

Les Cahiers de droit

L'autorité dans la famille

Jean Pineau



Volume 7, Number 2, April 1965–1966

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004230ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004230ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Pineau, J. (1965). L'autorité dans la famille. *Les Cahiers de droit*, 7(2), 201–225.
<https://doi.org/10.7202/1004230ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1965

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

L'autorité dans la famille

JEAN PINEAU,

Docteur en droit,
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université Laval.

Le phénomène naturel qui veut que les personnes humaines soient groupées en famille, a donné naissance, il y a fort longtemps, à une organisation juridique qui, depuis lors, a évolué avec le temps et les civilisations.

Etymologiquement, la famille était constituée par le groupe des personnes qui vivaient sous le même toit et des mêmes ressources, ce qui en faisait une unité économique. Mais à cette communauté de vie et d'habitation, devait venir s'ajouter une autre idée, celle d'autorité : pour qu'il y eut famille, il fallait qu'il y eût réunion de personnes soumises à l'autorité d'un même chef. Ainsi MM. Mazeaud pouvaient-ils définir la famille comme "le groupement formé par les personnes qui, en raison de leurs liens de parenté ou de leur qualité d'époux, sont soumises à la même autorité, celle de chef de famille". Certes, on peut encore faire appel à la notion de légitimité, afin d'enfermer la famille dans un cadre plus nettement défini ; cela signifie que celle-ci comprend non point le père, la mère et les enfants, mais le mari, la femme et les enfants, c'est-à-dire la famille légitime. Cependant, seul le problème de l'autorité retiendra notre attention.

A Rome, la famille avait pour donnée fondamentale la *patria potestas*, puissance paternelle, entre les mains de l'ancêtre qui avait tous pouvoirs : c'était la base du système familial romain. Selon ce système, tout reposait sur la *patria potestas*, le mariage n'ayant qu'une place secondaire dans la constitution de la famille : les jeunes époux tombaient sous cette *patria potestas*, la femme, se mariant "*cum manu*", entrait dans la famille du mari, "*loco filiae*". Plus tard, les époux devaient être mis, avec le mariage "*sine manu*", sur un pied d'égalité, ce qui rendait la femme indépendante; cependant, on mettait l'accent sur la protection qui lui était

nécessairement due, compte tenu de sa fragilité et de son inexpérience, *fragilitas* ou *imbecilitas sexus*.

Les coutumes germaniques, au contraire, réservaient au mariage une place de choix ; mais la famille était une association du type patriarcal, comportant des devoirs réciproques nés de la solidarité familiale, et la femme achetée à son père tombait dans la dépendance de son mari. En effet, au Moyen Âge, le groupe familial était considéré comme une confédération militaire, ce qui aboutissait à distinguer deux groupes de personnes : ceux qui étaient aptes à porter les armes et ceux qui n'étaient pas aptes, les premiers devant protéger les seconds ; ainsi s'établissait la suprématie du mari qui détenait un certain pouvoir, le "*mundium*", la personnalité plus forte du mari éclipsant celle de la femme.

L'Église mettra longtemps à faire pénétrer sa conception de la famille dans de semblables systèmes et, d'ailleurs, elle ne transformera pas pleinement la puissance maritale et paternelle. La doctrine chrétienne a affirmé l'égalité spirituelle de l'homme et de la femme, mais elle a toujours prôné la nécessité d'une autorité dans la famille, celle du mari : St Paul conseillant aux maris d'aimer leur femme et aux femmes d'être soumises à leur époux.

Dans l'Ancien Droit, l'autorité était encore reconnue au mari, suivant en cela les traditions reçues : Beaumanoir accordait au mari le droit de "battre sa femme quand elle ne veut pas lui obéir, pourvu que ce soit modérément et sans que mort s'ensuive" . . . Mais l'influence du droit romain se faisait sentir, l'idée d'infériorité et de fragilité du sexe l'emportait et devait conduire à l'incapacité juridique de la femme mariée ; seul Pothier osait invoquer discrètement le concept d'autorité, de chef de famille, pour expliquer la puissance maritale.

Le législateur français, fortement marqué par la conception romaine, devait, sous l'influence de Napoléon, consacrer la puissance maritale, l'Empereur ayant toujours porté sur la femme un jugement sévère : "la nature a fait de nos femmes nos esclaves ! Le mari a le droit de dire à sa femme : "Madame, vous ne sortirez pas ! Madame, vous n'irez pas à la Comédie ! Madame, vous m'appartenez corps et âme !" (1)

Le code civil québécois rejetant l'idée romaine d'*imbecilitas sexus*,

(1) Propos qu'aurait tenus le Premier Consul : THIBAudeau — Mémoire sur le Consulat, p. 426 — cités dans Marty et Reynaud, *Traité de Droit civil*, T. 1, p. 694.

allait adopter la conception des coutumiers du Moyen Âge. Selon le législateur québécois, l'association conjugale exigeait, en vue d'assurer la paix du ménage, l'existence d'un chef, et l'unité de direction était considérée comme le moyen le plus efficace d'organiser convenablement la famille. C'est ainsi que tous les auteurs québécois — Mignault, Langelier, Trudel — ont expliqué, de façon tout à fait valable, les mesures défavorables à la femme mariée. C'était là une règle "d'hygiène sociale", destinée à sauvegarder les "intérêts supérieurs de la famille" (2) : d'où l'obéissance due par la femme à son mari (art. 174 ancien), l'obligation d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider (art. 175 ancien), l'incapacité de la femme mariée (art. 986 a/ texte élégant qui permet à celle-ci de ne plus figurer à l'art. 986, aux côtés du mineur, de l'aliéné et du faible d'esprit), la nécessité de l'autorisation du mari pour être marchande publique, etc.

Est-il besoin de dire que la femme mariée allait cruellement ressentir cette marque d'infériorité que la législation centenaire semblait lui avoir attribuée. Peut-être convient-il d'ajouter, cependant, que la femme mariée québécoise s'est peu pressée d'exiger un changement d'état : les mœurs traditionnelles fortement imprégnées de morale chrétienne lui avaient transmis une conception de la famille, dans laquelle, pendant longtemps, elle s'était complue, sachant pertinemment qui si — en droit et en religion — elle devait se montrer "fidèle et obéissante", bien souvent les faits se chargeaient de renverser les fardeaux et lui permettaient d'exercer sur son époux une autorité dépourvue de tout caractère théorique. Néanmoins, la théorie lui devint insupportable et la révolution de la femme mariée allait s'accomplir le 14 mai 1964 : nous n'osons pas dire qu'elle s'achèvera là.

C'est pourquoi nous analyserons dans une première partie la législation actuelle issue du Bill 16 et, dans une seconde partie, nous essaierons d'envisager ce que pourrait être la législation de demain.

1. La législation telle qu'elle est

En disant : "le mari doit protection à sa femme ; la femme obéissance à son mari" (art. 174 ancien), le code civil québécois consacrait l'autorité que Pothier reconnaissait au mari : "elle doit l'aimer, lui être

(2) Cf. L. Marceau, *De l'admissibilité des contrats entre époux*, pp. 63ss. plus particulièrement pp. 72ss.

soumise, lui obéir dans toutes les choses qui ne sont pas contraires à la loi de Dieu, et supporter ses défauts" . . . (3) De cette façon, le mari pouvait contrôler les relations de sa femme, sa correspondance, l'empêcher de fréquenter telles personnes, ou tels lieux, ou encore d'exercer telle activité ; il pouvait aussi lui infliger certains mauvais traitements qui ne l'autorisaient pas à quitter le domicile conjugal, à moins qu'elle n'intentât une action en séparation de corps.

