

LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE OU L'HISTOIRE D'UNE ACCESSION À L'INDÉPENDANCE

Section 2. L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE DANS LE DROIT NOUVEAU OU LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ PROFESSIONNELLE

François Héleine

Volume 5, Number 2, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059679ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059679ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Héleine, F. (1974). LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE OU L'HISTOIRE D'UNE ACCESSION À L'INDÉPENDANCE : section 2. L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE DANS LE DROIT NOUVEAU OU LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ PROFESSIONNELLE. *Revue générale de droit*, 5(2), 298–329.
<https://doi.org/10.7202/1059679ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1974

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/>

LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE OU L'HISTOIRE D'UNE ACCESSION À L'INDÉPENDANCE *

par François HÉLEINE,
professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal

Section 2.

L'ACTIVITÉ PROFESSIONNELLE DANS LE DROIT NOUVEAU OU LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ PROFESSIONNELLE **

L'individualisme de 1866 se satisfait d'une solution qui soumettait la femme à un régime juridique voisin de celui de la minorité. Chef de famille et souverain appréciateur des intérêts de celle-ci, le mari pouvait s'opposer a priori à toute activité professionnelle de la femme. Le contexte socio-économique du moment ne permettait d'ailleurs pas à l'épouse d'échapper à sa condition naturelle de ménagère. L'évolution des mœurs, les besoins en main-d'œuvre d'une industrie prospère, le désir de bien-être manifesté par la majorité des couples modernes, la libéra progressivement de sa tutelle passée. L'autorisation maritale de participer à la vie active se transforma par le biais du consentement présumé, en une opposition dont les fondements juridiques ne suffisaient plus à justifier l'existence.

Aux environs des années 1930, les revendications féminines se cristallisèrent en un courant de pensée favorable à « la suppression de l'in-

* Cet article fait partie d'un ensemble de textes groupés autour d'un même thème: «La vie professionnelle dans le mariage.» Ces textes seront publiés dans différentes revues de droit québécoises. Certains sont déjà sous presse, d'autres sont encore en voie d'élaboration. Nous y renvoyons le lecteur intéressé. Seront successivement publiés: 1° Le contrat de travail entre époux vu à travers son histoire: de l'intransigeance à la tolérance, de l'entraide au salariat (*Mélanges Louis Baudouin*, P.U.M., 1973); 2° Le droit au travail de la femme mariée ou l'histoire d'une accession à l'indépendance (à paraître: *Revue générale de droit*, Ottawa); 3° Les rapports professionnels égalitaires entre époux (à paraître: revue à préciser); 4° Le travail féminin et ses conséquences patrimoniales (à paraître: revue à préciser); 5° Statut juridique de la femme mariée commerçante en droit civil (en préparation).

** La première partie de cette étude est parue dans cette *Revue*, 1973, p. 154 à 179. L'auteur y a traité du droit au travail de la femme mariée dans le droit ancien et y a tenté de montrer que le contrôle a priori de l'activité professionnelle de la femme par le mari était devenu très théorique: le législateur avait par replatrage atténué la rigueur originelle du principe; la jurisprudence, par des solutions aux bases juridiques contestables, était passée d'un contrôle a priori à un contrôle a posteriori. Il ne restait plus, pour revenir à la cohérence juridique, qu'à consacrer à la fois la pleine capacité juridique de la femme mariée et son droit personnel à la vie professionnelle. C'est cette double consécration que nous analyserons dans la seconde partie de cette étude.

capacité de la femme mariée, et à la complète égalité de l'homme et de la femme¹⁰¹ ». La révolution familiale n'eut pourtant pas lieu. On se contenta de créer en faveur de la femme des zones de capacité¹⁰², et d'élargir celles qui existaient déjà¹⁰³. Il fallut attendre 1964 pour voir tomber les derniers vestiges de la souveraineté maritale. Le combat que mena à l'Assemblée nationale¹⁰⁴ madame Kirkland-Casgrain aboutit non seulement à la suppression de la puissance maritale mais aussi au rejet d'une structure familiale hiérarchisée qui aurait fait du mari le chef de la famille. Préconisée par le promoteur du projet de réforme de la capacité juridique de la femme mariée¹⁰⁵, cette formule plongeait ses racines dans le droit français de 1938-1942¹⁰⁶. Brûlant les étapes, le législateur québécois sortait d'une inégalité centenaire en consacrant le principe de l'égalité du mari et de la femme, au sein de la cellule conjugale.

