

La condition juridique de la femme mariée en droit coutumier

Jacques Auger

Volume 2, 1971

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110879ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19377>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Auger, J. (1971). La condition juridique de la femme mariée en droit coutumier. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2, 99–113.
<https://doi.org/10.17118/11143/19377>

La condition juridique de la femme mariée en droit coutumier

*par Jacques AUGER **

INTRODUCTION

La domination du mari est certes le trait le plus caractéristique de l'histoire du droit des gens mariés. C'est une constante que l'on retrouve aussi bien au Moyen-Age qu'à la veille de la codification de 1866. Cependant, il s'agit là d'une constante dont l'intensité et les pôles d'attraction ont varié au cours des âges.

A la veille de la codification, parler de la domination du mari, c'est parler de l'incapacité de la femme mariée. En effet, au XIXe siècle ces deux concepts sont si intimement liés que l'on ne peut concevoir le premier sans le second. Mais il ne faut pas croire que l'incapacité de la femme mariée est nécessairement liée à un concept d'omnipotence du mari. Au XIIIe siècle, la femme était sans contredit soumise à l'autorité du mari, mais ses actes non autorisés n'en demeuraient pas moins valables en soi et personne ne pouvait en demander la nullité. C'était un régime d'autorité maritale, mais non d'incapacité de la femme mariée.

L'incapacité de la femme mariée s'est développée graduellement. La femme mariée a, pour ainsi dire, accédé à l'incapacité sous l'empire de facteurs multiples et la domination du mari s'est accentuée parallèlement à cette accession. Il y a bien un lien entre la domination du mari et l'incapacité de la femme, mais il ne serait pas exact d'affirmer qu'il s'agit purement et simplement d'un lien de cause à effet.

C'est toutefois en fonction de ces deux concepts que sera étudiée l'histoire de la condition juridique de la femme mariée depuis ses premiers développements en droit coutumier jusqu'à la codification de 1866.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

I — LE MARI CHEF DE LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE

L'existence de communautés familiales est sans nul doute un trait caractéristique de la vie au Moyen-Age. A cette époque, l'individu vit rarement isolé et s'il est possible que de nouveaux époux établissent leur foyer à l'extérieur de ces communautés, il est beaucoup plus fréquent dans ce monde rural qui prédomine jusqu'à la fin du XI^e siècle, qu'ils continuent à vivre dans la communauté familiale constituée par les parents de l'un d'eux chez lesquels ils s'établissent et avec lesquels ils travaillent sous la direction et l'autorité du père de famille¹.

Au sein de ces communautés familiales, l'intérêt particulier cède le pas à l'intérêt collectif et comme le souligne Olivier-Martin², si le haut Moyen-Age a connu la propriété individuelle, ce n'est que dans la mesure où elle se prête à des combinaisons d'intérêt familial: dot et donation en avancement d'hoirie à des enfants ou à des parents, douaire pour la femme. Les dispositions à l'égard des étrangers à la famille sont limitées et doivent être approuvées par la famille toute entière.

C'est donc dans ce milieu de larges pratiques communautaires, profondément attaché à la défense et à la conservation des biens familiaux que va s'élaborer le droit des gens mariés³.

A) La soumission de la femme au mari: les rapports extrapatrimoniaux.

Dans le premier âge féodal, les rapports personnels entre époux ne reposaient pas et ne pouvaient pas reposer sur une notion d'égalité. De très anciennes traditions donnaient au mari sur la femme une puissance qui n'allait pas sans rudesse et, comme le souligne Olivier-Martin⁴, si les principes chrétiens s'efforçaient de tempérer cette rudesse, ils ne faisaient que confirmer et préciser ces vieilles traditions quant à la notion même de puissance. Les paroles de Saint-Paul recommandant aux femmes d'être soumises à leur mari comme l'Eglise l'est au Christ servirent de fondement à ces principes chrétiens qui reconnaissaient une certaine supériorité au mari.

Ces anciennes traditions seront renforcées par l'apparition de textes romains dont l'un des premiers, vers 1070, permet au mari de châtier sa femme "à son gré, mais raisonnablement"⁵. Le Décret de Gratien va de plus confirmer ces traditions en attestant que "le mari est le maître, *dominus*, la femme est la

1 Gabriel LEPOINTE, *Droit romain et ancien droit français*, Paris, Montchrestien, 1958, p. 213.

2 François OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, Paris, E. Ledoux, 1926, t. 2, p. 150.

3 *Ibid.*, p. 159.

4 *Ibid.*, p. 182.

5 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, Collection Thémis, Paris, Presses Universitaires de France, t. 3, Le droit familial, p. 130.

servante ou l'esclave, *ancilla*, et elle doit à raison même de sa condition servile, être soumise en toutes choses à son mari"⁶.

Cette soumission de la femme au mari, les coutumiers du XIIIe siècle allaient la consacrer et la préciser en énumérant, d'une part, les pouvoirs du mari et, d'autre part, les devoirs de la femme qui doit à son mari la fidélité, le respect et l'obéissance.

La femme doit fidélité à son mari, c'est pour elle une obligation absolue. Le crime d'adultère est puni non seulement par le droit canonique pour qui il constitue une des rares causes du "*divortium quoad thorum et mensam*", c'est-à-dire de la séparation judiciaire, mais aussi par la plupart des coutumes qui infligent à la femme adultère la peine de la course; la femme est traînée dans les rues de la ville avec son complice, parfois fustigée et expulsée de la famille⁷.

