

La femme, le mari et le juge : étude sur la procédure à fin d'autorisation d'ester en justice.

Ninon Maillard

▶ **To cite this version:**

Ninon Maillard. La femme, le mari et le juge : étude sur la procédure à fin d'autorisation d'ester en justice.. Revue historique de droit français et étranger, 2009. hal-01618714

HAL Id: hal-01618714

https://nantes-universite.hal.science/hal-01618714

Submitted on 18 Oct 2017

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.

La femme, le mari et le juge : étude sur la procédure à fin d'autorisation d'ester en justice

RESUME

Au titre de l'article 215 du Code civil, la femme mariée ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari. Si le genre masculin vaut à l'homme d'être investi de la puissance maritale au sein du couple, le statut d'époux dirigeant la société conjugale l'oblige à exercer celle-ci dans un sens conforme à ce qu'attend le législateur. Dès lors, l'article 218 permet à la femme de contester le refus d'autorisation de son mari et de demander cette même autorisation au juge. Loin de venir atténuer le principe de puissance maritale, le contrôle du juge vient prouver que cette puissance n'a pas été dévolue au mari dans son propre intérêt mais dans le cadre d'une économie familiale qui investit le mari du pouvoir de diriger le ménage. Si la procédure d'autorisation judiciaire place une épouse, par ailleurs incapable, en demanderesse contre son mari, elle ne tend pas à émanciper celle-ci du joug marital. Elle a pour objectif de maintenir le déséquilibre entre le mari et la femme dans une mesure qu'il appartient au juge de déterminer. Le Code exige, en effet, autant l'obéissance de la femme qu'il attend du mari un exercice consciencieux de sa puissance.

« *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de bien* » : au début du XIX^e^ siècle, l'incapacité de la femme à plaider en justice est posée par l'article 215 du Code civil. Mettant fin à la diversité coutumière comme aux statuts particuliers de la femme mariée en pays de droit écrit[1] ou de la femme commerçante, le Code civil uniformise la condition juridique de la femme mariée et « rend commune à toute la France[2] » l'incapacité de celle-ci d'ester en justice sauf à bénéficier de l'autorisation de son mari.

Incapable d'agir, la femme reste pourtant détentrice de biens et donc d'actions réelles avant comme après son mariage, de même qu'elle peut être amenée à vouloir engager des actions personnelles pendant son mariage, sans que son mari soit directement concerné par les affaires en question. Si l'incapacité d'ester en justice de l'épouse tombait sous le sens pour les biens dont le mari acquérait l'administration au moment du mariage ou pour les actions qui concernaient la famille dont le mari est le chef, il était inconcevable d'étendre ce même principe d'incapacité à toutes les actions concernant la femme au cours de sa vie maritale. L'incapacité de la femme mariée ne pouvait donc être générale et totale dès lors que la femme n'était pas jugée inapte mais

[1] Si l'incapacité de la femme mariée n'est pas posée comme principe dans les pays de droit écrit, force est de constater que la puissance maritale y a pratiquement les mêmes effets que dans les pays de coutume. L'autorisation d'ester en justice est courante à partir du XIV^e^ siècle si bien que la différence entre pays de droit écrit et pays de droit coutumier semble être moins flagrante en pratique qu'en droit, *Cf.* Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 183.

[2] Philippe-Antoine MERLIN (dit MERLIN DE DOUAI), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 3^e^ édition, Paris, Garnery, 1807-1825, t. I, v° Autorisation maritale, p. 435.

simplement dépendante de son mari, dès lors que le mari n'absorbait pas complètement la personnalité juridique de son épouse. Comment par exemple justifier l'incapacité de la femme mariée à engager une action en diffamation et confier l'initiative d'une telle action au seul mari ? De fait, l'article 215 ne vient pas éteindre la capacité de la femme pendant la durée du mariage mais il en subordonne seulement l'exercice à la volonté du mari. Le recours au système d'autorisation apparaît alors comme le noyau fondamental de cette incapacité d'exercice : quelle que soit l'action envisagée, et donc même si celle-ci ne concerne pas le mari, une épouse doit soumettre son projet d'agir devant la justice à l'approbation de son mari. Grâce à ce système d'autorisation préalable généralisé à toutes les actions, le principe d'incapacité peut être appliqué. La femme conserve l'initiative d'agir dans les affaires qui la concernent mais elle doit obtenir l'accord de son mari pour réaliser son projet. Demanderesse ou défenderesse, l'épouse ne peut se présenter devant le juge à l'insu de son mari. L'autorisation ne peut donc pas être considérée comme un remède à l'incapacité de la femme : elle constitue au contraire un élément nécessaire à la viabilité même du principe d'incapacité. L'autorisation est l'expression de l'incapacité de la femme mariée.

La preuve en est que l'article 215 insiste particulièrement sur le cas des femmes mariées sous le régime dotal[3], séparées de biens ou marchandes publiques pour la simple raison que ces femmes ont acquis une certaine autonomie malgré leur mariage. En régime dotal, la femme a la libre gestion de ses paraphernaux. En séparation de biens, la femme conserve ou récupère l'administration de ses biens[4]. Quant à la marchande publique, elle a le droit de gérer une affaire. En rappelant fermement la soumission de ces femmes à l'autorisation maritale, le législateur confirme que leur relative autonomie dans l'administration de leurs biens ou de leur commerce ne vient pas atténuer la puissance maritale de leur époux. Le principe d'autorisation posé par l'article 215 du Code civil permet ainsi au mari de conserver un droit de regard sur toutes les affaires judiciaires de son épouse quel que soit le régime matrimonial ou la situation professionnelle ou sociale de celle-ci.

Le mari est donc *a priori* le seul décisionnaire en matière d'accès à la justice, pour lui-même et pour sa femme. Pourtant, suivant les termes de l'article 218 du même Code civil, *si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation*[5]. Que le juge vienne pallier l'absence ou l'incapacité du mari ne heurte pas le principe de puissance maritale – le juge

[3] Nicolas-Eustache PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France, démontrée par principes, et mise en action par des formules*, Paris, Garnery, H. Nicolle, 1807, t. I, p. 81 *sq*.

[4] Séparations de biens judiciaire et contractuelle ont les mêmes effets quant à la capacité de la femme : cette dernière jouit d'un simple droit d'administration qui ne porte pas atteinte à l'autorité maritale, *Répertoire Dalloz* (*Rép. D.* par la suite), t. XIV, v° Contrat de mariage, p. 580, n. 3123.