Cette mutation législative allait entraîner la reconnaissance d'une parité de traitement des époux sur le plan professionnel. S'il était certain qu'ils étaient également titulaires d'un droit au travail, il restait encore à déterminer la mesure dans laquelle ce droit pouvait être exercé librement. Deux systèmes étaient théoriquement possibles : la liberté contrôlée par un processus d'opposition ; la liberté absolue d'exercer un droit découlant directement de la personnalité. La réponse de la doctrine québécoise à ce problème rend compte de cette double option. S'alignant sur les législations civilistes modernes¹⁰⁷, un certain nombre d'auteurs semblent penser qu'aujourd'hui encore le mari peut s'opposer à l'entrée de la femme dans la vie active. En cela, ils s'opposent à d'autres juristes qui leur reprochent d'aller au-delà des textes et de créer une « quasi-incapacité » justifiable ni en droit, ni en fait.

Paragraphe 1

L'APPROCHE THÉORIQUE DU CONTENU DU DROIT AU TRAVAIL

Depuis fort longtemps déjà, on s'était demandé si l'appartenance à un groupe social donné n'influe pas sur le contenu des droits reconnus aux

¹⁰¹ Commission des droits civils de la femme, 2^e rapport des commissaires. Québec, 1930, p. 37.

¹⁰² Art. 1425a et s., 1930-1931, ch. 101, art. 27.

¹⁰³ Art. 176, 177 et 210 C.C., S.Q. 1930-1931, ch. 101, art. 3 et s.; art. 1422 C.C., S.Q. 1930-1931, ch. 101, art. 25; art. 1424 C.C., S.Q. 1930-1931, ch. 101, art. 26.

¹⁰⁴ Chambre basse d'une structure législative bicaméraliste, cette assemblée portait alors le titre d'Assemblée législative.

¹⁰⁵ A. NADEAU, Bureau de Révision du Code civil du Québec, *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, Montréal, 1963.

¹⁰⁶ M. ANCEL, *Traité de la capacité civile de la femme mariée d'après la loi du 18 février 1938*, Paris, 1938; M. ANCEL, *Les droits et les devoirs des époux selon la loi du 22 septembre 1942*, Paris, 1943.

¹⁰⁷ Belgique, République fédérale allemande, Hollande.

membres de ce groupe, ou plus précisément si ces droits individuels, généralement discrétionnaires, ne devenaient pas contrôlés lorsqu'ils étaient exercés par des individus devant tenir compte de l'intérêt de la structure à laquelle ils avaient adhéré¹⁰⁸. La participation de la femme mariée à la vie active constitue un de ces droits à contenu variable selon qu'ils sont « discrétionnaires ou contrôlés ».

1. L'EXERCICE D'UNE PROFESSION, DROIT CONTRÔLÉ.

Le maintien de la règle de l'autorisation, conçue dans un contexte de dépendance absolue de la femme à l'égard de son mari, se conciliait mal avec le principe d'indépendance d'une femme mariée pleinement capable¹⁰⁹. Par contre un système de capacité complète et d'égalité des époux ne postule pas obligatoirement le droit d'exercer librement une activité professionnelle. L'intérêt de la société conjugale peut justifier de soumettre ce droit à certaines restrictions¹¹⁰ et à un contrôle organisé en fonction de la structure familiale adoptée.

a) *L'opposition du chef de famille.*

Lorsqu'un législateur aménage les rapports entre époux dans le cadre d'une hiérarchie fonctionnelle, il fait du mari le chef de la famille et lui confie les intérêts du ménage. Cette fonction ne fait cependant pas de celui-ci l'arbitre de la vie familiale; il n'est que le représentant d'un groupe et le gardien d'intérêts collectifs contrôlés. Cette qualité de chef de famille ne constituerait pas une justification suffisante à un système d'autorisation préalable à toute activité professionnelle de la femme, mais permettrait cependant au mari de s'opposer à l'exercice par celle-ci d'une profession qui, l'appelant au dehors et l'empêchant de se consacrer aux soins domestiques, serait de nature à influencer gravement sur la vie familiale tout entière :

La suppression de l'incapacité ne conduisait pas nécessairement à la liberté totale de la femme: en qualité de chef de famille, le mari peut avoir son mot à dire sur l'opportunité pour la femme d'entreprendre une profession distincte. Les aptitudes de la femme, les nécessités découlant de la situation de famille, le caractère de la profession envisagée peuvent imposer des réserves¹¹¹...