La femme doit cohabiter avec son mari et des censures ecclésiastiques peuvent l'y contraindre si elle s'y refuse. Les tribunaux laïcs n'ont pas, à cette époque, juridiction pour prononcer la séparation judiciaire, mais ils peuvent accorder une séparation de fait, temporaire et toujours révoquant, n'emportant que séparation d'habitation. La femme qui désire obtenir cette séparation doit avoir de sérieux motifs, car comme le dit Beaumanoir:

"Nus ne se doit merveiller se les aucunes se départent de leurs maris quand les raisons sont resnables; mes mout doit preude fame souffrir et endurer avant qu'ele se mete hors de la compagnie de son mari"⁸.

Si l'on en croit Beaumanoir, la femme doit en effet endurer beaucoup avant que l'on puisse excuser son éloignement du foyer conjugal; sa vie même doit être en danger "quand li mari les menacent à tuer ou à afoier, ou quand il ne leur veulent donner que boivre ne que mangier ne que vestir sans mesfest pour eles mettre à mort"⁹.

La femme doit à son mari le respect. *La Très Ancienne Coutume de Bretagne* énumère, à son paragraphe 222, les personnes tenues à ce devoir de respect et elle mentionne "la femme à son seigneur espoux". Ce devoir de respect n'emportait aucune conséquence juridique précise.

La femme doit obéissance à son mari. A ce devoir de la femme correspond le pouvoir de correction du mari. Comme le dit Beaumanoir, "le mari peut user envers sa femme de son droit de correction. . . quand elle ne veut obéir à ses resnables commandemens"¹⁰.

6 Canon 33, question 5, c. 12 cité dans OURLIAC, *op. cit.*, t. 3, p. 130.

7 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 3, p. 132.

8 Philippe de BEAUMANOIR, *Les Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, no. 1629.

Traduction libre: Nul ne doit s'étonner si certaines (femmes) quittent leur mari quand les raisons sont raisonnables; mais une honnête femme doit souffrir et endurer beaucoup avant qu'elle puisse quitter son mari.

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*, no 1631.

Donc, selon les coutumiers du XIII^e siècle, le mari possède un pouvoir de correction, pouvoir dont l'exercice n'est pas, en principe, soumis au contrôle judiciaire, sauf si le mari outrepassé les limites autorisées par la coutume. Ces limites sont par ailleurs très larges et ce fait témoigne de la rudesse des mœurs de cette époque. Il est normal que le mari corrige sa femme et, pour ce faire, il peut la frapper à sa guise "sans mort et sans mehaing", c'est-à-dire sans toutefois aller jusqu'à la tuer ou lui infliger des blessures sanglantes. Beaumanoir cite même quatre cas où le mari doit corriger sa femme: si elle veut "faire folie de son corps", si elle dément son "baron", si elle le maudit, si elle ne lui obéit pas¹¹.

La correction maritale, selon l'esprit des textes, est pas conséquent plus qu'un droit, c'est un devoir qui incombe au mari, car ce dernier répond pécuniairement des méfaits de sa femme, il lui faut donc la maintenir dans le droit chemin ou, pour employer l'expression de Beaumanoir, "lui ôter son vice".

B — Le rôle effectif de la femme: les rapports patrimoniaux.

L'autorité maritale, la soumission et le devoir d'obéissance, le pouvoir de correction, sont des phénomènes qui, au Moyen-Age, se situent dans l'ordre normal des choses. Le droit coutumier n'a nullement élaboré de théories sur les rapports personnels entre époux, il a simplement constaté une situation de fait. Cela explique pourquoi, paradoxalement, ce même droit coutumier du Moyen-Age nous fait découvrir une femme qui, sur le plan des rapports patrimoniaux, a conservé pendant le mariage une personnalité juridique lui permettant d'assumer un rôle parfois important.

De nos jours, le principe de la liberté des conventions permet aux époux de déterminer eux-mêmes leur capacité juridique, laquelle selon leur choix, sera plus ou moins complète. Or, à l'époque du Moyen-Age, le principe de la liberté des conventions matrimoniales est inconnu et, aussi bien à Paris que dans la plupart des pays de coutumes, la communauté est le seul régime qui s'offre aux époux. Cette communauté s'établit par la vertu même du mariage, de telle sorte qu'il n'est pas question d'un choix présumé des époux. C'est en substance ce qu'affirme Beaumanoir:

"Chascun set que compaignie se fet par mariage, car si tost comme mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par la vertu du mariage"¹².