Cette disposition aujourd'hui disparue, est remplacée par l'art. 174 nv. selon lequel "la femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à pourvoir à son entretien, à élever les enfants et à préparer leur établissement". Ce texte, qui paraît être la clef de voûte de ce nouvel édifice, met donc mari et femme sur un pied d'égalité : il n'est plus question d'autorité maritale. Le projet de réforme de la loi française avait été rédigé dans des termes identiques, mais, faisant ainsi de la famille une famille sans chef, il fut âprement discuté et si vivement critiqué qu'on dut le coiffer d'un chapeau important : "le mari est le chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants". Toutefois, cette dernière formule ne fut pas adoptée par le législateur québécois, de telle sorte que l'on peut prétendre qu'au Québec, le mari n'est pas le chef de la famille ; il s'agit ici d'une direction collégiale, tant en ce qui concerne les problèmes matériels que moraux.

Cependant, si l'on considère certaines autres dispositions que le législateur a été amené à édicter, l'on se rend compte que le mari conserve parfois quelque prépondérance.

A. Absence de chef de famille

Sans aucun doute, il convenait d'améliorer le sort de la femme mariée ; il était nécessaire de lui donner rapidement la capacité juridique et de lui accorder une situation qui tînt compte de l'évolution de la condition sociale de la femme. De plus en plus, en effet, l'importance du rôle de la femme s'accroît dans la vie moderne ; non seulement elle vote, mais encore elle participe à la vie politique ; non seulement elle s'occupe de la vie intérieure du ménage, mais encore elle exerce souvent une activité extérieure à la vie familiale, elle reçoit une instruction semblable à celle de l'homme, elle concurrence celui-ci sur le marché du travail, elle accède

(3) Pothier — Contrat de mariage no 382.

aux professions jadis réservées à l'homme ; de plus en plus, elle se hisse à son niveau, parfois le dépassant en certains domaines. Le législateur ne pouvait ignorer de telles données, ni laisser au mari cette suprématie absolue qui lui était traditionnellement reconnue. Il était donc fatal qu'il s'orientât vers cette égalité de principe.

Cette égalité est marquée tant dans les rapports personnels entre les époux que dans leurs rapports pécuniaires.

1° Dans les rapports personnels entre époux

La femme est aujourd'hui l'associée de son mari ; elle collabore avec lui à la direction de la famille, le mariage n'étant plus une hiérarchie, mais un condominium dans lequel les époux ont des droits identiques. Ainsi, mari et femme doivent pourvoir à l'entretien de cette famille, à l'éducation des enfants : sans doute a-t-on voulu mettre en avant le rôle que joue la mère et l'épouse dans l'organisation du foyer et la nécessité de lui reconnaître sa vraie place dans le groupement familial dont elle assure le plus souvent la cohésion⁽⁴⁾. Cette famille est devenue bicéphale, elle a deux chefs, ce qui revient à dire qu'au cas de désaccord entre les époux, aucun d'eux ne pourra trancher le problème et prendre la décision qui s'impose ; le recours au juge sera alors nécessaire. C'est ce qui nous autorise à parler de famille sans chef.

L'art. 174, al.2 précise même qu'elle "exerce seule ces fonctions lorsque le mari est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence, de son éloignement ou de toute autre cause". En une telle hypothèse, la famille retrouve alors un chef unique qui sera la femme. Nous pouvons alors nous demander s'il ne conviendrait pas de réserver quelques développements à ce que nous pourrions appeler "l'impuissance maritale" ! En effet, si nous supposons que la femme est hors d'état de manifester sa volonté, la rédaction de cet alinéa second nous incite à prétendre que le mari ne pourra nullement exercer seul ces fonctions ; voilà bien la revanche prise sur le mari par la femme : l'égalité n'est plus respectée, le mari se trouve en état d'infériorité.

Ce n'est d'ailleurs pas la seule hypothèse où l'égalité est rompue. Nous aurons l'occasion de le constater également dans le cadre des rapports pécuniaires entre les époux.

(4) Cf. H. Solus, "Mari et femme selon la loi du 22 sept. 1942". *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1943, p. 81.

2° Dans les rapports pécuniaires entre les époux

L'art. 180 nv., attribue à la femme, quel que soit le régime sous lequel elle s'est mariée, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins courants du ménage et l'entretien des enfants, y compris les soins médicaux et chirurgicaux. On se souvient, en effet, qu'avant le Bill 16, la jurisprudence avait reconnu à la femme un mandat tacite du mari, relatif aux besoins du ménage, connu sous le nom de "mandat domestique". Il s'avérait nécessaire de permettre à la femme de s'engager pour assurer la vie du foyer, sans que les fournisseurs puissent craindre de ne jamais être payés ; par le système de la représentation, on trouvait ainsi un palliatif à l'incapacité de la femme mariée. Par cet art. 180 nv., le mandat tacite du mari, reposant sur la volonté de ce dernier, devient un mandat dérivant de la loi ; sans doute, dans les faits le résultat est-il le même, bien que cette possibilité de représentation puisse lui être retirée dans certaines circonstances ; sans doute ne peut-on pas conclure de cela que la femme a été ainsi haussée au niveau du mari, mais ce mandat résultant aujourd'hui de la loi et non plus de la volonté du mari, le législateur a, peut-être, légalement amoindri les prérogatives du mari.

Dans le même ordre d'idées, l'art. 178 prévoit la possibilité pour chacun des époux de donner à l'autre mandat de le représenter dans l'exercice des droits et pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue. Ce texte donne donc à la femme des facultés identiques à celles du mari, établissant ainsi "la plus rigoureuse égalité entre les époux quant au pouvoir pour chacun d'eux d'être constitué le mandataire de l'autre... à raison d'un accord passé entre eux" (5).

Dans le même esprit, l'art. 183 dispose que "l'époux qui veut vendre, aliéner, hypothéquer ou nantir des biens, lorsque le concours ou le consentement de son conjoint est nécessaire, peut être autorisé par un juge de la Cour Supérieure à le faire sans ce concours ou ce consentement, si son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté par incapacité, absence, éloignement ou toute autre cause, ou si le refus de celui-ci n'est pas justifié par l'intérêt de la famille". Il est d'abord normal d'accorder ce droit à l'époux dont le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté ; mais le législateur est allé beaucoup plus loin : l'autorisation de justice remplacera le consentement de l'époux récalcitrant, lorsqu'il aura été prouvé que le simple refus de ce dernier est contraire à l'intérêt de la famille. Par ce texte, le législateur a entendu interdire à l'un quelconque

(5) H. Solus, *op. cit.*

des époux, mari ou femme, d'adopter une attitude négative dont le seul but, inavoué, serait de mettre en échec la volonté du conjoint décidé à agir conformément à l'intérêt de la famille ; c'est précisément cette "notion de l'intérêt commun du ménage et des enfants, de l'intérêt supérieur de la famille, qui devient — comme le formule le Professeur Solus — dans la loi nouvelle, le pivot de la réglementation des effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux". C'est l'intérêt de la famille qui permet à la femme mariée de se trouver sur un pied d'égalité avec le mari, enlevant ainsi toute idée de subordination dans les rapports des époux entre eux. Pour éviter, d'ailleurs, toute discrimination entre le mari et la femme, l'art. 183 précise que cette mesure s'applique indistinctement à "l'époux" qui veut aliéner des biens et ajoute que l'acte passé en conformité de cette autorisation est opposable à l'autre conjoint". Le législateur a désiré donc faciliter la vie familiale et considéré que le moyen d'atteindre ce but était de supprimer les anciennes prérogatives maritales.