[5] L'autorisation de justice n'est pas une création du Code civil. Les tribunaux s'étaient arrogé le droit d'habiliter les femmes mariées à plaider devant eux dès le XIV^e^ siècle. L'intervention des tribunaux avait alors constitué un pas de plus vers la théorie de l'incapacité de la femme mariée. Il s'agissait en effet d'une restriction de la liberté des femmes puisque cela mettait fin à la possibilité que les femmes mariées du Moyen Âge avaient acquise d'agir directement en justice, notamment en cas de folie ou d'absence du mari. *Cf.* Pierre PETOT, *Cours d'histoire du droit privé*, doctorat, 1951-1952, Les incapables, p. 111 *sq*.

venant délivrer une autorisation nécessaire à la place du mari – mais que le juge puisse autoriser lorsque le mari a refusé, voilà qui peut étonner dans un contexte que l'on sait favorable au rétablissement de cette même puissance. Il est en effet difficile de concilier cette dernière avec la possibilité pour la femme de contester le refus du mari devant le juge. De plus, on ne peut que relever la contradiction du législateur de 1804 qui propose à une épouse incapable d'ester en justice un recours contre le mari auquel il l'a lui-même soumise. Comment dès lors concilier le devoir d'obéissance de la femme mariée et le principe de l'autorisation maritale avec la possibilité de contester la décision du mari devant le juge ? Force est de constater que les commentateurs ne parviennent pas à dépasser cette apparente contradiction du législateur.

Autorisation maritale et autorisation judiciaire peuvent pourtant avoir un fondement unique si l'on considère la puissance maritale comme une délégation de pouvoir opérée par le législateur vers le mari au profit de la société conjugale (I). Le juge de l'autorisation se trouve alors en position de contrôler l'usage que fait celui-ci de la puissance dont il est investi. Pour cela, il apprécie de manière empirique les motifs du refus de celui-ci. Erreur, « méchanceté », injustice… Si le *mauvais mari* n'est pas sanctionné par le juge, il peut être désavoué (II). Toutefois, la procédure d'autorisation n'est pas présentée comme une tribune contre le mari. S'il y a confrontation des époux, le juge cherche avant tout la conciliation entre deux volontés contraires (III).

I. AUTORISATION MARITALE ET AUTORISATION DE JUSTICE : DELEGATION ET CONTROLE DE LA PUISSANCE MARITALE

Les commentateurs du Code considèrent généralement que la possibilité pour la femme de demander une autorisation judiciaire remet en cause le principe de puissance maritale en tant que fondement du système d'autorisation de la femme mariée. Qu'en est-il vraiment ?

Le législateur n'a pas étayé sa législation de justifications fondamentales solides[6]. Il disserte ainsi sur la faiblesse des femmes comme s'il s'agissait de justifier la prééminence du mari au sein du couple. Le principe d'autorisation est alors la conséquence indirecte de l'inégalité entre le mari et l'épouse, envisagée comme le reflet d'une inégalité naturelle entre l'homme et la femme. La puissance maritale apparaît comme étant de droit naturel, comme chez Grotius[7]. Portalis explique ainsi que le gouvernement de la famille posé par le Code civil a suivi « les indications de la

[6] Pour ses articles relatifs à l'incapacité de la femme mariée, le législateur aurait « puisé dans la tradition sans logique parfaite » selon Bernard SCHNAPPER, « Autorité domestique et partis politiques », dans *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e^-XX^e^ siècles)*, PUF, 1991, [p. 555-596], p. 561.

[7] À propos de l'origine de la puissance maritale (Bible, droit romain, droit naturel), *cf.* Jean CARBONNIER, *Droit civil. Tome I. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, p. 1235.

nature »[8], ce qui permet à André-Jean Arnaud d'évoquer la tenace « misogynie [*d'alors,*] responsable d'un autoritarisme revendiqué par l'homme comme un privilège inné[9] ». Le législateur de 1804 n'envisage pourtant pas la puissance maritale comme une tyrannie : au contraire, l'infériorité naturelle de la femme justifie une nécessaire protection que le Code organise. La réciprocité des obligations des époux est alors valorisée, la femme se faisant obéissante en échange de la protection de son époux[10]. Le tribun Mouricault estime ainsi que l'assujettissement de la femme mariée vise à donner à celle-ci un « guide » contre son inexpérience et « un protecteur contre la surprise »[11]. Le tribun Gillet justifie avec la même argumentation le coup porté par le Code civil au statut privilégié de la femme mariée en pays de droit écrit qui avait conservé, en théorie du moins, la libre gestion de ses paraphernaux. Selon lui, cette pratique « choquait les idées établies sur la protection que le mari doit à son épouse[12] » puisque la liberté de la femme ne permettait pas au mari d'« empêcher sa femme de perdre sa fortune par des décisions imprudentes » ! On anéantit ainsi la liberté de la femme au nom de la protection de l'épouse.

Rares sont les commentateurs qui reprendront les arguments du législateur fondés sur la protection du « sexe faible[13] » dans leurs développements sur le fondement de l'autorisation de la femme mariée. La plupart assument pleinement la réaffirmation de l'autorité maritale qui ne supporte pas l'autonomie juridique de l'épouse[14]. La majorité des auteurs, dont Demolombe, rappelle logiquement que la femme mariée n'a pas davantage besoin de protection que la femme célibataire ou que la veuve[15]. Une première incohérence du législateur est levée. Romain Cubain, avocat à la Cour royale de Paris, rappelle aussi que le système de l'incapacité repose sur une présomption légale de défaut d'intelligence qui justifie une protection spéciale. Une femme mariée n'ayant pas moins d'aptitudes qu'une fille ou qu'une veuve, le régime d'incapacité de la femme mariée « ne peut donc avoir d'autre raison que de fonder la puissance maritale[16] ». Le principe

[8] PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Paris, Éditions confluences, 1999, p. 32.
[9] André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973, p. 66 (Bibliothèque de philosophie du droit ; XVI).
[10] Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. IX, p. 177-179 : présentation au Corps législatif et exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 26 ventôse an XI – 17 mars 1803.
[11] *Idem*, t. XIII, p. 418 *sq.* : discussion devant le Corps législatif, discours du tribun Mouricault, 17 pluviôse an XII – 7 février 1804.
[12] Cité par Paul OURLIAC, « L'évolution de la condition de la femme en droit français », VIII[e] journées franco-espagnoles de droit comparé : la condition juridique de la femme, Barcelone 26-29 mai 1966, publié dans *Annales de la faculté de droit de Toulouse*, t. XIV, 1966, fasc. 2, p. 70.
[13] André-Jean ARNAUD, ouv. cité, p. 66.
[14] Jean GAY, art. cité.
[15] MERLIN DE DOUAI, ouv. cité, t. I, v° Autorisation maritale, p 435 *sq.* : « Quels sont les motifs et l'objet de l'Autorisation maritale ? » ; Charles DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Bruxelles, Méline, Cans et Cie, 1847, n. 114.
[16] Romain CUBAIN, *Traité du droit des femmes en matière civile et commerciale*, Paris, Joubert, 1842, p. 57.

d'autorisation est donc directement rattaché à la concession de la puissance maritale[17]. Et si l'auteur rappelle que l'« on enseigne » que l'incapacité de la femme mariée a pour but de protéger la femme, il ne reprend pas l'argument à son compte.