Au sujet des premières communautés conjugales, de leur fonctionnement et du rôle qu'y jouait chacun de ses membres, il faut signaler que la rareté des textes ne permet aucune affirmation absolue. Olivier-Martin a tiré de l'analyse

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, no. 622. Traduction libre: Chacun sait que la communauté s'établit par le mariage, car dès l'instant du mariage, les biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu même du mariage.

d'un certain nombre d'actes l'idée que la communauté conjugale, dès qu'elle s'organise à part, a copié la communauté familiale, dont elle n'est qu'une réduction¹³. Il en déduit que, tout comme la gestion des biens communautaires appartenait principalement au chef de la communauté familiale, elle appartient également au mari en sa qualité de chef de la communauté conjugale. Mais l'autorité du mari n'était pas absolue, elle était tempérée par la vie en commun et surtout par cette idée acceptée de tous que la gestion devait être conduite honnêtement dans l'intérêt de tout le groupe. Ainsi que l'affirme Olivier-Martin: "aux yeux des tiers, les époux forment un groupe inséparable et, pour les actes graves, on traite normalement avec les deux"¹⁴. Dès qu'il s'agit d'un acte de disposition d'un bien commun, d'un bien propre du mari ou de la femme, les deux époux y concourent. Ce n'est donc pas une notion d'incapacité qui, dans ce Haut Moyen-Age, empêche la femme de disposer de ses biens sans l'assentiment de son mari, mais beaucoup plus un désir de protection et de conservation des biens dont jouit la communauté conjugale.

Cependant, la communauté conjugale, assez rapidement, s'éloigne de son type primitif et de plus en plus la personnalité juridique de la femme est absorbée par celle du mari. Il suffit, pour s'en convaincre, de suivre pas à pas le rôle de la femme au sein de la communauté conjugale du XIIIe et XIVE siècles.

Au XIIIe siècle, le mari n'a autorité que pour la direction du ménage. S'il est hors d'état d'exercer cette autorité, la femme y supplée tout naturellement¹⁵. Beaumanoir permet à la femme d'agir lorsque "li barons est en estranges terres, fuitis ou banis ou emprisonnés, sans espérance de revenir"¹⁶. Il en est de même si le mari a perdu la raison et Olivier-Martin cite un arrêt du Parlement de Paris de 1335 qui charge une femme d'administrer les biens de son mari idiot et ceux de la communauté¹⁷.

Mais dans le cours normal des choses, la prédominance du mari est évidente: sa compétence n'est pas limitée. Selon l'expression des textes mêmes, le mari a le bail et le gouvernement des biens communs, ainsi que des biens propres de sa femme. L'administration des biens du ménage lui appartient, il est maître des meubles et peut donc en disposer seul. A l'époque de Beaumanoir, le mari ne peut disposer seul des conquêts (immeubles) de la communauté, mais la coutume n'a pas tardé à lui accorder ce droit et, dès la première moitié du XIVE siècle, il n'est plus seulement le seigneur des meubles, mais aussi le vrai seigneur des conquêts. Olivier-Martin explique ce changement important par l'extension du droit de poursuite des créanciers. En effet, affirme-t-il, lorsque les créanciers

13 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 169.

14 *Ibid.*, p. 161.

15 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 3, p. 134 et Gabriel LEPOINTE, *op. cit.*, p. 219.

16 Philippe de BEAUMANOIR, *op. cit.*, no. 1336.

17 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 199.

eurent le droit d'agir sur les immeubles en plus des meubles, le mari a eu en fait la possibilité de compromettre par ses actes tout le patrimoine commun¹⁸.

Mais si le mari a également l'administration des biens propres, son pouvoir de disposition est limité quant à cette catégorie de biens et l'intervention de la femme est nécessaire pour donner à l'acte de disposition sa pleine validité. C'est ce qu'enseigne Beaumanoir lorsqu'il dit:

“Mes voirs est que le tresfons de l'éritage qui est de par la fame ne puet li maris vendre, se ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa fame, ne le sien meisme, se ele ne renonce à son douaire, . . .”¹⁹.

La femme a donc effectivement un rôle à jouer au sein de la communauté conjugale, mais la prédominance du mari se fait sans cesse sentir, surtout quant aux actions et aux contrats de la femme. En effet, au Moyen-Age, la règle s'est établie dans tous les pays de coutumes que la femme ne peut ester en jugement sans l'intervention du mari. Ourliac explique qu'il est difficile et dangereux, à l'époque féodale, de plaider, car aux pièges de la procédure s'ajoute la crainte du duel judiciaire, d'où la nécessité pour la femme d'avoir un “champion” qui combatte pour elle et celui-ci est normalement son mari²⁰. Olivier-Martin de son côté explique cette situation du simple fait que les intérêts du mari et de la femme, étant étroitement liés, l'action en justice de la femme a toujours des répercussions sur les intérêts du ménage et du mari. Or, afin que la question soit complètement réglée, la présence du mari est nécessaire²¹. Quant à la forme de cette intervention du mari, elle a sensiblement évolué. Au début le Parlement exigeait la présence même du mari à côté de la femme, puis graduellement, à la suite de certaines exceptions²², il s'est contenté de l'autorisation du mari. La femme peut cependant se défendre seule dans les actions criminelles.

La femme ne peut d'avantage engager la communauté sans l'autorisation de son mari. L'acte non autorisé n'oblige pas le mari et aucune poursuite n'est possible pendant le mariage pour faire sanctionner de tels actes. Sur ce point, Beaumanoir est catégorique: “Fame qui est en mariage ne peut plegier ne dete fere, et se ele fet, ses barons n'i est de riens tenus”²³.

La dette de la femme n'est pas nulle ni même annulable, elle est seulement inopposable au mari et subsiste contre la femme. Le seul acte auquel le mari peut

18 *Ibid.*, p. 192.