Le même aspect de la question se retrouve dans l'art. 181 qui permet à la femme mariée d'exercer une profession distincte de celle de son mari. Remarquons, tout d'abord, que l'intention du législateur n'est pas d'interdire à la femme d'exercer une profession semblable à celle de son mari : il a simplement envisagé la faculté pour la femme d'exercer une profession séparée de celle de son mari, c'est-à-dire dans laquelle elle n'est pas l'associée de son mari. Aucune autorisation du mari ne lui est nécessaire, contrairement à ce qui se passait avant l'adoption du Bill 16; il n'est même pas prévu que le mari puisse s'opposer à l'exercice de cette profession. L'art. 182 envisage la seule hypothèse où la femme commune en biens exerce un négoce sans le consentement de son mari ou sans l'autorisation de la justice. Nous aurons, en effet, l'occasion de voir que le mari demeure le chef de la communauté, lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire : c'est alors en tant que chef de la communauté que le mari sera amené à donner son consentement à l'exercice d'un négoce par sa femme; on ne veut pas que la femme engage impunément le patrimoine commun dont elle n'a pas l'administration.

Toutefois, le mari ne pourra pas s'opposer systématiquement ou sans raison précise, au désir de son épouse : là encore, le législateur n'a pas voulu que le mari puisse faire valoir une supériorité quelconque : la femme passera outre au refus du mari, en demandant au juge de lui accorder l'autorisation; pour ce faire, il lui suffira de prouver que ce refus n'est pas l'intérêt de la famille : nous retrouvons ainsi l'idée dominante de la réforme : la surveillance que le mari est amené à exercer sur l'ac-

tivité de son épouse est contrebalancée par le contrôle judiciaire destiné à préserver la vie familiale.

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que cette restriction touche seulement la femme commune exerçant un négoce et non point celle qui a une profession non commerciale. Ainsi un mari ne pourra nullement s'opposer à ce que son épouse commune en biens ne s'inscrive au barreau, mais ce qui est beaucoup plus grave, il devra répondre des engagements qu'elle contractera dans l'exercice de sa profession.

Quant à la femme mariée sous le régime de la séparation de biens, elle ne dépendra nullement de la volonté de son mari et sera pleinement libre de choisir la profession qu'il lui plaira : de la même façon que le mari, elle pourra occuper toute fonction, même si celle-là peut nuire aux intérêts de la famille . . . Ce régime est d'ailleurs le seul où, sur le plan pécuniaire, il existe une parfaite égalité entre le mari et la femme.

Enfin, selon l'art. 176, "le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état". Faut-il voir, là encore, une "prérogative négative" du mari ? Si mari et femme sont véritablement sur un pied d'égalité, si véritablement la direction matérielle appartient aux deux époux, pourquoi le mari devrait-il fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, et pourquoi la femme n'aurait-elle pas, elle aussi, l'obligation de fournir au mari ce dont la famille a besoin pour vivre ? Non seulement le mari n'est plus le chef de la famille, mais encore il se trouve défavorisé par rapport à la femme.

Voilà, rapidement esquissées, les grandes lignes de la réforme qui a fait de la famille québécoise une famille sans chef. Compte tenu de l'obéissance que la femme devait traditionnellement à son mari, le code civil fait d'elle une incapable et cette incapacité ne pouvait disparaître qu'avec le devoir d'obéissance lui-même. Ce principe étant accepté, le législateur, pressé par les ligues féministes soucieuses de voir érigée en droit l'autorité de fait de la femme, a non seulement accordé à la femme l'égalité avec le mari, mais il a aussi refusé d'inscrire dans le code que le mari demeurerait le chef de la famille. Est-ce à dire que le mari a perdu toute prépondérance ?

B. Prépondérance maritale

Le législateur québécois n'a pas tiré toutes les conséquences du principe édicté dans l'art. 174 : nous pourrions le constater dans le cadre

des rapports personnels entre les époux, des rapports pécuniaires entre les époux, enfin des rapports entre les parents et les enfants.

1° Dans les rapports personnels entre les époux

Dans une certaine mesure, la condition de la femme est subordonnée à celle de son mari.

Tout d'abord, la femme prend le nom de son mari pendant le mariage; bien que la loi ne précise rien à cet effet, nous avons là une coutume respectée depuis fort longtemps, dont la femme n'a pas encore songé à demander l'abolition. (6)

D'autre part, l'art. 83 en vertu duquel "la femme non séparée de corps n'a pas d'autre domicile que celui du mari", n'a été ni abrogé ni modifié; dans ce cadre, la femme se trouve dans la situation du mineur non émancipé.

De la même façon, d'après l'art. 23, l'étrangère qui épouse un sujet britannique acquiert la nationalité de son mari par le seul fait de son mariage. (7)

A cette place nous devons rappeler que le mari peut avoir un certain contrôle sur l'activité professionnelle de sa femme, dans la mesure où, commune en biens, elle exerce un négoce.

En outre, la femme doit, dans certaines conditions, se munir de l'autorisation du mari pour exercer la fonction de tutrice (art. 283).

Mais il est une prérogative beaucoup plus importante du mari dans l'organisation même de la vie familiale : il s'agit du choix de la résidence de la famille. En vertu de l'art. 175 nv., "la femme est obligée d'habiter avec le mari, qu'elle doit suivre pour demeurer partout où il fixe la résidence de la famille..." Le mariage impliquant le devoir de cohabitation, le principe traditionnel selon lequel le mari choisit la résidence, a été conservé. Toutefois, il faut ajouter que ce pouvoir du mari a cessé d'être absolu et que la loi accorde à la femme le moyen de discuter ce choix : dans certaines circonstances exceptionnelles, la femme

(6) Cf. L. Beaudoin. *La personne humaine au centre du droit québécois*. R. du B. 1966, p. 78.

(7) Il convient cependant de noter que la législation relative à la nationalité ou la citoyenneté relève du pouvoir fédéral, devant lequel le législateur provincial doit s'incliner.

pourra s'adresser au juge, afin que celui-ci l'autorise à avoir pour elle et ses enfants une autre résidence; il lui faudra prouver que la résidence choisie par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral (art. 175, al. 2). C'est donc, une nouvelle fois, la considération de l'intérêt ou la sauvegarde de la famille qui permettra à la femme de s'opposer à la décision de son mari. Il faut noter, toutefois, que le législateur n'a pas hésité à préciser qu'un tel recours au tribunal était seulement possible "par exception", pour des motifs d'ordre physique, comme l'insalubrité, par exemple, ou l'insécurité du logement, ou bien d'ordre moral, comme, par exemple, la situation dans un immeuble ou un quartier mal famé. Quant au juge, il n'aura point le pouvoir de fixer la résidence du mari, mais seulement d'autoriser la femme à avoir une résidence autre que celle de son mari, c'est-à-dire la dispenser du devoir de cohabitation, le domicile de la femme demeurant celui qui est prescrit par l'art. 83, à savoir celui du mari. Cette solution est extrêmement nette encore dans les art. 194 et 195 qui exigent de la femme désirant obtenir la séparation de corps, qu'elle demande au juge l'autorisation de se retirer pendant le procès dans un lieu qu'elle indiquera ou que le juge lui-même désignera.