En renonçant à retenir la protection de l'épouse comme fondement de l'autorisation, les commentateurs du Code portent atteinte au principe de réciprocité des obligations des époux. Ils reconnaissent le déséquilibre posé par la loi entre le mari et sa femme sans chercher à en atténuer l'importance. De plus, en écartant l'argument de la faiblesse féminine, ils rompent le lien entre incapacité de la femme et droit naturel, là encore à contre-courant du législateur. Tout ce qui tient au genre féminin est ainsi relégué au second plan, relevant de l'anecdotique. La femme est incapable et soumise à l'autorisation de son mari parce qu'elle est dépendante vis-à-vis de celui-ci du fait du mariage[18]. Dans le même ordre d'idées, Valette[19] et Demolombe estiment que l'incapacité de la femme mariée permet de maintenir l'« autorité du mari ». Pour autant, le premier estime que l'incapacité de la femme mariée est un « état convenable à sa nature qui est subordonnée et dépendante[20] » et le second que « l'inexpérience de la femme est, quoi qu'on en dise, le fait le plus ordinaire[21] »… Les réflexes de genre persistent tout de même en filigrane dans le discours juridique pour tenter de donner, malgré tout, un fondement –voire une justification – à l'inégalité légale entre mari et femme. Demolombe ne s'attarde cependant pas sur les défaillances féminines et centre son argumentation sur le droit : l'incapacité de la femme mariée est le pendant des droits que la loi accorde au mari à savoir le droit de diriger sa femme et celui de « veiller, dans l'intérêt commun de la famille, à la conservation de ses ressources[22] ».

La notion d'intérêt commun est alors commode, non plus pour justifier la prédominance du mari, mais à tout le moins pour la moraliser, lui donner un objectif valable. À la protection de la femme – argument spécieux parmi d'autres – se substitue la mission de préservation des intérêts du ménage. On retrouve ainsi l'argument de la garantie des intérêts patrimoniaux chez Aubry et Rau, le chef de l'union conjugale étant le gardien des intérêts qui s'y rattachent[23]. Vazeille et Berriat-Saint-

[17] L.-Ch.-A. ALLEMAND, *Traité du mariage et de ses effets*, Riom, E. Leboyer, 1847, t. II, p. 361, n. 926. Louis Allemand (1773-1853) fut bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour de Riom ; Fr.-A. VAZEILLE, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Paris, Chez l'auteur, 1825, t. II, p. 33, n. 300.
[18] Joseph-Edouard BOITARD, Gabriel-Frédéric COLMET-DAAGE et Ernest GLASSON, *Leçons de procédure civile*, Paris, Pichon, 14e édition, 1885, t. II, p. 566, art. 862, n. 1107.
[19] Auguste VALETTE, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Marescq aîné, 1859, p. 119.
[20] *Idem*, p. 117.
[21] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, p. 266, n. 117.
[22] *Idem*, p. 267.
[23] Carl-Salomon ZACHARIAE, *Cours de droit civil français* revu et augmenté par AUBRY et RAU, Bruxelles, Méline, Cans et Cie, 1850, t. II, p. 153 *sq*.

Prix évoquent aussi les intérêts communs des époux[24]. Delvincourt, Toullier et Duranton développent quant à eux l'idée d'une « société conjugale » indissoluble au sein de laquelle le Code civil donne la préférence à l'avis de l'un des associés en cas de désaccord : la nature et les lois désignent le mari[25]. Selon Delvincourt, il est en effet plus simple que la puissance appartienne à l'associé qui réunit l'expérience à l'habitude des affaires.

Finalement, le point commun entre le législateur et les commentateurs se trouve sur le terrain de cette société conjugale. En effet, Portalis fonde l'autorité maritale sur la « nécessité de donner, dans une société de deux individus, la voix pondérative à l'un des associés[26] ». Dans cette conception, le sexe est secondaire. Il n'est qu'un moyen de déterminer celui qui sera placé à la tête du ménage puisqu'il n'en faut qu'un seul. La femme mariée renonce alors à prendre ses propres décisions pour s'en remettre à celles de son mari, pour le bien de la communauté et la conservation de l'intégrité de la société conjugale sous une seule tête. Peu importe alors la légèreté de la femme, sa faiblesse ou à l'inverse ses compétences, seul compte son statut d'épouse : « ce n'est pas la femme qui est incapable, c'est l'épouse[27] ». La terminologie prend alors toute son importance. La femme peut être ou ne pas être soumise, ce n'est pas du ressort du juriste ; l'épouse en revanche est dépendante.

Dans ce contexte, l'épouse qui veut agir en justice doit logiquement demander une autorisation à son mari. On pourrait croire – obéissance oblige – que le législateur a voulu qu'elle s'en remette à la décision du mari quelle qu'elle soit. Or, en cas de refus de celui-ci, l'article 218 du Code civil octroie à l'épouse la possibilité de demander cette même autorisation au juge. Si l'autorisation se justifie par l'affirmation de la puissance maritale, comment se fait-il que la femme puisse déférer un refus devant le juge ? La construction doctrinale qui fonde l'autorisation sur la puissance maritale semble mise à mal par l'intervention du juge. La construction doctrinale autour de la société conjugale résiste mieux. En réalité, l'une et l'autre restent cohérentes si on les étaye de considérations fondées sur l'économie familiale voulue par le Code. Le *statut d'époux* permet ainsi de dépasser l'approche simpliste qui consisterait à opposer frontalement autorisation maritale et autorisation de justice. En effet, si l'autorisation maritale avait été créée uniquement pour le profit particulier du mari dans le cadre de l'affermissement de son autorité domestique, le recours initié

[24] Fr.-A. VAZEILLE, ouv. cité, n. 300, p. 31 ; Félix BERIAT-SAINT-PRIX, *De l'incapacité des femmes mariées, des mineurs, des interdits et des personnes soumises à un conseil judiciaire, de l'action en nullité ou en rescision résultant de cette incapacité*, Paris, P. Renouard, 1841, p. 7.

[25] Claude-Etienne DELVINCOURT, *Cours de code civil*, Paris, Delestre-Boulage, 1824, t. I, p. 161, Note et explications de la page 79 ; Charles-Bonaventure TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, Paris, Warée oncle et fils aîné, 1824-1828, p. 11 *sq.* ; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, Paris, G. Thorel, 1844 , t. II, n. 453.