19 Philippe de BEAUMANOIR, *op. cit.*, no. 622.

Traduction libre: Le mari ne peut vendre les immeubles propres de la femme, sans l'autorisation et le consentement de la femme, ni même les siens, sans qu'elle (femme) ne renonce à son douaire.

20 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 3, p. 135.

21 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 202.

22 En 1263, le Parlement de Paris permet à une femme dont le mari était “*senex et debilis*” de plaider avec la seule autorisation de son mari. François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 202.

23 Philippe de BEAUMANOIR, *op. cit.*, no. 1330.

s'attaquer directement pour en demander la révocation est la donation que la femme aurait faite pendant le mariage de ses biens propres ou des biens de la communauté. Si le mari s'abstient de faire révoquer le don, soit parce "qu'il ne le set pas" ou parce "qu'il li plest bien que le dons tiegne"²⁴ la femme ne pourra le faire à sa place et si elle le réclame, "ele ne doit pas estre oie en ce cas" comme le dit Beaumanoir²⁵.

L'assentiment du mari n'implique d'ailleurs pas une autorisation expresse donnée au moment même de la passation de l'acte. Il peut résulter d'une ratification postérieure à l'acte ou même du fait que le mari se décide à défendre la femme poursuivie par le créancier²⁶.

Il ne s'agit donc aucunement d'une incapacité de la femme, mais plutôt d'une capacité mise en veilleuse du fait de la prédominance du mari en tant que chef de la communauté conjugale. La preuve en est que dès la levée de cet obstacle par la mort du mari, son absence ou toute autre cause (telle la folie) de nature à annihiler cette prédominance, la femme "revient en sa pleine poosté" et il "convient qu'elle réponde de son fet"²⁷. L'autorisation du mari ne se supplée pas à cette époque où l'on connaît à peine l'autorisation judiciaire.

Il faut noter aussi qu'une femme mariée peut contracter librement si elle est marchande publique "d'aucune marchandise dont ses barons ne se set meller"²⁸, c'est-à-dire si elle exerce un commerce séparé de celui de son mari. Les profits de ce commerce bénéficient alors à la communauté et conséquemment les dettes lui incombent. La femme peut en ce cas engager la communauté et le mari par son acte non autorisé, encore faut-il cependant que le mari ait autorisé sa femme à exercer un commerce ou du moins qu'il ne s'y soit pas opposé. Il ne paraît pas douteux non plus que la femme puisse faire seule son testament, car l'effet ne se produira qu'à la dissolution de la communauté.

II – LE MARI MAÎTRE DE LA FEMME

La tradition coutumière du XIII^e siècle n'était pas défavorable à la femme mariée, elle lui permettait d'assumer un rôle au sein de la communauté conjugale, rôle qui pouvait même aller jusqu'à permettre à la femme de se substituer au mari si ce dernier était dans l'impossibilité juridique ou matérielle de gérer la communauté. Rien ne suppléait à cette époque à l'autorisation maritale. C'est pourtant à cette même époque qu'est apparue une institution nouvelle qui, dans les siècles à venir, s'avérera désastreuse quant à la capacité de la femme mariée: l'autorisation de justice.

24 *Ibid.*, no. 1974.

25 *Ibid.*

26 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 201.

27 Philippe de BEAUMANOIR, *op. cit.*, no. 1335.

28 *Ibid.*, no. 1336.

On connaît déjà la règle coutumière qui obligeait la femme à obtenir l'autorisation de son mari pour ester en justice. Mais dans le cas d'absence du mari ou encore lorsque la femme était dans la nécessité de plaider contre son mari, il lui était impossible d'obtenir une telle autorisation. La solution la plus logique à cette époque aurait été de permettre à la femme d'agir seule, mais comme le signale Olivier-Martin²⁹, la pratique, habituée au mécanisme de l'autorisation, chercha une formalité susceptible de suppléer à l'autorisation maritale. Elle recourut à la lettre de Chancellerie qui, émise au nom de l'autorité royale et délivrée en grande connaissance de cause, permettait à la femme de se soustraire au droit commun et de plaider sans l'autorisation maritale. Mais il semble que la Chancellerie ne tarda pas à expédier ces lettres un peu mécaniquement, sur simple requête, laissant au tribunal la tâche d'en vérifier le bien fondé. La Justice en vint donc ainsi à autoriser directement la femme à plaider sans son mari ou contre lui. Cependant, la femme plaidant avec autorisation de justice seulement, n'engage ni la communauté ni le mari et les créanciers doivent attendre la dissolution de la communauté pour faire exécuter un jugement qui serait prononcé contre la femme. Par la suite, cette autorité supplétive devait s'étendre à tous les actes un tant soit peu importants accomplis par la femme pendant l'absence de son mari.

La généralisation de cette pratique s'est inspirée beaucoup plus d'un besoin de protection des créanciers que de la femme elle-même. Au XIV^e et XV^e siècle, le développement des villes et l'accroissement du nombre des transactions ont rendu impossible la connaissance personnelle de la situation de la femme et c'est fort probablement sous la pression des créanciers méfiants que la femme prit l'habitude de se faire autoriser par justice pour d'autres actes afin que le tribunal lui accorde un jugement qui lui serve de caution. En outre, à la fin du XIV^e siècle, la femme ne remplace plus naturellement un mari incapable. Le Châtelet nomme des curateurs étrangers qui non seulement administrent les biens de l'incapable, mais aussi ceux de la communauté³⁰.