¹⁰⁸ H. AULAGNON, *La nation et la protection de l'intérêt de la Famille*, thèse Lyon, 1946: *L'intervention du juge*, in *Mélanges G. Ripert*, t. 1, p. 390; A. ROUAST, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, 1944, *Rev. trim. dr. civ.* p. 1; L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé*, Paris 1967, p. 277, texte et note 15.

¹⁰⁹ G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, t. 1, Paris, 1963, p. 134. n° 271.

¹¹⁰ M. ANCEL, *op. cit.*, Paris 1938, p. 83.

¹¹¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, Paris, 1961, p. 521. n° 704. Même sens: H. DE PAGE, *Traité de droit civil Belge*, t. 1, Bruxelles, 1948-1953, p. 796, n° 722; G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, Bruxelles 1960, p. 233. n° 209, p. 225, n° 210.

Le système de l'opposition présente des avantages certains sur celui de l'autorisation. Il consacre une égalité de droit entre mari et femme en reconnaissant à celle-ci le droit au travail, et en soumettant l'opposition du mari à un régime de contrôle judiciaire¹¹². Le mari n'est plus le souverain appréciateur de l'intérêt de la famille mais son simple gardien. Lors d'un recours judiciaire, le contrôle du magistrat s'exerce autant sur l'activité professionnelle de la femme que sur l'appréciation faite par le mari des intérêts communs. Et, en l'absence de toute opposition, on peut raisonnablement supposer que la participation de la femme à la vie active, répondant à une nécessité économique, a été décidée par les époux d'un commun accord.

Les apparences séduisantes du système de l'opposition ne doivent cependant pas en dissimuler les défauts. Dans un tel système, seule la femme verrait son droit au travail soumis à contrôle. Ne pourrait-on pas en déduire que seule la femme pourrait mettre en danger les intérêts communs? Cette solution est difficilement acceptable parce que créant une inégalité de traitement des deux époux, considérés en principe égaux en droit. Certes, on a pu prétendre que la participation de la femme à la vie active n'était qu'une nécessité seconde pour le mariage, que la vocation du mari était de travailler à l'extérieur alors que celle de la femme était de se consacrer à des travaux domestiques, et qu'en lui reconnaissant un droit discrétionnaire au travail, on permettait à l'épouse d'écarter une fonction ménagère consacrée par les mœurs et par les textes¹¹³. Mais ces arguments ont perdu une grande partie de leur portée depuis l'invasion du marché du travail par les femmes mariées¹¹⁴. L'accroissement des besoins économiques des couples qu'elle manifestait a oté au système de l'opposition une grande part de ses justifications, et a permis de prétendre que l'opposition à l'exercice d'un droit reconnu est beaucoup plus une question de mœurs que de réglementation¹¹⁵.

Les inconvénients du système ne se situent d'ailleurs pas seulement au niveau de l'exercice de l'opposition, mais aussi à celui de ses effets. Les législateurs qui ont, dans le passé, consacré le droit d'opposition du mari, ne se sont guère attardés à définir les effets et les sanctions d'une telle opposition. Cette attitude a semé le doute dans les esprits et permis bien des controverses inutiles. Les effets de l'opposition varient, en effet, selon le but que l'on assigne à celle-ci. S'il convient, par ce mécanisme, de protéger le groupe familial, c'est-à-dire de veiller à la sauvegarde des intérêts

¹¹² R. NOIREAUT-BLANC, *Tous les droits de la Femme*, Paris, 1964, p. 166.

¹¹³ *Travaux de la commission de réforme du code civil* (français), Propositions finales, p. 36 (ci-après désigné par TX. C.R.C.C.).

¹¹⁴ Voir l'annexe socio-juridique en fin d'étude.

¹¹⁵ TX. C.R.C.C., 1949-1950, p. 109.

moraux de la famille, il faut admettre la nullité des actes passés en dépit de cette opposition. Par contre, si l'on ne voit dans l'opposition qu'un moyen de protection des patrimoines, le système de l'opposabilité suffit¹¹⁶. La difficulté surgit évidemment lorsque le législateur n'a fourni aucune indication pouvant permettre d'opter pour l'une ou pour l'autre de ces solutions. Posé à la doctrine française par la Loi du 22 septembre 1942, ce problème a amené la scission de celle-ci en deux écoles. L'ambiguïté de l'art. 223 C.N. servait d'ailleurs la cause de chaque école : « Les engagements pris par la femme dans l'exercice de cette profession sont nuls à l'égard du mari¹¹⁷... »