Nous voyons ainsi que dans les rapports personnels entre les époux, il existe des situations où s'affirme la suprématie du mari. Pourquoi le législateur a-t-il ainsi favorisé le mari dans un système où il a établi comme principe l'égalité absolue entre mari et femme, l'absence de chef de famille ? De telles prérogatives ne sont-elles pas celles d'un chef de famille ? Accorder au mari de telles prérogatives, n'est-ce pas lui reconnaître implicitement la qualité de chef de famille ?

Mais s'il en est ainsi, pourquoi laisser croire que la famille québécoise est soumise à un système collégial, pourquoi taire ce qu'il était si facile d'exprimer ?

Ces prérogatives du mari dans la vie familiale apparaissent également dans les rapports pécuniaires entre les époux.

2° Dans les rapports pécuniaires entre les époux

L'art. 177 nv., dispose que "la femme mariée a la pleine capacité juridique, quant à ses droits civils, sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial". Ainsi la femme mariée est désormais capable d'accomplir tout acte de la vie juridique, mais encore faut-il qu'elle ait les pouvoirs de les accomplir : c'est ici qu'intervient le rôle

des conventions matrimoniales adoptées par les époux et qui pourront rendre difficiles les rôles respectifs du mari et de la femme. Nous nous bornerons à mentionner ici les traits caractéristiques de ces rapports.

Nous avons déjà dit que le rôle de la femme était tout à fait identique à celui du mari, lorsqu'un régime de séparation a été adopté par les époux. Mais il n'en est plus de même lorsque le régime choisi est communautaire : en cette hypothèse, l'administration des biens de la communauté est concentrée entre les mains du mari qui pourra également vendre, aliéner ou nantir, sans le concours de sa femme, les biens meubles autres que les fonds de commerce et les meubles meublants affectés à l'usage du ménage (art. 1292) ; en outre, la femme ne pourra sans le consentement de son mari, vendre, aliéner ou hypothéquer ses immeubles personnels (art. 1297, al. 2). Certes, la femme conserve quelques pouvoirs, tel, par exemple, celui d'administrer ses biens personnels (art. 1297), mais il est intéressant de noter que le mari peut obtenir du juge soit le retrait de ces pouvoirs, soit certains droits conférés à la femme, dans les conditions prévues par l'art. 1298.

Nous pouvons à nouveau évoquer l'art. 283 nv., qui interdit à la femme nommée tutrice de continuer l'exécution de cette charge du jour où elle se marie ou se remarie sous le régime de la communauté. L'article 906 refuse également à la femme commune en biens le droit d'accepter l'exécution testamentaire sans le consentement de son mari. D'autre part, dans un domaine précis, les art. 643 et 763 font de la femme commune en biens une incapable : d'après l'art. 643, elle ne peut accepter une succession qu'avec le consentement de son mari ou l'autorisation de justice ; si elle était pleinement capable, ce consentement ne devrait pas lui être nécessaire, dans la mesure où il n'y aurait pas de dettes successorales, ou bien dans la mesure où ces dettes successorales ne nuiraient pas à la communauté. Néanmoins, elle devra s'adresser à la justice, si le mari refuse de donner son consentement.

D'après l'art. 763, elle doit obtenir le consentement de son mari pour faire ou accepter une donation entre vifs ; le mari peut donc refuser à sa femme le droit d'accepter une donation, même si celle-ci enrichit sa femme ; cette dernière ne pourra pas même se faire autoriser par la justice : une telle disposition signifie que le mari a le droit de contrôler ce que sa femme reçoit d'un tiers. On peut donc se demander si ce n'est pas, alors, admettre la puissance maritale :

Il est enfin un dernier point sur lequel nous voudrions faire une observation, à savoir la contribution des époux aux charges du ménage.

ge. Certes, c'est le régime matrimonial qui généralement détermine la part contributive de chacun des époux; l'art. 1423 donne la solution dans le cadre du régime de la séparation de biens ("chacun des époux contribue aux charges du mariage . . .") et l'art. 1297 nv., dans le cadre du régime de la communauté ("la femme a l'administration de tous ses biens personnels, mais à charge de verser à la communauté les revenus qu'elle en perçoit"). Ainsi chacun des époux contribue-t-il "d'après leurs facultés".

A l'époque où la femme devait obéissance à son mari, ce dernier était obligé, en vertu d'un texte général (art. 175 ancien), de "lui fournir tout ce qui était nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état". Il s'agissait là d'une obligation propre au mari et non réciproque; elle se comprenait fort bien, puisque le mari était seigneur et maître : à la qualité de chef doivent correspondre charges et responsabilités. Noblesse oblige ! C'est pourquoi l'art. 176 nv., nous produit l'effet d'une surprise : "le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état". Nous nous sommes déjà demandé s'il s'agissait là d'une "prérogative négative" du mari, mais peut-être pourrions-nous maintenant ajouter que le législateur a omis le principe d'égalité qu'il a institué et que cette disposition est simplement la reconnaissance implicite à l'égard du mari de sa qualité de chef de famille : on ne peut guère l'expliquer autrement. Le Code Napoléon, dans son art. 214, avait adopté une formule identique, précisant, toutefois, que cette obligation pesait "à titre principal" sur le mari : mesure logique, compte tenu de la qualité de chef de famille reconnue au mari.

De ces quelques considérations, nous devons retenir que dans le cadre des rapports pécuniaires entre les époux, le mari conserve une nette prépondérance dans les régimes communautaires, étant demeuré le chef de la communauté. Alors que jadis le mari était le chef de la communauté parce qu'il était le chef de la famille, nous pourrions prétendre qu'aujourd'hui il devient le chef de la famille parce qu'il demeure le chef de la communauté.

Cette qualité de chef est également flagrante dans les rapports entre parents et enfants.

3° Dans les rapports entre parents et enfants

Il n'est pas dans notre propos d'analyser la puissance paternelle, mais simplement de souligner la défaillance du législateur en ce domaine.

On sait que les caractères et les éléments de la puissance paternelle ont beaucoup évolué dans le temps et que cette évolution résulte de la transformation de la notion d'autorité dans la famille. Il nous suffira de rappeler qu'en droit romain la *patria potestas* était perpétuelle et que le pater jouissait d'une autorité quasiment absolue sur la personne. Peu à peu cette autorité allait s'affaiblir, mais les pays de droit écrit devaient hériter d'une telle conception. Les pays de coutumes avaient, en revanche, une idée différente de la puissance paternelle : il s'agissait pour ceux-là d'une autorité protectrice qui cessait au moment où l'enfant atteignait sa majorité. D'autre part, elle n'était pas le privilège du père, la mère pouvant être appelée, dans certaines circonstances, à intervenir, l'enfant lui-même bénéficiant de la reconnaissance d'une certaine personnalité juridique.

C'est la tradition la moins rigide qui fut adoptée par le code civil, qui, d'ailleurs n'utilise l'expression "puissance paternelle" que dans l'intitulé du Titre VIII, préférant utiliser dans les articles placés sous cette rubrique, le terme "autorité". Toutefois, cette autorité paternelle est le pivot de l'organisation de la famille, aussi n'est-il pas surprenant de voir le père disposer de pouvoirs assez importants.

Si véritablement la famille n'a plus de chef ou si elle en possède deux, ce qui revient au même, il convient d'accorder au père et à la mère le droit d'exercer la puissance paternelle. Or, l'art. 243 qui prévoit que l'autorité appartient au père et à la mère, *mais que le père seul l'exerce durant le mariage*, n'a subi aucune transformation. C'est la seule permission du père qui sera nécessaire au mineur non émancipé pour quitter la maison paternelle (art. 244). C'est au père qu'appartient le droit de correction modérée et raisonnable : la mère ne le possédera qu'à défaut du père (art. 245). C'est le consentement du père qui l'emportera sur celui de la mère au cas de dissentiment, lorsque l'enfant mineur désirera contracter mariage (art. 119).