Ce n'est donc pas encore l'incapacité, puisqu'à la dissolution de la communauté, la femme reste tenue de ses engagements non autorisés, mais comme l'affirme Ourliac, ces solutions pratiques sont autant de pièces et de morceaux qui marquent son cheminement et seront utilisés au XVI^e siècle pour la construire³¹.

A) L'incapacité de la femme mariée: les rapports patrimoniaux

L'obligation qu'a faite à la femme le droit coutumier de se munir de l'autorisation de son mari ou de la justice n'est pas suffisante pour que la femme

29 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 203.

30 *Ibid.*, p. 199.

31 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 3, p. 145.

soit regardée comme une incapable. Tant et aussi longtemps que le droit ne déclarera pas absolument nul l'acte non autorisé, le seuil de l'incapacité ne sera pas véritablement franchi. Ce n'est que dans la seconde moitié du XVI^e siècle et sous la pression d'influences extérieures que le droit coutumier franchira ce seuil et que pénétrera dans le droit le principe de l'incapacité de la femme mariée.

Ces influences dites extérieures proviennent de deux sources principales: le droit canonique et le droit romain. Ces deux systèmes de droit véhiculaient des idées défavorables à la femme, idées qui furent reçues dans les pays de coutumes par le biais des écoles de droit.

Le droit canonique de son côté, malgré des textes qui prônent l'égalité des sexes, a toujours considéré la femme comme l'inférieure de l'homme. Saint-Thomas indique que c'est un fait d'expérience que la femme soit naturellement privée de raison et Gratien reprendra l'affirmation de Saint-Augustin "qu'il est dans l'ordre naturel que la femme soit au service de l'homme car ce n'est que justice que le moins fort serve le plus fort"³².

Le droit romain, d'autre part, bien qu'il n'ait jamais été reçu par le droit coutumier, n'en a pas moins lui aussi influencé les juristes du XVI^e siècle qui ont utilisé à profit la célèbre expression d'Ulpian "imbecilitas sexus" au soutien de la théorie nouvelle de l'incapacité de la femme mariée.

C'est surtout Du Moulin qui assurera le succès de cette nouvelle théorie et qui dans ses *Notae Solemnes* reprendra toutes les solutions élaborées par Tiraqueau et, comme le dit Ourliac, les ordonnera avec une parfaite logique³³.

Du Moulin affirme que la femme subit par son mariage une "*capitis deminutio*" qui lui enlève toute personnalité et dans son commentaire de l'article 225 de la Coutume du Poitou il poursuit logiquement en disant que la femme n'est pas tenue de ses engagements non autorisés, même dans son veuvage et ses héritiers, si elle meurt avant son mari, ne le sont pas davantage.

Les solutions élaborées par Du Moulin seront reprises par les coutumes réformées et notamment par l'article 223 de la Nouvelle Coutume de Paris: "Et si elle fait aucun contrat sans l'autorité et consentement de sondit mari tel contrat est nul tant pour le regard d'elle que de sondit mari et n'en peut être poursuivie ni ses héritiers après le décès de sondit mari".

Le mari n'est plus seulement le seigneur et maître de la communauté³⁴, il l'est maintenant de la femme. Il doit expressément autoriser tous les actes de la femme et cette autorisation doit être spéciale et concomitante à l'acte³⁵.

32 *Ibid.*, p. 130.

33 *Ibid.*, p. 148.

34 Voir l'article 225 de la Nouvelle Coutume de Paris.

35 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 3, p. 149.

La femme est donc frappée d'incapacité par l'effet même du mariage et non seulement comme conséquence de la vie en commun ou du régime de communauté. Alors que Beaumanoir invoquait au soutien de la puissance maritale et conséquemment de la perte temporaire de la capacité de la femme la "vie commune"³⁶, Pothier invoque le "mariage". La puissance maritale est un effet du mariage, "l'effet ne devant pas précéder sa cause"³⁷.

La femme mariée est non seulement incapable de disposer seule de ses propres, elle ne peut même pas les administrer et en jouir, ces droits étant réservés au mari en sa qualité de chef de la communauté. Le mari peut même passer pour les propres de sa femme, des baux n'excédant pas 6 ans à la ville et 9 ans aux champs. La femme est également incapable de s'engager par contrat et d'ester en justice³⁸. Elle peut cependant faire son testament sans autorisation, l'autorisation maritale n'étant nécessaire, selon la coutume, que pour les actes entre-vifs³⁹. Naturellement, la femme s'engage par ses délits, mais leurs conséquences pécuniaires n'atteignent pas la communauté et portent seulement sur la nu-propriété de ses propres.

L'incapacité de la femme mariée persiste même si son mari est absent ou incapable. Pothier explique que l'état de démence du mari pouvant lui être survenu sans sa faute, il ne doit le priver d'aucun de ses droits, ni par conséquent de la puissance qu'il a sur sa femme. Cette dernière doit en ce cas recourir à l'autorisation du juge qui est représentative de celle du mari⁴⁰. Cependant, l'engagement passé par la femme avec autorisation de justice n'oblige la communauté que jusqu'à concurrence du profit que cette dernière en retire, quant au reste, le créancier devra attendre la dissolution de la communauté s'il désire se pourvoir sur les biens de la femme.