Il convient aussi de déterminer le moment à partir duquel cette opposition produira ses effets à l'égard des tiers¹¹⁸. Certains optent pour la connaissance personnelle et directe de l'opposition; d'autres lui préfèrent un système de publicité créant des présomptions de connaissance. En fait, aucune de ces formules n'est entièrement satisfaisante. L'une sauvegarde les intérêts des tiers; l'autre les sacrifie au bénéfice de ceux du ménage¹¹⁹. Les tiers ne se satisfont d'ailleurs pas toujours des procédés d'information adoptés. Pour éviter toute difficulté, ils exigent parfois une preuve de l'absence d'opposition qui, dans les faits, ressemble fort à une autorisation préalable¹²⁰.

¹¹⁶ TX. C.R.C.C., (1949-1950), p. 109.

¹¹⁷ Auteurs favorables à la thèse de l'inopposabilité : L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *La loi du 22 septembre 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux*, in *Semaine juridique*, 1943-1-304, n° 25; *La femme mariée commerçante*, Dalloz critique 1943, chr. p. 15 et s.; Travaux C.R.C.C., 1949-1950, p. 31; P. VOIRIN, *Commentaire de la loi du 22 septembre 1942*, Dalloz, critique 1943, législation, p. 50; M. CHAUVÉAU, *Le statut de la femme mariée depuis les lois du 22 septembre 1942 et 12 février 1943*, n° 55; M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1943, p. 16, n° 19; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^e éd., Paris, 1963, p. 1076, n° 1073; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 707, n° 521 : « L'acte est nul à son égard [le mari], c'est-à-dire qu'il n'engage pas le mari dans le cas où les règles du régime matrimonial lui ferait normalement produire effet à son égard. L'opposition maritale aurait pour résultat de mettre à l'abri des poursuites des créanciers de la femme, les biens communs et les biens personnels du mari. » Auteurs favorables à la thèse de la nullité : P. DURAND, *Traité de Droit du Travail*, p. 2, Paris, 1950, p. 325; A. CHÂTEAU, *Nature et sanction de l'opposition du mari à l'exercice d'une profession par la femme*, Dalloz 1945, chr. p. 41 et s. : l'auteur optait pour la nullité sur la demande du mari; M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 92, n° 49. L'auteur adopta ce point de vue au lendemain du vote du nouvel art. 216 C.N. (Formulation du 18 février 1938) qui consacrait sans ambiguïté le système de la nullité : « l'opposition du mari est une cause de nullité des engagements professionnels contractés par la femme ». Le problème ne se limite d'ailleurs pas à un choix entre opposabilité et nullité. Si l'on opte pour la nullité, il reste encore à en déterminer la nature. La solution pourrait être alors la nullité invocable par le mari en vertu d'un droit strictement personnel; valide en soit, l'acte passé par la femme en dépit d'une opposition, pourrait être annulé à la demande du mari (TX. C.R.C.C., 1949-1950, p. 31).

¹¹⁸ M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 91, n° 49.

¹¹⁹ R. HOUIN, TX. C.R.C.C., 1949-1950, p. 32.

¹²⁰ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, TX. C.R.C.C. 1949-1950, p. 32.

Bien souvent fictives, les sanctions dont est assortie cette opposition n'offrent pas à celle-ci des garanties d'efficacité suffisantes. Certes, le mari est à l'abri de toute action en réparation que pourrait songer à lui intenter le tiers victime de l'opposition; son intervention ne serait fautive que s'il usait avec malice d'un droit aménagé dans l'intérêt de la famille¹²¹. Certes, le mari pourrait poursuivre en dommages-intérêts le tiers qui aurait accepté les services de la femme en dépit d'une opposition portée à sa connaissance¹²². Mais les sanctions contre la principale intéressée demeurent très problématiques: sanction sur le plan patrimonial (dommages-intérêts, révocation des donations); sanction sur le plan des rapports personnels entre époux (séparation de corps, divorce)¹²³. En fait, il semble bien que le refus d'obtempérer de celle-ci poserait un problème qui ressortirait beaucoup plus de rapports humains que de rapports juridiques. En contestant la décision du chef de famille, elle contesterait une structure familiale dont elle entendrait se détacher¹²⁴.