Il n'est besoin d'aucun développement pour montrer que dans notre législation le père demeure le maître et que la mère a le devoir de s'incliner ; une telle situation découle de la nature des choses et cette nature des choses est clairement exprimée dans l'art. 373 du code Napoléon : durant le mariage, l'autorité "est exercée par le père en sa qualité de chef de famille". Cette autorité est, d'ailleurs, si absolue que le code civil québécois n'a pas prévu la possibilité pour les tribunaux de prononcer la déchéance de la puissance paternelle.

Il est, en effet, remarquable de constater que le Titre VIII du code civil, consacré à la puissance paternelle, n'a subi aucune transformation en 100 ans. Ne lisons-nous pas dans Trudel que "la puissance paternelle est un droit naturel et d'ordre public" et qu'elle est dans la société familiale "aussi nécessaire que l'autorité du gouvernement est essentielle à l'État" ⁽⁸⁾ ? D'autre part, "l'autorité exige l'unité; cette préséance du père est conforme à la nature de l'institution". Cependant, malgré l'absence de tout texte à cet effet, il faut admettre que l'autorité judiciaire est l'arbitre normal et le surveillant de l'exercice de la puissance paternelle, afin que cette autorité soit exercée normalement et sans abus. Les conditions nouvelles de vie ont profondément transformé la vie familiale : nombreux sont les enfants abandonnés matériellement ou moralement, ou encore les enfants difficiles dont les parents ne sont pas en mesure de mener à bien leur éducation. Ce sont ces situations que le législateur doit nécessairement envisager ; c'est dans ces hypothèses que doit être limitée ou éventuellement retirée, l'autorité paternelle organisée en vue de protéger l'enfant. C'est sans aucun doute ce que le législateur n'a pas pleinement prévu.

L'art. 180 nv., précise que la femme a le pouvoir de représenter le mari pour l'entretien des enfants, "y compris les soins médicaux et chirurgicaux". Certains parlementaires ont fait part de leur indignation devant l'attitude de médecins ou chirurgiens refusant de donner certains soins aux enfants, s'ils ne recevaient pas l'autorisation du père de ces enfants, n'acceptant pas le seul consentement de la mère. Le législateur a cru remédier à cet état de fait en formulant l'art. 180 nv., tel qu'il est aujourd'hui rédigé ; cette solution n'est certainement pas adéquate, car l'impossibilité dans laquelle se trouvait la femme de donner son autorisation, ne relevait pas de son incapacité en tant que femme mariée, mais de son état de mère qui ne lui reconnaît pas le droit d'exercer la puissance paternelle. Ce n'est donc pas l'autorisation du mari de la mère qui est nécessaire, c'est l'autorisation du père de l'enfant. Aussi n'est-il pas certain que l'article 180 produise tout l'effet désiré.

Telles sont les caractéristiques générales de la législation qui réglemente actuellement les rapports existant entre les membres de la famille. Il importe de se demander maintenant ce que pourrait être la législation nouvelle.

(8) Trudel — *Traité de Droit civil de Québec*, T. 2, p. 174.

2. La législation telle qu'elle pourrait être

Deux questions nous semblent devoir être posées. Venant d'analyser rapidement une réglementation très récente, puisqu'elle est âgée de moins de deux ans, essayons de voir si, d'une part, le législateur pouvait faire autre chose et si, d'autre part, il pourra faire autre chose.

A. Le législateur pouvait-il faire autre chose ?

Il serait aisé de répondre qu'il pouvait faire mieux ! Ce qui nous frappe dans cette législation nouvelle, c'est l'absence de cohérence. Tout d'abord, il a voulu poser le principe de l'égalité absolue entre mari et femme, instituer une famille gouvernée par un système collégial ; aussi s'est-il refusé à écrire : le mari est le chef de la famille. Nous ne critiquerons pas cette idée à cette place. Cependant, lorsqu'on pose un principe aussi important, il faut aller jusqu'au bout et en tirer toutes les conséquences. Or, nous avons vu, précisément, que si le sort de la femme s'est incontestablement amélioré — ce qui était une nécessité — il n'en demeure pas moins que le mari conserve des prérogatives importantes et celles-ci sont précisément les qualités qui font de lui, malgré tout, un chef de famille : il suffit de se reporter aux développements consacrés à la prépondérance maritale pour se convaincre de la réalité des faits : le nom, la nationalité, le domicile, la qualité de chef de la communauté, la puissance paternelle : autant d'éléments qui obligent la femme à reconnaître à son mari une autorité qui ne lui appartient pas, à elle épouse et mère. Aussi pouvons-nous reprocher au législateur de n'avoir pas adopté un système logique, d'avoir probablement eu peur des mots : pourquoi ne pas dire formellement que le mari est le chef de la famille, alors que les textes lui donnent implicitement cette qualité ?

En outre, la capacité de la femme est soumise aux restrictions découlant du régime matrimonial : or, le régime légal est le régime communautaire qui réserve au mari des pouvoirs considérables : peut-être aurait-il été préférable d'attendre la réforme des régimes matrimoniaux qui transformera le régime légal et qui maintenant ne saurait tarder. Ainsi le problème des rapports entre mari et femme aurait-il pu être envisagé de façon globale.

Enfin, une réforme de la puissance paternelle ne s'imposait-elle pas, dans la mesure où l'on désirait organiser la famille de façon collégiale ?

En définitive, la grave lacune de cette réforme est d'être seulement

partielle : il est difficile et dangereux de légiférer par "petits morceaux", de procéder par tranches, sans avoir présente à l'esprit une ligne directrice qui domine la construction d'ensemble. Il faut, cependant, reconnaître que la tâche du législateur n'était pas aisée : pressé par les ligues féministes, il se devait de préparer une loi nouvelle susceptible de plaire à l'électorat. Une semblable politique ne peut engendrer que l'imperfection.

Le droit de la famille a, sans nul doute, besoin d'être "repensé" complètement et notamment dans ce domaine de l'autorité, qui nous préoccupe. Aussi demandons-nous si le législateur pourra faire autre chose.

B. Le législateur pourra-t-il faire autre chose ?

Le législateur nous semble avoir seulement deux solutions : ou bien "aller de l'avant" en établissant une égalité complète entre le mari et la femme, par conséquent en enlevant au mari les prérogatives qu'il lui a reconnues par le bill 16, ou bien remanier le texte actuel en consacrant l'égalité des époux tout en reconnaissant au mari la fonction de chef de famille. Le problème consiste donc à poser simplement la question suivante : le mari doit-il être, ou non, déclaré "chef de la famille" ?

Il est incontestable que la femme ne doit plus être subordonnée à son mari : le mariage n'est pas une hiérarchie et personne, osons-nous espérer, ne niera que la femme a aujourd'hui gagné une place qu'elle n'avait pas autrefois. Il serait navrant que l'on ne conçoive point le mariage comme un condominium dans lequel les époux auraient en principe les mêmes droits. Est-ce à dire que les deux époux ont un pouvoir égal de décision, ou doit-on admettre que l'un des époux détient seul le pouvoir de décision, lorsque mari et femme sont en désaccord ?