Les exceptions à l'incapacité de la femme mariée sont peu nombreuses. Le cas de la femme commerçante en est une. Tout comme à l'époque de Beaumanoir, la femme qui exerce un commerce séparé, avec l'assentiment de son mari, est apte à accomplir tous les actes juridiques nécessaires à son commerce, et ces actes engagent la communauté, de même qu'ils lui profitent le cas échéant⁴¹. La coutume exceptait aussi la femme séparée de biens par contrat ou judiciairement, sans cependant lui laisser une complète liberté⁴². La femme séparée avait

36 Philippe de BEAUMANOIR, *op. cit.*, no. 622.

37 POTHIER, *Traité de la puissance du mari, de la communauté, des donations entre mari et femme*, par M. BÜGNET, Paris, 1861, t. 7, p. 5, no. 7.

38 Voir les articles 223, 224 et 234 de la Nouvelle Coutume de Paris.

39 POTHIER, *op. cit.*, t. 7, p. 17, no. 43.

40 *Ibid.*, p. 11, no. 25.

41 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 239. Nouvelle Coutume de Paris, article 236: "La femme, marchande publique, se peut obliger sans son mari, touchant le fait et dépendance de ladite marchandise".

42 Nouvelle Coutume de Paris, article 234: "Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet ou marchande publique".

la complète administration de ses biens et pouvait disposer de ses meubles, mais elle ne pouvait, sans autorisation du mari ou de justice, aliéner ses immeubles, les hypothéquer ou les compromettre par ses engagements. La coutume reconnaissait aussi à la femme le droit de s'engager sans autorisation pour sortir son mari de prison ou pour l'établissement de leurs enfants communs en cas d'absence du mari.

Le rôle de la femme, pour ce qu'il en reste, est essentiellement négatif et se résume à peu de choses près à la renonciation à son douaire et à son hypothèque légale lorsque le mari décide d'aliéner ses biens propres. Au XVII^e siècle, la femme a perdu sa personnalité juridique et personne ne songe plus à la traiter en associée. On admet seulement que sa situation subalterne pendant le mariage soit compensée par de sérieux privilèges à sa dissolution⁴³.

Toute cette construction juridique sur l'incapacité de la femme mariée s'explique en grande partie par l'hostilité des juristes à l'égard de la femme. Les explications qu'ils ont eux-mêmes avancées sont parfois astucieuses mais nettement insuffisantes pour expliquer la nullité absolue des actes de la femme. Pothier fait reposer l'incapacité de la femme mariée sur la nécessité de sauvegarder la puissance maritale établie par le mariage. Si tel était le véritable fondement, la logique juridique aurait dû maintenir la thèse du Moyen-Age, soit celle de l'inopposabilité des actes de la femme au mari, mais non celle de la nullité absolue. Les auteurs de la fin de l'ancien Régime ont surtout cherché des explications leur permettant de pousser la théorie de l'incapacité à son point limite, soit jusqu'à faire déclarer nuls des actes dont le caractère ne pouvait qu'être avantageux pour la femme, telle l'acceptation d'une donation pure et simple.

Tel était l'état du droit des gens mariés lorsqu'il fut officiellement introduit en Nouvelle-France en 1664⁴⁴. Le statut juridique de la femme mariée, tel que l'avait élaboré le droit coutumier, allait se maintenir presque intact jusqu'à la codification et, il faut bien l'avouer, même jusqu'au *bill 16*, en 1964⁴⁵.

Cette remarquable stabilité du droit matrimonial ne fut jamais compromise sérieusement. La conquête britannique amena une décade d'hésitations, mais l'*Acte de Québec*⁴⁶ rétablit le droit français et d'ailleurs, le Common Law se fut-il maintenu que la femme mariée n'y aurait certes rien gagné⁴⁷. Le droit anglais de cette époque était encore plus défavorable à la femme que le droit français. Blackstone écrivait à ce sujet: "But, though our law in general

43 François OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, t. 2, p. 241.

44 La Coutume de Paris fut introduite officiellement en Nouvelle-France par l'article 33 de l'édit d'établissement de la Compagnie des Indes Occidentales du mois de mai 1664. (Edits et Ordonnances, vol. I, p. 46).

45 *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, 12-13 Eliz. II, S.Q. ch. 66.

46 *Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, ch. 83.

47 Jacques BOUCHER, *L'histoire de la condition juridique et sociale de la femme au Canada français*, dans *Le droit dans la vie familiale*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970, t. I, p. 160.

considers man and wife as one person, yet there are some instances in which she is separately considered; as inferior to him and acting by his compulsion. And therefore, all deeds executed, and acts done, by her, during her coverture, are void, or at least voidable"⁴⁸. Dans l'esprit de ce juriste, l'incapacité de la femme mariée en droit anglais est essentiellement une mesure de protection à l'égard de cette dernière et c'est la raison pour laquelle il conclue en ces termes: "So great a favorite is the female sex of the laws of England"⁴⁹.