[26] PORTALIS, ouv. cité, p. 32.

[27] Paul GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien*, Paris, Durand et Pédon-Lauriel, Ernst Throin, 1867, p. 475.

par la femme n'aurait pas lieu d'être. Il s'agit donc d'envisager la puissance maritale comme un rôle, un statut conféré au mari par le législateur. Cela revient à placer la puissance maritale dans une autre perspective que celle qui la confronte uniquement à l'atténuation de la capacité de la femme : le législateur n'a pas simplement reconnu une prédominance naturelle de l'homme sur la femme, il a choisi de confier la direction du ménage au mari. Si « l'autorité des pères est […] une sorte de magistrature » à laquelle le législateur donne « une certaine étendue[28] », il en va de même *mutatis mutandis* pour la puissance maritale. Et cela suppose que le mari use à bon droit de cette puissance. Les considérations de Proudhon sur les fondements de l'autorisation de justice prennent alors tout leur sens : selon lui, le mari n'est que le « délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu[29] ». En permettant à l'épouse de contester la réponse de son mari, le législateur rappelle que les responsabilités qui ont été conférées à ce dernier l'ont été pour le bien de la société conjugale comme élément de « l'ordre des familles[30] » et donc, de la société dans son ensemble. La procédure d'autorisation judiciaire prévue par l'article 218 du Code civil vient ainsi illustrer le caractère quasi public de la puissance maritale et son contrôle.

Ainsi, on attend du mari qu'il se montre consciencieux dans l'exercice de son pouvoir qui est, dès lors, ostensiblement transformé en devoir. Ne peut-on pas voir ici une résurgence du « devoir de protection » du mari à l'égard de sa femme, devoir imposé par l'article 213 en écho au devoir d'obéissance de la femme[31] ? La notion de protection ne serait pas alors le fondement du système d'autorisation mais une condition nécessaire de son exercice. Le mari a le pouvoir d'autoriser, il a le devoir de le faire dans un souci de protection. Certes, ce devoir n'est pas exprès mais il est révélé à l'occasion du contrôle que le législateur confie au juge dans le cadre de la procédure à fin d'autorisation judiciaire prévue par l'article 218. Ainsi, dans le cas d'une requête en autorisation d'ester en justice, le mari se doit d'accorder celle-ci lorsque cela s'avère nécessaire à la préservation des intérêts de l'épouse ou du ménage. Toutefois, de même que le bon père de famille, le bon mari est un homme idéalisé[32]. Pour peu que le mari en chair et en os choisisse de ne pas se comporter comme l'aurait fait cet homme idéal, le législateur a prévu le contrôle du juge.

Le mari a donc le pouvoir de refuser l'autorisation sous réserve du droit de la femme de contester ce refus devant la justice. Le législateur octroie ce droit à la femme, non dans son propre

---

[28] PORTALIS, ouv. cité, p. 32.

[29] Jean-Baptiste PROUDHON, *Traité sur l'état des personnes et le titre préliminaire du code civil*, 3e éd. aug. par M. VALETTE, Paris, A. Maresq, 1848, t. I, p. 468.

[30] Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p.83.

[31] Si le principe d'obéissance de la femme mariée est facile à concevoir, on peut s'interroger sur le contenu juridique du devoir de protection qui incombe à l'époux.

[32] Charles-Bonaventure TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles, Adolphe Warlen et Cie, 1837, t. III, p. 320, n. 230: « Le bon père de famille […] est celui qui est économe et frugal sans avarice, honorable sans prodigalité, propre et décent dans sa mise et dans son ménage, mais sans luxe ; qui, en un mot, use de ses biens sans en abuser, toujours prêt à les réparer, ou même à les améliorer, pour les transmettre aux héritiers que la nature et la loi lui ont donnés ».

intérêt, mais dans un souci de bonne gestion de la société conjugale. Car l'autorisation judiciaire ne sert pas l'émancipation de l'épouse et par là-même, ne remet pas en question le principe de puissance maritale. Le débat autour de l'intervention du ministère public dans les affaires concernant des femmes munies d'une autorisation de justice démontre assez que le législateur est réticent à laisser une épouse plaider seule[33]. Cette intervention est présentée, là encore, comme une mesure de protection vis-à-vis des femmes qui se retrouvent en procès sans le conseil de leur mari[34]. Il s'agit surtout de ne pas écorner l'ordre voulu par le Code. La femme ne saurait mener une action en justice seule, dès lors qu'elle est mariée. Zachariae touche au fond de la question lorsqu'il affirme que les filles ou veuves ont la même faiblesse que les femmes mariées mais qu'elles ne « compromettent » qu'elles[35]. Le cas des femmes mariées autorisées par la justice est particulièrement problématique : si le législateur veut que l'épouse puisse défendre ses droits malgré l'opposition de son mari dès lors que celle-ci n'est pas justifiée, il n'est pas concevable de lui laisser toute latitude dans la gestion de l'affaire après obtention d'une autorisation de justice : elle reste l'épouse que le législateur ne veut pas considérer comme sujet décisionnaire et responsable au sein du ménage. Même lorsque le mari est désavoué, cela ne saurait être mis au crédit de l'autonomie de la femme, incompatible avec son statut d'épouse. Seuls les intérêts de celle-ci ou ceux du ménage sont recherchés. La procédure d'autorisation judiciaire ne remet donc pas en cause le déséquilibre entre mari et femme mais elle permet de circonscrire celui-ci dans une certaine mesure : pas plus que l'autonomie de la femme mariée, le législateur ne saurait tolérer le despotisme d'un mari qui aurait pour conséquence la ruine ou même l'amoindrissement des biens du ménage.

La procédure d'autorisation judiciaire permet alors simplement à l'épouse – mais c'est déjà considérable – de soumettre au juge l'utilisation faite par le mari de la puissance octroyée par la loi, afin que le magistrat puisse en apprécier le caractère conforme ou abusif. La puissance maritale, en tant qu'attribut du genre masculin, est alors tempérée par les obligations du mari sans être pour autant remise en question. Chef de la société conjugale suivant la loi, le mari doit défendre les intérêts du ménage et plus largement, se montrer capable de dépasser ses vues personnelles pour remplir son rôle vis-à-vis de son épouse de la manière dont le législateur l'a entendu. Le juge est là pour « censure[r] la puissance maritale[36] ». Il est le contrôleur, non pas du comportement de

[33] Jean-Guillaume LOCRE, *Esprit du code de procédure civile*, Paris, P. Didot, 1816, t. I, p. 196. Une proposition fut faite pour que le ministère public intervienne dans toutes les affaires faisant comparaître des femmes autorisées.
[34] Ernest-Désiré GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, Pichon, 1902, t. I, p. 286, §. 48 : « la loi craint que la femme seule ne défende pas bien ses intérêts ».
[35] Carl-Salomon ZACHARIAE, *Le droit civil français*, annoté par G. MASSE et Ch. VERGE, Paris, Auguste Durand, 1854, t. I, p. 234, note 4.
[36] Jean GAY, art. cité, p. 42.

l'homme vis-à-vis de sa compagne, mais des décisions du mari vis-à-vis de son épouse dans le cadre de la préservation des intérêts communs formés au sein de la société conjugale.