Beaucoup d'auteurs prétendent que dans la famille comme dans toute association, un chef est nécessaire, afin d'éviter qu'elle ne soit désorganisée et livrée à l'anarchie. En effet, lorsque deux personnes sont associées sur un pied d'égalité et qu'aucune d'elles n'a un pouvoir de décision, certainement un conflit surgira, qui nécessitera un recours au tribunal dès que se soulèvera le moindre litige. Or, il est évident que, le plus souvent, l'intervention du juge n'est pas souhaitable dans le règlement des querelles familiales ; si l'un des époux fait appel au juge, n'est-ce pas s'acheminer vers le divorce ou la séparation de corps ? N'est-il pas souhaitable, au contraire, que l'un des époux sache à l'avance qu'il

devra s'incliner s'il ne parvient pas à convaincre son conjoint ? N'évite-t-on pas ainsi l'écueil auquel se heurte toute association dans laquelle tout le monde — ou personne — ne commande, c'est-à-dire la rupture de l'unité du groupement ou l'inertie et la paralysie dans l'activité de ce groupe ?

On en conclut qu'un chef est nécessaire à cette famille pour qu'elle soit viable et que ce chef doit être par principe le mari, car "l'homme est généralement par sa force plus grande et son caractère plus ferme, mieux apte que la femme à porter le fardeau des charges familiales et la responsabilité de la direction"⁽⁹⁾.

On a répondu à cela que reconnaître au mari la qualité de chef de famille et poser le principe que la femme concourt avec le mari à assurer la direction de la famille, constituait une contradiction ; avec la première proposition, dit-on, on "tire un coup de chapeau à l'idée traditionnelle" et avec la seconde, "on la vide de son sens"⁽¹⁰⁾. Si, en effet, la femme concourt à assurer la direction, c'est qu'il n'y a pas de chef. D'autre part, la possibilité d'un recours au tribunal au cas de désaccord entre les époux n'ouvre pas nécessairement la porte au procès qui conduira à la séparation : ce peut être parfois une soupape de sûreté qui, au contraire, empêche les décisions extrêmes. En outre, ajoute-t-on, il est illusoire de croire que le mari l'emporte simplement en disant : "le code me donne le droit de choisir". Ce n'est évidemment pas le code qui lui donne ce droit, c'est la situation que la femme lui a reconnue dans le ménage. Or, souvent, dans les faits, la femme a une incontestable prépondérance : les ménages sont nombreux "où le sexe faible est le sexe fort". Les enfants savent généralement qu'il importe de s'adresser à la mère pour obtenir l'autorisation du père, ce qui suppose qu'ils n'ignorent pas que *théoriquement* l'autorité appartient au père. C'est précisément cette autorité qui crée souvent les désunions dans la famille, d'où le désir de certains de voir la mère acquérir des droits égaux à ceux du père.

De nombreux pays possèdent des législations récentes, quant au sujet qui nous occupe. Une brève analyse de certaines d'entre elles nous permettra, peut-être, de nous prononcer en faveur de tel système, de préférence à tel autre.

D'abord, il est intéressant de remarquer que les Constitutions de certains États reconnaissent expressément l'égalité de l'homme et de la

(9) H. Mazeaud. Une famille sans chef. D. 1951, Chr p. 141.

(10) Travaux de la Commission de réforme du code Napoléon, 1949-1950, p. 48.

femme. La constitution française garantit à la femme "dans tous les domaines des droits égaux à ceux de l'homme . . ." La loi fondamentale de la République Fédérale Allemande proclame que "hommes et femmes jouissent de droits égaux. Nul ne peut subir un préjudice ou bénéficier d'un avantage à cause de son sexe . . ." La Constitution de la République Démocratique Allemande proclame également cette égalité : "Toutes les lois et dispositions qui sont contraires à l'émancipation de la femmes sont abrogées . . ." La Constitution de l'U.R.S.S. déclare que "dans tous les domaines de la vie économique, publique, culturelle et socio-politique, la femme jouit des droits égaux à ceux de l'homme". La Constitution de la Yougoslavie reconnaît "la pleine égalité devant la loi des femmes et des hommes dans tous les domaines de la vie politique, économique et sociale". Certes, il s'agit là de grands principes, aussi vagues que solennels, exprimant une opinion devant laquelle le législateur s'inclinera avec plus ou moins de respect ; néanmoins, il ne pourra pas écarter délibérément des déclarations aussi graves. Parmi les législations les plus récentes, nous pouvons distinguer deux grands groupes qui se rattachent l'un à la conception chrétienne qui donne un chef à la famille, l'autre à la conception marxiste qui prône une égalité absolue. Un troisième groupe essaie cependant de s'organiser, orienté incontestablement vers la parfaite égalité, mais qui ne parvient pas à se débarrasser complètement de cette vieille notion d'autorité.

Dans la plupart des pays d'Europe, le mari est reconnu comme étant le chef de la famille ou le chef de l'union conjugale : il en est ainsi en France, en Grèce, en Hollande, en Italie, en Suisse. Il serait sans doute exagéré de prétendre que dans tous ces pays, "a prévalu une organisation de la famille qui trouve ses bases dans l'enseignement donné par le Christ et les Apôtres pour faire régner la justice et la charité. La justice qui veut une association entre les époux fondée sur les qualités naturelles respectives du mari et de la femme. La charité qui est l'amour réciproque des époux" (11). Mais il est évident que le législateur a eu conscience des difficultés qui pourraient surgir dans une association dont le gouvernement aurait été bicéphale ou sans tête. Pour être efficace et pour pouvoir durer, tout groupement humain a besoin d'une autorité ; aussi le mari a-t-il conservé certaines prérogatives, celles précisément que le législateur québécois n'a pas osé enlever au mari québécois, en prétendant, toutefois, lui ôter de telles fonctions ; au mari appartiennent les décisions quant au domicile, quant à l'éducation des enfants, puisqu'en définitive,

(11) Cf. H. Mazeaud, *op. cit.*

il exerce seul la puissance paternelle ; c'est le nom du mari que doit porter la femme ; c'est la nationalité de celui-ci qu'elle doit adopter ; il demeure le chef de la communauté.

A l'opposé de cette conception, nous avons le système soviétique dans lequel les époux sont parfaitement égaux ; ils ont la possibilité, lors de l'enregistrement de leur mariage, de garder chacun leur nom, d'exercer chacun d'eux la profession de leur choix, de choisir chacun leur domicile ; ils sont tenus réciproquement à l'obligation alimentaire : cette obligation "dépend uniquement du fait que l'époux est incapable de travailler et qu'il est sans soutien, tandis que, selon l'appréciation du tribunal, le conjoint est en mesure de fournir les aliments" (12). D'autre part les deux époux exercent ensemble la puissance paternelle : les deux parents doivent prendre ensemble les mesures relatives à l'enfant. Au cas de désaccord entre le mari et la femme ou le père et la mère, le tribunal interviendra et tranchera.

Le code yougoslave prescrit également l'égalité parfaite entre le mari et la femme : "ce principe d'égalité a été poussé à l'extrême et aura des répercussions sur tous les effets du mariage : mêmes droits et mêmes devoirs envers les enfants, indépendance complète en ce qui concerne le nom patronymique et l'exercice d'une profession, liberté de résidence pour chacun des époux, obligation pour chacun des époux de subvenir aux besoins du conjoint qui n'a pas les moyens de vivre . . ." (13). Quant à la puissance paternelle, là encore elle appartient autant à la mère qu'au père. Les recours aux tribunaux sanctionneront les désaccords familiaux, ainsi cette législation est-elle "en conformité avec la législation soviétique sur la conception socialiste du mariage".