L'Acte de Québec introduisait aussi la liberté illimitée de tester, principe qui fut repris et plus clairement exposé en 1801⁵⁰. Mais c'est une ordonnance de 1841 qui apporta les modifications les plus substantielles à la capacité de la femme mariée⁵¹.

Pour comprendre les dispositions de cette ordonnance, il faut d'abord se rappeler que l'Acte de Québec déclarait le droit civil (coutumier) applicable à tous les canadiens résidant au Bas-Canada. Mais cet acte stipulait à l'article 8 que les terres tenues en franc et commun soccage^{51a} demeuraient soumises au droit anglais et cela à tous égards, donc aussi quant à la capacité requise pour les aliéner. Or, en droit anglais, seul le mari possède une personnalité juridique, la femme mariée n'en a aucune. Ainsi, au Bas-Canada, lorsqu'une femme mariée détenait en propre une terre tenue en franc et commun soccage, c'est en réalité au mari que revenait tous les pouvoirs sur cette terre et conséquemment celui de l'aliéner du consentement de sa femme, alors qu'en droit coutumier, la femme mariée aliène elle-même ses propres du consentement de son mari.

L'Ordonnance de 1841 a voulu uniformiser le droit en cette matière. L'article 34 de cette ordonnance décrétait que la femme mariée qui voulait aliéner sa terre propre, quelle qu'en soit la tenure, avait désormais la capacité pour le faire elle-même, mais du consentement de son mari et après *vérification*

48 William BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, London, 1966, t. I, p. 432.

49 *Ibid.*

50 *Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernières volontés*, (1801) 41 Geo. III, ch. 4. Sur la liberté de tester voir André MOREL, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960.

51 *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des Titres aux Terres, Ténements, et Héritages, Biens Réels ou Immobiliers, et des Charges et Hypothèques sur iceux; et pour le changement et l'amélioration sous certains rapports, de la Loi relativement à l'Aliénation et l'hypothécatation des Biens Réels, et des Droits et intérêts acquis en iceux*. (1841) 4 Vict., ch. 30, articles 34-35-36-37.

51a Il existe deux principales tenures: "en franc et commun soccage" et "en franc et aleu roturier". Marler explique en ces termes la distinction entre ces deux tenures: "The sole distinction to be observed between the two tenures is that lands held in franc aleu roturier are situate in and were originally dependent of a seignior, and are subject to the payment of an annual constituted rent to the seignior, unless it has been redeemed. Lands in free and common soccage are situate in Townships and are not subject to any payment whatsoever, but are subject to the conditions, if any, set forth in the Letters Patent by which they were granted by the Crown". William Marler, *The Law of Real Property*, Toronto, 1932, no. 39.

par la cour de sa volonté libre. Cette disposition, d'inspiration anglaise, n'améliorait en rien la capacité juridique de la femme mariée.

Les articles 35 et 37 de l'Ordonnance permettaient à la femme de renoncer à son douaire et cette renonciation affectait également le douaire des enfants. C'était une disposition exorbitante du droit coutumier où une telle renonciation n'affectait pas le douaire des enfants.

Enfin l'article 36 de l'Ordonnance défendait à la femme mariée de s'engager pour son mari autrement qu'en sa qualité de commune en biens. Encore une fois, c'est une disposition exorbitante du droit coutumier qui ne connaissait pas une telle prohibition. En effet, le *Senatus Consulte Velléien* qui fait à la femme une prohibition semblable n'a jamais été reçu par le droit coutumier qui en a même expressément empêché l'infiltration par une déclaration royale d'Henri IV en 1606. Cet article 36 de l'ordonnance qui deviendra l'article 1301 du code de 1866 ne peut être que d'inspiration anglaise.

A la veille du Code civil, la condition de la femme mariée ne s'est donc nullement améliorée. Au contraire, sous l'influence de juristes de formation et de mentalité anglo-saxonne, le principe de l'incapacité de la femme mariée s'est encore accentué. Les rédacteurs du code civil, fidèles à la tradition, reprendront intégralement la majeure partie des solutions élaborées par le droit coutumier et même accroîtront encore, au nom de la logique juridique, l'incapacité de la femme mariée.

Le principe est repris en termes non équivoques à l'article 986 du code. Les rédacteurs ont réservé à la femme mariée, en sa qualité d'incapable de contracter, une place de choix. Elle côtoie maintenant les mineurs, les interdits et autres personnes aliénées qui à raison de la faiblesse de leur esprit, sont incapables de donner un consentement valable.

L'autorisation de plaider est nécessaire même à la femme marchande publique⁵². L'autorisation de justice est exigée même dans les cas où l'ancien droit admettait que la nécessité permettait à la femme d'agir seule: lorsqu'il s'agit de tirer son mari de prison ou d'établir ses enfants en cas d'absence du mari⁵³. La femme séparée de corps ou de biens seulement doit obtenir l'autorisation de son mari, ou à son refus, celle du juge, pour tous les actes et poursuites tendant à l'aliénation de ses immeubles⁵⁴. Cependant l'autorisation maritale a cessé d'être sacramentelle. Le mari peut employer, pour la donner, les expressions qu'il juge propres à la manifestation de son consentement. La loi valide même l'autorisation tacite, résultant du concours du mari dans l'acte⁵⁵. Mais le

52 Article 176, Code civil de 1866.

53 Article 1297, Code civil de 1866.

54 Articles 176, 210, 1422, Code civil de 1866.

55 Article 177, Code civil de 1866.

défaut d'autorisation emporte toujours la nullité absolue de l'acte de la femme⁵⁶. Sur cette dernière question, les rédacteurs du code n'ont pas suivi la règle posée par l'article 225 du Code Napoléon qui a restreint au mari, à la femme et à leurs héritiers, le droit de se prévaloir de cette nullité. Ils s'en expliquent de la façon suivante:

“L'on ne voit aucune bonne raison d'adopter ce changement qui est contraire aux vrais principes, et qui est repoussé par l'ancienne jurisprudence et par la nôtre”⁵⁷.

