souscrire, en restreignant ses pouvoirs dans de certaines limites. Une autorisation vague et incertaine n'est pas une autorisation spéciale (1).

§ V. Effets de l'autorisation.

N° 1. EFFET DE L'AUTORISATION A L'ÉGARD DE LA FEMME.

142. Pothier pose le principe en ces termes : « L'effet de l'autorisation est de rendre la femme aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée qu'elle le serait si

(1) Arrêt du 18 mai 1838 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 912).

elle n'était pas mariée. » Ainsi la femme, d'incapable qu'elle était, devient capable. Est-ce à dire que l'acte soit pleinement valable en vertu de l'autorisation, et que la femme ne puisse plus l'attaquer? Non, certes. La femme ne peut plus attaquer l'acte pour cause d'incapacité, puisqu'elle est capable; mais si l'acte est vicié pour une autre cause, la femme peut en demander l'annulation. C'est ce que Pothier ajoute : « L'autorisation ne donne pas plus d'effet à l'acte qu'il n'en aurait si la femme n'était pas mariée. » Lors donc qu'une femme mineure est lésée par un acte qu'elle a fait avec autorisation, dit Pothier, l'autorisation n'empêche pas le contrat d'être susceptible de restitution (1). Il n'en serait plus de même dans notre droit moderne; le mari étant le curateur de sa femme, celle-ci en agissant avec son assistance ne peut plus se plaindre d'être lésée, car, assistée de son curateur, elle devient capable, bien entendu quand il s'agit d'un acte qu'elle peut faire avec cette simple assistance. Si c'était un acte de disposition, elle en pourrait demander l'annulation, quoique le mari l'eût autorisée, puisqu'elle ne peut le faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal : l'assistance de son mari ne couvre pas cette nullité.

143. Il y a un second principe en cette matière : l'autorisation ne rend la femme capable que quant à l'acte pour lequel elle a été autorisée. Ce principe découle de la règle qui veut que l'autorisation soit spéciale; elle ne vaut donc que pour un acte déterminé. Si la femme, au lieu de faire l'acte pour lequel elle était autorisée, en fait un autre, elle ne peut plus se prévaloir de l'autorisation qui lui a été donnée; l'acte est nul comme étant fait par une femme non autorisée. Il a été jugé en conséquence que la femme autorisée à l'effet de vendre n'avait pas pu faire valablement une donation sous forme de vente. Il ne faut pas s'en tenir à l'apparence de l'acte; la donation déguisée n'est pas une vente; la femme n'était donc pas autorisée à la faire; partant l'acte, quoique qualifié de vente, était nul (2).

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 76.

(2) Arrêt de Pau du 19 mars 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 915).