II. LE CONTROLE DU MARI PAR LE JUGE

Lorsque le juge se prononce sur le refus d'un mari capable et présent, le terme « suppléer[37] » est peu approprié puisque l'autorisation de justice ne vient pas remplacer le défaut d'autorisation du mari mais bien remettre en cause le refus de celui-ci. La femme ne peut d'ailleurs pas demander une autorisation de justice avant d'avoir dûment sollicité son mari[38]. L'impérative demande préalable au mari prouve que le juge ne doit pas venir se substituer à l'époux qui est le détenteur légal du pouvoir d'autoriser. L'intervention du juge se situe donc en aval de celle du mari. Il s'agit alors plus exactement d'une « exception à l'autorisation maritale[39] » et de contrôler, à l'appel de l'épouse, l'utilisation de la puissance légale par le mari.

Ainsi, les commentateurs du Code civil sont unanimes : le juge intervient lorsque le refus du mari est « mal fondé[40] », « sans raison valable[41] », « injuste[42] », « sans cause légitime[43] », « sans motifs raisonnables[44] », si le mari « ne justifie pas sa résistance[45] » ou s'il se fait « une fausse opinion » des droits ou des intérêts de sa femme[46]… Il ne fait aucun doute que le fondement de l'intervention du magistrat est inhérent à un mésusage de son pouvoir par le mari. Mésusage, car il est possible que le mari se trompe sans chercher à nuire à son épouse. Mésusage, car il n'y a pas de faute ou d'infraction : la loi n'oblige pas le mari à prendre une décision juste[47]. Cependant, la loi n'abandonne pas pour autant l'épouse à « l'erreur » ou à la « méchanceté[48] » : le législateur a prévu le « mauvais usage par l'homme de la puissance qu'il a sur la femme[49] » et il « ne ménage pas les maris qui refusent à tort d'autoriser leur femme[50] ». Les commentateurs cherchent alors à

[37] *Rép. D.*, v° Autorisation de femme mariée, n. 109.
[38] Aix, 9 janvier 1810, aff. Michel c. N., *Rép. D.*, t. XIV, v° Contrat de mariage, n. 3326, note 3.
[39] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 212.
[40] *Rép. D.*, v° Autorisation de femme mariée, n. 110.
[41] Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, Paris, Marchal et Billard, 1889, t. II, v°Autorisation de femme mariée, n. 62.
[42] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 252 ; 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*, 5e édition, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1858, t. I, p. 394 ; *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 865.
[43] Joseph-Edouard BOITARD, Gustave de LINAGE, Gabriel-Frédéric COLMET-DAAGE, *Leçons de procédure civile*, 9e édition, 1865, t. II, n. 1108.
[44] Olivier-Jacques CHARDON, *Traité des trois puissances, maritale, paternelle et tutélaire*, Première partie, Bruxelles, 1843, p. 153.
[45] Ernest-Désiré GLASSON, ouv. cité, t. II, p. 568, §. 193.
[46] Fr.-A. VAZEILLE, ouv. cité, t. II, p. 85, n. 341.
[47] La procédure n'aboutit pas à une sanction. Si l'autorisation judiciaire est donnée, le mari est certes désavoué mais il n'encourt aucune condamnation, si ce n'est les dépens.
[48] Fr.-A. VAZEILLE, ouv. cité, t. II, p. 85, n. 341.
[49] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, p. 153.
[50] Joseph-Edouard BOITARD, Gustave de LINAGE, Gabriel-Frédéric COLMET-DAAGE, ouv. cité, t. II, n. 1108.

circonscrire l'obligation du mari le plus souvent de manière négative. Ainsi, l'autorité conférée au mari n'est pas « arbitraire » : « ce n'est pas l'autorité du caprice[51] » ou une puissance « d'oppression[52] ». Le juge va donc distinguer « l'usage ou l'abus que le mari voudroit faire de son autorité ». Par usage, le législateur entend le droit qu'a le mari de refuser l'autorisation à sa femme[53] ; par abus, le législateur entend le refus « qui ne tend qu'à dépouiller la femme des moyens légitimes de conserver ses droits[54] ». Dans ce cas, soit la femme « renonce » à son projet[55], soit elle décide de déférer le refus au juge afin d'obtenir une autorisation de justice. Paradoxalement, le contrôle des maris dans l'exercice de leur puissance dépend des épouses elles-mêmes quand bien même le législateur les considère par ailleurs incapables. Incidemment, on devine ici les limites de la démonstration : le contrôle du juge est circonscrit aux cas qui lui sont soumis. Combien de femmes ont eu suffisamment d'audace pour contester le refus de leur mari devant le juge ? Quelle proportion tiennent les refus déférés devant le juge comparativement à ceux qui n'ont eu pour effet que d'éteindre d'éventuelles velléités d'action ? Contentons-nous de souligner ici que l'intervention du juge ne peut se faire qu'à l'initiative de l'épouse. Le législateur considère donc implicitement que la femme peut avoir davantage de sagesse dans l'appréciation de ses intérêts ou de ceux du ménage, que son mari. Il donne alors la possibilité à la femme de déférer le refus de son mari devant le juge afin d'obtenir une autorisation de justice.