La rigueur des dispositions du Code civil n'a rien de surprenant. Les rédacteurs n'ont fait que reprendre et porter à leurs conséquences extrêmes les solutions du droit coutumier. L'affirmation d'Ourliac qui déclare, en parlant du code français de 1804, que “nulle part n'apparaît mieux la continuité de notre droit”⁵⁸, vaut également pour le code québécois de 1866.

B) L'autorité maritale: les rapports extra-patrimoniaux

Depuis la fin du Moyen-Age, les juristes se sont surtout efforcés de mettre en pratique le principe de l'incapacité de la femme mariée et ils se sont fort peu souciés de la puissance du mari sur la personne de sa femme. Ceci se vérifie tout particulièrement dans les deux derniers siècles de l'Ancien Régime. On passe sous silence le devoir de respect et d'obéissance, on limite la portée du devoir de cohabitation – la femme n'est plus obligée de suivre son mari lorsqu'il fixe son domicile dans un pays étranger – et la lettre de cachet a remplacé le droit de correction⁵⁹. Cependant l'adultère de la femme demeure un délit qui ne peut être poursuivi que sur la plainte du mari, mais la peine de la course ou du fouet n'est plus appliquée. Le code civil a repris le devoir de fidélité “les époux se doivent mutuellement fidélité”⁶⁰, mais l'homme est jugé moins sévèrement que la femme. L'adultère du mari suppose en effet l'entretien d'une concubine au domicile conjugal⁶¹. Enfin si le mari doit protection à sa femme, cette dernière doit en retour lui obéir⁶² et il peut exiger que la femme vienne habiter avec lui⁶³. En somme, le mari a conservé les droits et obligations qui incombent à un maître et à un chef, la femme ceux qui incombent à une servante.

56 Article 183, Code civil de 1866.

57 2e rapport des codificateurs, 2e éd. 1865, p. 188.

58 Paul OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *op. cit.*, t. 3, p. 156.

59 La pratique des lettres de cachet permet au mari de faire incarcérer sa femme s'il a à s'en plaindre gravement.

60 Article 173, Code civil de 1866.

61 Article 188, Code civil de 1866.

62 Article 174, Code civil de 1866.

63 Article 175, Code civil de 1866.

CONCLUSION

Au sein de la communauté conjugale, la femme a été tour à tour, une associée véritable, puis une associée à qui l'on a enlevé le droit de parole et de vote et finalement, une associée "*post mortem*". C'est cette dernière qualité qu'a consacré le code de 1866.

Il ne s'agissait pas, pour les rédacteurs, de rompre avec l'ancien droit, mais bien au contraire, de maintenir les solutions élaborées par le droit coutumier. Le rapport des codificateurs, au titre des conventions matrimoniales, est explicite à cet égard: "d'après le système que nous adoptons et qui est celui de la coutume de Paris, . . ."64.

Le système consacré par le Code civil de 1866 allait rester inchangé jusqu'au Bill 16, entré en vigueur le 1er juillet 1964⁶⁵. Il y a bien eu la loi du 11 mars 1931⁶⁶ introduisant la notion de biens réservés de la femme mariée, mais cette dernière restait juridiquement incapable. En 1964, on a en effet supprimé le principe de l'incapacité de la femme mariée sans cependant opérer aucune réforme d'importance dans le droit des gens mariés, si bien que la notion de capacité de la femme était beaucoup plus théorique que réelle. Avec le Bill 10, entré en vigueur le 1er juillet 1970⁶⁷, la femme mariée a véritablement retrouvé sa capacité perdue et sa qualité d'associée véritable au sein de la communauté conjugale. La domination du mari n'est pas pour autant totalement disparue; ce dernier a conservé encore certains privilèges tels l'administration de la communauté et le choix de la résidence familiale.

Ainsi, en l'espace d'un siècle, le droit des gens mariés a parcouru, mais en sens inverse, à peu près le même chemin qu'il avait parcouru depuis l'époque féodale. Le Bill 10 est donc en quelque sorte un retour aux sources et qui sait, peut-être un nouveau départ vers l'incapacité de la femme mariée ou encore le début d'une ère de droit matriarcal !!!

64 5e Rapport des codificateurs, 2e éd., 1865, p. 200.

65 *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, 12-13 Eliz. II, S.Q. ch. 66.

66 *Loi modifiant le Code civil et le Code de procédure civile, relativement aux droits civils de la femme*, 21 Geo. V, S.Q. ch. 101.

67 *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, 1969, Lois du Québec, ch. 77.