En Pologne, l'idée égalitaire est identique, même dans le domaine du service militaire : "mari" et "femme" sont des mots bannis du droit ou du code, on ne connaît plus que les "époux" : le nouveau droit polonais "a définitivement écarté les anachronismes des législations antérieures à la lumière desquelles l'époux était le chef de famille et l'épouse était subordonnée à l'époux". (14) On comprend aisément que l'idée

(12) H. Dolle. L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée. *Revue internationale de Droit comparé*, 1950, p. 250.

(13) Cf. S. Tchirkovitch. Le code de la famille en Yougoslavie. *Rev. internationale de Droit comparé*, 1951, p. 616. Idem : Un nouveau code de la famille en Bulgarie. *Rev. internationale de Droit comparé*, 1951, p. 304.

(14) Cf. J. Jodlowski. Le nouveau droit de la famille en Pologne. *Rev. internationale de Droit comparé*, 1949, p. 67.

directrice de ces législations est de soumettre la famille au contrôle de l'État, ce contrôle étant exercé par les tribunaux qui sont fatalement amenés à débrouiller les querelles de famille, surtout lorsque celles-ci portent sur les relations entre les parents et les enfants : "l'État a un intérêt assez sérieux et assez élevé dans l'éducation des futures générations de ses citoyens, pour qu'il puisse se réserver le droit d'ingérence dans la vie intérieure de la famille qui est la cellule de base de la vie sociale."

Toutes ces législations subordonnées à l'idéal marxiste sont fort logiques : elles posent le principe de l'égalité et en tirent toutes les conséquences qui ont pour résultat de soumettre la famille au contrôle permanent de l'État. Mais encore faut-il admettre l'idée que l'État a le droit d'exercer une telle surveillance et faut-il que ce principe soit conforme à la tradition et aux mœurs des personnes soumises à cette législation ; ainsi, en Yougoslavie, le nouveau code n'est pas aisément accepté par tous, une longue période d'adaptation étant nécessaire : "cet affranchissement total de la femme mariée, sans étapes intermédiaires, est arrivé trop brusquement dans un milieu paysan où, depuis des siècles, on observait rigoureusement les règles de la morale patriarcale et d'une tradition reconnaissant à l'homme la qualité de chef de la famille et du ménage." (15)

De la même façon, au Sud-Vietnam (comme, d'ailleurs, au Nord-Vietnam), on a élaboré des textes visant à défendre la famille en réparant l'injustice dont souffrait la femme, sans que cela nuise aux droits de l'homme : selon le code nouveau, la femme est l'égale du mari et participe sur le même plan que son mari, à la conduite des affaires conjugales. Il semble que la prépondérance du mari ne se fasse sentir qu'au regard des enfants soumis à la puissance paternelle et en matière successorale ; le Comité consultatif de jurisprudence déclarait : "l'épouse est l'égale du mari ; dans les cérémonies rituelles, elle occupe le même rang que le mari devant l'autel . . . elle commande en chef la maison . . . C'est elle qui détient l'argent, gère les biens" : elle est appelée "général de l'intérieur". (16) Mais on n'a pas pu faire abstraction de la piété filiale et du culte des ancêtres sur lesquels repose la morale vietnamienne.

Ainsi, nous aboutissons à un principe d'égalité "atténué" ! C'est avec la nouvelle législation allemande que nous nous rendrons compte avec le plus de netteté des difficultés soulevées par un tel vent de réforme et

(15) Cf. Tchirkovitch, *op. cit.*

(16) Cf. F. Derrida. Un code de la famille au Sud-Vietnam. *Rev. internationale de Droit comparé*, 1961, p. 57.

il nous paraît intéressant d'en faire état. Nous avons eu déjà l'occasion de dire que la Loi Fondamentale de la République Fédérale Allemande de 1949 proclamait l'égalité de l'homme et de la femme devant la loi. Or, selon le Code civil allemand, le mari était considéré comme le chef de la famille : la décision dans toutes les affaires concernant la vie commune conjugale lui appartenait. On s'est alors demandé si le législateur devait exécuter un ordre de la Constitution, qui ne connaît ni condition ni objection : l'égalité, ou bien s'il devait prendre en considération la différence naturelle entre l'homme et la femme, cet état de chose ne devant pas être écarté "si l'on désire que les normes de l'ordre juridique soient considérées comme les règles d'une réalité sociale souhaitable et non pas comme une violence faite à la vie." (17) De la loi fondamentale, devait résulter la loi sur l'égalité de l'homme et de la femme de 1957, qui allait modifier le droit existant. Le droit de décision du mari n'intervient plus qu'en ce qui concerne l'éducation des enfants et il est écarté dans les autres domaines. L'homme et la femme doivent s'entendre sur les affaires du ménage et chacun des époux prendra seul les mesures conformes aux intérêts des deux époux, si aucun accord n'est possible. Il est facile d'imaginer le désordre issu d'une telle absence d'harmonie ! Cependant, le législateur allemand, bien qu'obéissant au principe énoncé par la Constitution, n'a pu faire abstraction de la fonction biologique naturelle de la femme et de la structure sociologique du peuple allemand (18) ; il n'a pu oublier que la tâche principale de la femme allemande était la gestion du ménage, lorsqu'il a réglementé les rapports pécuniaires entre les époux.

La prépondérance de l'homme est plus nette encore dans le cadre de la puissance paternelle : s'il est vrai que l'autorité sur les enfants est exercée d'un commun accord par les époux, c'est néanmoins le père qui décidera au cas de désaccord, la mère n'aura pleinement la "puissance parentale" que si le père est empêché de l'exercer. Cette réglementation n'est donc pas en harmonie avec le principe énoncé par la constitution ; certains auteurs allemands ont protesté contre cette situation qui est seulement justifiée par la protection due au mariage et à la famille en tant qu'institution, et par la tradition occidentale chrétienne de considérer le mari comme le chef de la famille : "le Bundesverfassungsgericht aura à décider dans quelle mesure cette tradition culturelle garde encore sa portée en face du postulat d'égalité proclamé par la Loi fondamentale." (19)

(17) H. Dolle, *op. cit.*, 258.

(18) Cf. G. Beitzke. La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme. *Rev. internationale de Droit comparé*, 1958, p. 39.

(19) C. Beitzke, *op. cit.*, p. 54.

Ainsi, on le voit, il est bien difficile aux pays non communistes d'adopter des législations qui établissent une égalité absolue entre les époux : le mari conserve malgré tout certaines prérogatives qui lui sont "imposées" par la nature ou par les mœurs. Cela signifie que seules deux conceptions sont pleinement logiques : la conception chrétienne qui reconnaît le principe de l'autorité et fait du mari le chef de la famille, et la conception marxiste qui établit une égalité parfaite entre les époux, détruisant ainsi la notion même de famille.