Le magistrat est alors « juge absolu de la valeur des motifs de refus du mari[56] ». Il décide « d'après les circonstances[57] »… Plus précisément, le juge apprécie les causes du refus du mari après « examen des circonstances »[58]. Et ces circonstances sont liées à la demande initiale de la femme. Celle-ci est-elle fondée sur de « justes motifs[59] » ou plus exactement est-elle justifiée ? Il s'agit de vérifier si l'autorisation requise est conforme à l'intérêt de la femme ou à celui de la société conjugale. L'article 861 du Code de procédure civile apporte quelques précisions décisives sur cette question. Après sommation[60] faite à son mari de l'autoriser à procéder et en cas de refus de celui-ci, l'épouse peut présenter au président du tribunal compétent[61] une requête « où elle expose

[51] *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 863.
[52] Charles-Bonaventure TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code civil*, Paris, Warée oncle et fils aîné, vol. 2, 1824-1828, p. 15 ; Alexandre DURANTON, ouv. cité, t. II, n. 453.
[53] Carl-Salomon ZACHARIAE, *Le droit civil français*, annoté par G. MASSE et Ch. VERGE, Paris, Auguste Durand, 1854, t. I, p. 239.
[54] Jean-Guillaume LOCRE, ouv. cité, t. IV, p. 88 : discours de l'orateur du Conseil d'État Théophile Berlier.
[55] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, p. 51.
[56] Jean-Baptiste GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure (organisation judiciaire, compétence et procédure en matière civile et commerciale)*, 2e édition par Charles Cezar-Bru, Paris, L. Larose, 1903, t. VII, p. 211.
[57] Fernand LABORI, ouv. cité, t. II, v° Autorisation de femme mariée, n. 62.
[58] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 257.
[59] *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 895.
[60] Adolphe CHAUVEAU, *Formulaire général et complet ou traité pratique de procédure civile et commerciale*, Paris, 1867, t. II, p. 383, n. 836.
[61] Il s'agit du tribunal du lieu du domicile du mari.

l'intérêt qu'elle a d'être autorisée à poursuivre[62] ». Le juge commence donc par apprécier la demande de la femme. Si celle-ci paraît infondée, le juge ne donne pas suite et l'épouse se voit contrainte de se soumettre au refus de son mari : celui-ci a correctement rempli son rôle en refusant l'autorisation. En revanche, si la demande de la femme est justifiée, le juge n'est pas habilité à octroyer instantanément une autorisation. En effet, la procédure engagée ne tend pas à délivrer une autorisation judiciaire sur simple requête de l'épouse. Elle permet uniquement au juge d'apprécier le refus d'autorisation du mari. La comparution de celui-ci prend alors tout son sens. Il serait en effet inutile que le mari vienne « expliquer son refus[63] » si le magistrat était habilité à statuer directement sur la demande d'autorisation. Or, le jugement d'autorisation ne peut intervenir qu'après que le mari a déduit les causes de son refus ou qu'il ne s'est pas présenté[64]. On considère donc qu'il est possible, voire probable, que le mari ait de bonnes raisons de refuser même si la demande de la femme paraît fondée. Et dans ce cas, « lorsque le défaut d'autorisation est juste, le devoir des magistrats est de l'accueillir[65] ». En revanche, en cas d'injustice appréciée comme telle par le juge, le rôle du magistrat est simple : accorder là où le mari avait refusé. La demande est fondée, le refus ne l'est pas.

L'arrêt de la Cour de Liège du 11 mars 1841 est alors fondamental pour comprendre sur quoi le juge pouvait s'appuyer pour autoriser. Il pose en effet le principe suivant : il n'est pas nécessaire que les droits de la femme soient incontestables pour que le juge accorde l'autorisation. Il suffit que celle-ci ait un droit apparent[66]. Le juge ne doit prendre en considération que le caractère légitime de la demande d'autorisation en non les moyens qui seront développés suite à cette autorisation. De même, le mari doit apprécier la demande de sa femme sans préjuger des moyens que celle-ci entend déployer au cours de la procédure qu'elle désire engager. Ainsi, la Cour de Rennes a autorisé la dame Baslé à poursuivre la nullité de son mariage pour impuissance alors qu'en première instance, le tribunal de Saint-Malo avait refusé l'autorisation en se basant sur des motifs tirés des moyens du fond que l'épouse avait révélés. Selon la Cour, le tribunal devait se prononcer sur la légitimité de la demande d'autorisation et non sur le fond[67]. Le juge de l'autorisation n'est pas le juge du fond. De même, l'octroi de l'autorisation ne dépend pas de l'issue éventuelle du procès envisagé. Ni le mari, ni le juge ne peuvent en effet « deviner »[68] les moyens qui seront opposés à la femme. Compte tenu

[62] Nicolas-Eustache PIGEAU, ouv. cité, t. I, p. 84 ; Adolphe CHAUVEAU, ouv. cité, t. II, p. 384, n. 837.
[63] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 252.
[64] *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 892.
[65] Jean-Guillaume LOCRE, ouv. cité, t. IV, p. 88.
[66] Liège 11 mars 1841 cité par Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 213.
[67] Rennes, 24 août 1814, aff. Baslé c. Gilbert dans *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, note 3, p. 427 : « que les premiers juges, au lieu de prendre connaissance du fond d'une demande à former qui ne leur était pas soumise, n'avaient qu'à examiner si l'autorisation requise par Guillemette Baslé, pour pouvoir introduire son action contre son mari, devait être donnée ».
[68] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, p. 156, n. 293.

du risque inhérent à toute action en justice, il est impossible de prévoir si l'action envisagée par l'épouse va aller, ou non, dans son sens. Il s'agit de se « prononcer non sur les conséquences actuelles d'un fait accompli […] mais sur celles à craindre ou à espérer d'un projet qu'on ne peut apprécier qu'avec le calcul aventureux des probabilités[69] ». Cette jurisprudence vient considérablement encadrer la marge d'appréciation du mari. Celui-ci ne doit en effet porter son attention que sur la légitimité de l'action envisagée par son épouse. Au regard de l'arrêt de 1841, le mari ne sera pas suivi dans son refus, une fois constaté l'intérêt de la femme à agir, s'il fonde ce refus exclusivement sur les éléments de fond de l'action envisagée.

Tout repose alors finalement sur l'appréciation de la demande initiale. Seul Chardon développe les moyens dont le juge peut user pour apprécier celle-ci : instruction officieuse, plutôt administrative que judiciaire, attestations d'hommes honorables ou encore expertises. Dans le même ordre d'idées, Demolombe remarque que la présence d'un avocat peut être utile au tribunal « pour expliquer l'affaire et tous les motifs qui doivent faire accorder ou refuser une autorisation[70] » : il s'agit bien pour le juge de « pressentir les conséquences du procès que désire la femme et que le mari réprouve[71] ». Étant donné que pressentir les conséquences du procès ne revient pas à juger des moyens que la femme compte exploiter, c'est donc estimer le risque que fait courir l'action de la femme aux intérêts du ménage ou aux siens propres. Ainsi, le juge désavoue le mari qui interdit à sa femme d'intenter une action en diffamation[72]. De même, le juge autorise une femme à procéder avec d'autres cohéritiers au partage d'une succession qui lui était échue alors que le mari avait préalablement refusé[73]. Dans ces deux affaires, la femme a davantage à gagner qu'à perdre et on comprend mal le refus du mari.

Dans d'autres « circonstances », le refus d'autorisation intervient dans un contexte de tension entre les époux. C'est le cas des demandes d'autorisations préalables aux actions en nullité du mariage comme dans l'affaire Baslé[74]. On comprend aisément la réticence du mari : c'est un peu donner le bâton pour se faire battre que d'octroyer à l'épouse une autorisation d'agir en la matière ! Dans d'autres cas, il est tentant pour le mari de refuser l'autorisation d'ester en justice à sa femme pour exercer une pression sur l'épouse. Or, l'autorisation ne peut faire l'objet d'un chantage et doit être appréciée par le mari indépendamment des conflits qui l'opposent à son épouse. En tout état de cause, la justice doit venir au secours de l'épouse lorsqu'« on veut […] lui faire acheter [une

[69] *Idem*, p. 155, n. 288.
[70] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 255. La présence ou non d'avocats fait l'objet d'un débat au regard du caractère exceptionnel de la procédure.
[71] *Idem*, n. 289.
[72] Alger, 3 octobre 1867, *D.* 67.2.135 et *S.* 67.2.155.
[73] Trib. civil de Toulouse, 27 avril 1882, *Gazette du Palais*, 82.2.195.
[74] Rennes, 24 août 1814, affaire Baslé c. Gilbert, *Rép. D.*, v° Mariage, note 3, p. 427 ; Cass. Req, 10 février 1831, aff. Soyez, *D.* 51.1.43.

autorisation] à d'injustes conditions[75] ». Ainsi, la Cour de Toulouse n'avalise pas le refus d'autorisation du mari sous prétexte que la femme n'a pas réintégré le domicile. En l'espèce, la dame Auziès, séparée de biens, demande à son mari le droit de poursuivre des sommes qui lui sont dues. Le mari refuse de donner l'autorisation, sa femme n'ayant pas réintégré le domicile malgré une décision de justice qui lui en faisait l'obligation. En première instance, le tribunal de Saint-Girons a considéré que le retour au domicile avait effectivement été exigé par un arrêt de la Cour Royale de Toulouse et que, ce retour conditionnant les droits de l'épouse, le mari avait valablement refusé l'autorisation. Pourtant, la Cour de Toulouse casse le jugement : le fait que l'épouse ne soit pas présente au domicile conjugal ne peut faire obstacle à l'exercice de ses droits[76]. L'autorisation maritale ne saurait être octroyée sous condition : soit la demande est légitime et dans ce cas, le mari doit donner l'autorisation requise, soit la demande est inutile, sans intérêt ni pour la femme ni pour « la société conjugale[77] » et dans ce cas, le mari est en droit de la refuser[78]. En l'espèce, l'épouse Auziès a intérêt à agir, la demande est donc fondée et la Cour estime que le refus du mari n'est pas justifié. En définitive, ce n'est pas au mari de s'assurer de l'exécution de la décision de justice rendue contre son épouse par le biais de son pouvoir d'autoriser. On attend du mari une appréciation objective, détachée de toute considération personnelle : il semble ici que la jurisprudence conforte notre propos sur le caractère quasi public de la puissance déléguée au mari.

L'épouse peut donc contester le refus de son mari lorsque celui-ci prend sa décision au regard de considérations qui ne concernent pas la demande qui lui a été soumise. De même, si le mari refuse et que sa femme se tourne vers le juge, il revient alors à celui-ci d'évaluer « le droit apparent de la femme » et d'octroyer l'autorisation « au risque de juger, quelque temps après, qu'elle aurait mieux fait d'écouter son mari[79] ». S'il y a certainement une grande différence entre l'administration de conseils et l'octroi d'une autorisation, on peut considérer que la demande de la femme suscite, à un moment ou à un autre, dans le cadre de bonnes relations conjugales, une discussion sur l'action envisagée. Lorsque le juge est saisi, c'est que cette « harmonie[80] » conjugale est rompue et que la confrontation des époux est inévitable. Il appartient alors au magistrat de tenter une conciliation.

III. CONFRONTATION ET CONCILIATION DES EPOUX

[75] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, p. 153.
[76] Toulouse, 23 février 1832, *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, p. 427, note 4: « Attendu que la dame Auziès est séparée de biens […] ; que par conséquent, elle a le droit de poursuivre le payement des sommes qui lui sont dues ; que la circonstance qu'elle n'est pas au domicile conjugal ne peut pas être un obstacle à l'exercice de ses droits et actions […], puisque le sieur Auziès refuse l'autorisation nécessaire pour ester en jugement, il convient que la justice lui donne cette autorisation ».
[77] *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 895.
[78] Et non pas « doit » la refuser car si la femme peut contester le refus d'autorisation, elle ne peut remettre en cause une autorisation maritale en cas d'échec de la procédure engagée par la suite.
[79] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, p. 156, n. 293.
[80] *Idem*, p. 155, n. 287.

La procédure à fin d'autorisation de justice a « pour but un essai de conciliation[81] ». Le lien entre cette tentative de conciliation et le caractère à huis clos de la procédure est souligné par plusieurs auteurs. Le législateur a en effet prévu l'audition des époux en chambre et non en public : les « récriminations réciproques », les « explications animées et personnelles[82] », « les petites discussions de ménage et les secrets de famille[83] » justifient qu'il n'y ait pas une audience publique. Le fait que l'initiative appartienne à l'épouse ne pouvait que conforter le législateur dans le choix d'une procédure confidentielle. Étant donné que l'instance a des allures de confrontation entre les époux et que c'est l'épouse qui cite son mari à comparaître, il apparaît plus convenable de confiner les débats sans ébruiter l'affaire.

Chardon insiste sur le fait que l'autorisation de justice n'est pas une formalité. Effectivement, le juge ne se prononce pas sur la demande de la femme et le refus du mari de manière automatique, traitant l'une et ensuite l'autre. Son rôle est de « ramener la concorde[84] » ce qui suppose de confronter les arguments mutuels des époux. Chardon s'oppose sur ce point à Cubain pour qui l'autorisation est un acte d'instruction, un acte de juridiction gracieuse et non une procédure entre les époux… Et Cubain de démontrer l'impossibilité de considérer la demande d'autorisation de justice comme une instance à part entière : pour preuve, la femme « n'est pas obligée de se faire autoriser par son mari pour ester dans le jugement qui prononcera sur sa demande à fin d'autorisation[85] »… Certes, lorsque le mari refuse l'autorisation d'ester en justice à sa femme, celle-ci n'est effectivement pas obligée de demander à son époux une seconde autorisation pour contester ledit refus. L'argument est spécieux : il tend uniquement à ne pas reconnaître à la demande d'autorisation de justice le caractère d'une véritable procédure. En effet, Cubain commence par affirmer que la citation du mari prévue par l'article 261 du Code de procédure civile « n'est pas une instance engagée entre la femme et le mari[86] ». Ce qui gêne l'auteur, c'est que l'épouse puisse être à l'origine de la citation de son mari : comment concilier cette possibilité avec l'incapacité et le devoir d'obéissance de la femme d'une part, et la puissance maritale de l'autre. On comprend l'embarras du juriste.