Est-ce à dire qu'en reconnaissant au mari la qualité de chef de famille, l'on détruit cette égalité ? Une réponse négative semble s'imposer : dire que tous les hommes sont égaux est une chose, reconnaître que tout groupement humain a besoin d'un chef, est autre chose. Dans notre monde occidental, peu de personnes soutiendront que l'existence d'un chef d'État est contraire au principe qui veut que tous les hommes soient égaux devant la loi. Pourquoi, alors, ne pas admettre une telle idée dans le cadre de la famille, c'est-à-dire admettre que le mari demeure le chef de la famille ? Cette qualité pourrait faire croire, certes, qu'il existe un rapport de hiérarchie entre le mari et la femme, mais, en vérité, ce n'est pas ainsi qu'il faut comprendre cette éventualité : il n'y a là rien de comparable avec la puissance maritale qui impliquait, selon l'expression de M. Carbonnier, "une certaine absorption de la personnalité de la femme"; il ne s'agirait plus d'un droit subjectif discrétionnaire, mais d'une fonction expressément conditionnée par son but qui serait un moyen "pour assurer, dans le respect de la liberté individuelle de la femme, l'unité de direction du ménage."⁽²⁰⁾ Cette fonction lui donnerait certaines prérogatives, celles-là mêmes que le législateur québécois lui a accordées sans lui conférer le titre; il est normal, en effet, que le choix de la résidence soit fixé par l'un des époux et que l'autre doive se plier à ce choix : si chacun pouvait agir à sa guise, on concevrait mal comment le devoir de cohabitation pourrait être respecté. Dans la mesure où le mari demeure le chef de la communauté, il est aussi légitime de lui accorder le droit de s'opposer à l'exercice par sa femme d'une profession, qui risquerait de nuire aux intérêts de la famille.

En revanche, cette autorité ne peut pas limiter les droits de la femme, qui ont le caractère de libertés individuelles, ce que M. Carbonnier illustre par la formule "même lit, rêves différents"; ou le caractère de relations interpersonnelles. Mais tout groupement a besoin d'une unité de direction qui seule parviendra à lui donner une certaine impulsion et

(20) Carbonnier, *Droit civil*, T. 1, p. 357.

évitera que le sens des responsabilités ne s'émousse. Cela est particulièrement remarquable dans le cadre des rapports entre les parents et les enfants : lorsqu'en ce domaine une décision doit être prise, il est nécessaire d'agir rapidement, à fortiori, s'il y a désaccord entre les époux. Le législateur allemand a eu conscience de cet état de fait, puisqu'il n'a pu se résoudre à donner aux père et mère l'exercice de la puissance paternelle, rompant ainsi l'absolue égalité de principe qu'il a, par ailleurs, adoptée. Et l'on comprend aisément les hésitations de ce législateur. S'agissant de prendre une décision à l'égard de l'enfant, on conçoit mal que ce pouvoir de décision appartienne à la fois au père et à la mère : s'il y a désaccord entre ces derniers, à quelle extrémité aboutiront-ils ? Ou bien le plus têtu des parents l'emportera, ou bien aucune décision ne sera prise, ou bien il sera nécessaire d'attendre que le juge intervienne et impose une solution. Du point de vue psychologique, le climat dans lequel vivra cet enfant sera semblable à celui dans lequel vit l'enfant dont les parents sont en instance de divorce; d'autre part, imagine-t-on alors la situation de cet enfant, dont le sort dépend d'une tierce personne revêtue de la toge et peut-être liée par le Pouvoir qui contrôlera ainsi et le juge et l'éducation de l'enfant !

On pourrait cependant soutenir que dans les faits, cette fonction de chef est fréquemment remplie par la femme et non point par le mari et que, par conséquent, la prééminence du mari est contraire à la réalité (d'éminents juristes l'ont affirmé avec conviction); or, quid leges, sine moribus ? Comme M. Mazeaud l'a dit, "si l'on croit vraiment que la femme est plus apte que son mari à diriger, il faut alors être logique et en faire le chef de la famille" ⁽²¹⁾, ou encore ne pas consacrer en droit "cette fuite de l'homme devant ses responsabilités" ... Mais quoiqu'il en soit, il faut que la famille ait un chef.

C'est pourquoi il convient de prévoir que cette fonction de chef de famille pourrait être mal ou abusivement remplie; il suffit alors d'envisager l'hypothèse, comme l'a fait le législateur québécois, et de permettre à celui qui estime l'intérêt de la famille compromis, d'avoir recours au tribunal qui tranchera le litige; ainsi seraient sauvegardés les droits de chacun des membres de la famille. Certes, nous hésitons à confier au tribunal la charge de régler les querelles familiales; sans doute une telle possibilité ne présente-t-elle pas de danger immédiat dans le contexte actuel québécois, où la magistrature a la chance de jouir d'une pleine indépendance. Mais peut-être faut-il aussi songer à l'accroissement progressif du

(21) Mazeaud, *op. cit.*, p. 143.

rôle de l'État, à l'envahissement par celui-ci de domaines de plus en plus nombreux, peut-être à une certaine pénétration future du pouvoir judiciaire. Il serait grave, alors, que par le canal de ce pouvoir judiciaire, l'État parvienne à contrôler le milieu familial et à lui imposer ses directives. Il est évident que le recours au tribunal sera exceptionnel, car "les gens heureux peuvent se passer du droit" . . . mais il sera utilisé par les ménages désunis et l'on conçoit mal, en outre, qu'il puisse aboutir à autre chose qu'à la séparation de corps ou au divorce.

La rapide analyse des idées caractéristiques sur l'autorité dans la famille, contenues dans quelques législations, nous permet seulement de constater que la matière est délicate et qu'aucune solution n'est parfaitement satisfaisante. Tenté de mettre mari et femme sur un pied d'égalité, nous sentons que si l'idée est théoriquement souhaitable, elle est difficilement réalisable, à moins d'aboutir à la solution soviétique qui, nous semble-t-il, est la négation même de la famille. Il n'est guère possible de concevoir la famille sans qu'existe un groupe, composé du mari, de la femme et des enfants, animé d'un esprit communautaire et formant une unité; l'envisager autrement, c'est réduire le mariage à une simple communauté de lit. Mais nous ne pouvons pas admettre davantage que le mari soit hiérarchiquement plus haut placé que la femme : le législateur doit simplement lui attribuer une fonction à laquelle seront attachées certaines prérogatives, c'est-à-dire un pouvoir de décision quant aux affaires graves qui engagent des questions de principe, et non point quant aux problèmes banaux de chaque jour, par exemple le choix du chapeau porté par la femme (encore que ce choix — effectué par la femme — pourrait éventuellement porter préjudice à la carrière du mari . . .) : ces derniers ne doivent pas être réglés par le droit, mais plutôt par la force, qui peut-être, selon M. Carbonnier, la ténacité ou la ruse !

Ainsi, nous ne nous éloignons pas beaucoup de l'esprit du législateur québécois, mais ce qui va sans dire, va bien mieux encore en le disant : c'est pourquoi il serait peut-être souhaitable de ré-aménager certains textes du Bill 16 dans leur formulation, sans que pour cela l'on puisse croire à une atteinte quelconque aux droits de la femme. Ce n'est d'ailleurs pas aller à l'encontre de l'esprit des membres de la Commission de réforme des régimes matrimoniaux, puisque ceux-ci semblent avoir rejeté la séparation de biens comme régime légal (seul régime qui fasse de la femme l'égale du mari) et avoir admis la société d'acquêts, qui suppose une certaine idée communautaire. D'autre part, nous ne sommes pas sûr que la majorité des femmes ne veuille pas reconnaître au mari la qualité de chef de famille et accepte volontiers l'intervention d'une tierce

personne pour résoudre les conflits conjugaux; Molière, le peintre de tous les temps, ne nous démentirait certainement pas : il suffit de se rappeler les propos vigoureux tenus par Martine, alors que, hurlant sous les coups de la bastonnade qui lui est infligée par son mari — médecin malgré lui — elle est secourue par M. Robert, une bonne âme :

“Voyez un peu cet impertinent, qui veut empêcher
les maris de battre leurs femmes.

... Il me plaist d'estre battue . . .”