Malgré les scrupules d'un Cubain, la demande d'autorisation judiciaire occasionne bel et bien une procédure présentée dans le *Répertoire Dalloz* comme « une instance préalable dans laquelle la

[81] *Rép. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 909
[82] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 255.
[83] Pierre-Jacques-Henri THOMINE-DESMAZURES, *Traité de la procédure civile ou explication méthodique et raisonnée du code de procédure*, Caen, F. Poisson ; Paris, Hacquart, 1807, p. 315.
[84] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, n. 288.
[85] Romain CUBAIN, ouv. cité, n. 175.
[86] *Idem*, p. 100.

femme est demanderesse et le mari défendeur[87] ». C'est une demande principale et personnelle pour laquelle le tribunal statue par un jugement[88]. Demolombe va même jusqu'à dire que si l'essai de conciliation mené par le juge échoue, « l'affaire prend l'allure d'un procès[89] ». Il apparaît alors incontestable que la procédure place le mari, non seulement en face du juge, mais aussi en confrontation avec son épouse, incapable mais demanderesse.

Chardon affirme néanmoins qu'« une présomption contre la demande de la femme[90] » naît du refus du mari. L'auteur considère en effet que le refus du mari est, dans l'absolu, justifié. Il revient alors à l'épouse qui conteste le caractère légitime de la décision de son mari de détruire cette présomption et d'« acquérir la preuve que ce refus a été dicté par esprit de contradiction ». Il lui faut prouver que « la résistance du mari » constitue « un abus intolérable ». Cette thèse est contestable. Tout d'abord, cela entre en contradiction totale avec la tentative de conciliation : si le but poursuivi par le juge est de trouver un terrain d'entente entre les époux, il est paradoxal que la femme soit mise en demeure de prouver le caractère illégitime du refus du mari. De plus, la procédure est censée secourir la femme en lui donnant « les moyens légitimes de défendre ses droits[91] ». Il ne s'agit donc pas de la placer en face d'une présomption qui constituerait une difficulté supplémentaire. En outre, c'est au juge d'apprécier le refus du mari au regard des motivations de celui-ci, et non en considération de preuves apportées par l'épouse. Si celle-ci doit prouver quelque chose, c'est que sa demande se justifie et qu'il y va de son intérêt d'ester en justice. Elle doit convaincre le juge du bien-fondé de sa requête. Le mari, de son côté, peut se présenter pour exposer les raisons qui l'ont poussé à refuser l'autorisation, et mettre en avant les intérêts du ménage. Il est alors entendu « contradictoirement » avec son épouse[92]. C'est précisément le caractère contradictoire de la procédure qui détermine la recherche d'un accord : la présence des deux époux à l'audition va permettre au juge *d'arbitrer* entre eux. En effet, le législateur lui-même envisage la procédure ainsi : « l'interposition de la justice est nécessaire pour prononcer entre deux volontés contraires[93] », sans que la « volonté » de l'épouse apparaisse dévalorisée comparativement à celle de son époux.

Pourtant, la parole de la femme apparaît à certains comme insuffisante. Tout d'abord, de manière assez symptomatique, la question de la représentation ne se pose pas dans les mêmes termes selon que l'on évoque le mari ou l'épouse. Ainsi, le rôle de l'avocat du mari est de représenter les intérêts de son client, l'article 861 du Code de procédure civile n'étant pas

[87] *Rép. D.*, v° Mariage, n. 887.
[88] Charles DEMOLOMBE, ouv. cité, n. 257.
[89] *Idem*, n. 256. La question s'est alors posée de poursuivre les débats en public ce que la plupart des auteurs rejettent.
[90] Olivier-Jacques CHARDON, ouv. cité, n. 290.
[91] Jean-Guillaume LOCRE, ouv. cité, t. IV, p. 88 : discours de l'orateur du Conseil d'État Théophile Berlier.
[92] Joseph-Edouard BOITARD, Gustave de LINAGE, Gabriel-Frédéric COLMET-DAAGE, ouv. cité, n. 1108.
[93] Jean-Guillaume LOCRE, ouv. cité, p. 88 : discours de l'orateur du Conseil d'État Théophile Berlier.

incompatible avec le ministère d'un homme de loi[94]. En revanche, certains auteurs ont soutenu que l'épouse devait être impérativement assistée dans la présentation de sa requête[95] comme si le fait que la femme ait la possibilité de citer son mari à comparaître devait être paré par l'obligation d'être assistée de quelqu'un d'autre et peut-être surtout par la restriction de sa participation directe au déroulement de l'audition. Là encore, il est difficile de faire la part des choses entre l'argument de la protection que certains utilisent en toute bonne foi et la volonté de ne jamais voir une femme mariée responsable d'elle-même. Par un arrêt de 1846, la Cour de cassation coupa court au débat et reconnut à l'épouse le droit de présenter seule sa requête[96].

D'autre part, le législateur a prévu l'intervention du ministère public lors de l'audience contradictoire. Une fois le mari entendu, le ministère public rend ses conclusions. D'après Ernest Glasson, la loi craint que la femme seule ne défende pas bien ses intérêts[97]. Étant donné qu'elle agit sans autorisation – c'est ce qu'elle vient chercher – le ministère public doit se pencher sur l'affaire. Dès lors, est-il possible d'affirmer que le juge tranche entre *deux* volontés contraires ? La présence du ministère public intervient dans la confrontation entre les arguments de l'épouse et ceux de son mari. Or, cette intervention se justifie par la présence d'une épouse non autorisée à l'instance. C'est dire que la parole de l'épouse ne se suffit pas à elle-même dans le débat qui l'oppose au refus de son mari. Cela ne préjuge en rien du bien-fondé des avis du ministère public et de l'impartialité des jugements d'autorisation mais cela prouve définitivement que la procédure ne tend pas à donner à la femme une tribune contre la puissance maritale mais bien de donner au juge la possibilité de parer aux abus du mari et d'encadrer la puissance que la loi lui a dévolue.

Ninon MAILLARD

[94] Pau 30 juin 1837, affaire Lafontà c. sa femme, *Rep. D.*, t. XXXI, v° Mariage, n. 892.
[95] Pierre-Jacques-Henri THOMINE-DESMAZURES, ouv. cité, t. II, p. 467.
[96] Cass. Rej., 21 janvier 1846, *D.* 46.1.10.
[97] Ernest GLASSON, ouv. cité, t. I, p. 246, §. 48.