Critiquable sur le plan des principes et difficile à mettre en œuvre dans les faits, l'opposition du mari à la participation de sa femme à la vie active, n'est pas la solution appelée à remplacer l'ancienne autorisation maritale. Elle appartient déjà au passé. Mesure de transition, elle aurait permis une évolution lente de la tutelle traditionnelle à la liberté la plus totale. Préconisée pour ces raisons par les rapporteurs du «projet Nadeau», elle a été écartée par ceux qui préfèrent la mutation à l'évolution¹²⁵. Condamnée, l'inégalité et la hiérarchie du passé se voyait remplacée par une égalité en droit qui aurait pu conduire à l'adoption du système de recours de chaque époux au nom de l'intérêt commun.

b) Le recours d'un époux au nom de l'intérêt commun.

Le principe de la hiérarchie n'est plus guère admis aujourd'hui. Les concepts d'égalité et de participation qui passionnent le monde du vingtième siècle, s'insinuent même là où des siècles de sujétion féminine avaient modelé un type de cellule sociale fondée sur la subordination et

¹²¹ P. DURAND, *op. cit.*, t. 2, Paris, 1950, p. 325.

¹²² TX. C.R.C.C., 1949-1950, p. 36.

¹²³ G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, Paris, p. 707, n° 521; TX. C.R.C.C. 1949-1950, p. 31 et 36; M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 91, n° 49; R. NOIREAULT-BLANC, *op. cit.*, p. 166.

¹²⁴ L'opposition du mari à l'entrée de sa femme dans la vie active pose aux juristes d'autres problèmes que les conditions et les effets du recours de la femme à l'arbitrage judiciaire: les effets sur la communauté et sur le patrimoine propre du mari d'une absence d'opposition maritale; la mise en péril de l'intérêt des tiers par une opposition simulée et fictive; la possibilité de l'opposition lorsque la profession était déjà exercée avant le mariage.

¹²⁵ BUREAU DE RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, Montréal, 1963, p. 21 et s.

sur l'autorité. Contestée cette autorité s'est « fonctionnalisée ¹²⁶ » avant de céder la place à l'égalité. Éliminée, la subordination s'est vu relayée par la collaboration. Mais si l'ancienne subordination puisait ses fondements dans un certain intérêt commun dont le mari était le « souverain appréciateur ¹²⁷ », la collaboration moderne n'exclut pas cette idée de sauvegarde du groupe : chaque époux pourrait être le censeur de son conjoint.

La mise en œuvre des principes égalitaires au sein de la famille conduisent à admettre que chaque époux a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son conjoint. De même, la logique de la collaboration veut que mari et femme puissent également user du droit de recours devant les tribunaux lorsque la profession de l'un est susceptible de porter préjudice aux intérêts matériels et moraux de l'autre ou à celui des enfants communs ¹²⁸. Ce recours judiciaire d'un époux qui entend faire censurer l'activité professionnelle de son conjoint ne fait plus de l'opposant l'appréciateur de l'intérêt commun. Il appartient au juge et non à cet époux de décider du bien-fondé de la réclamation et de lui donner la suite qu'il jugera convenable, au vu des preuves qu'on lui soumettra. Promu arbitre, le magistrat décidera en fonction de l'intérêt commun de ceux qui entendent se soumettre à son arbitrage ¹²⁹. Le « souverain appréciateur » de cet intérêt ne sera plus le mari, mais un juge qui essaiera de déterminer dans quelle mesure l'activité professionnelle d'un conjoint porte un préjudice sérieux, moral ou matériel à son partenaire, et de trouver avec les époux une formule de compromis.

Dans une famille hiérarchisée, ce recours aurait été aménagé en faveur de la femme victime d'une utilisation malicieuse par le mari, des pouvoirs conférés au chef de famille. Dans une famille égalitaire, il rappelle à l'un et à l'autre des époux qu'ils doivent se conformer à un intérêt de groupe. Simple tempérament au principe général du droit au travail, il ne doit en aucune façon être interprété comme étant « l'admission d'un principe restrictif de l'activité professionnelle ¹³⁰ ».

Il est certain qu'une telle formule rend mieux compte des idées de participation qui imprègnent les groupes sociaux de notre époque. L'accession de la femme à la capacité juridique ne justifie plus des solutions discriminatoires à son égard. L'appréciation de l'intérêt commun ne peut être

¹²⁶ Selon une formule chère à M. Josserand, tenant des droits-fonction.

¹²⁷ Formule empruntée à Cl. Renard, juriste belge contemporain qui doit beaucoup à L. Josserand et qui s'est chargé d'appliquer les concepts de droits-fonction dans le domaine des rapports entre époux (v. *infra*, note 167).

¹²⁸ H. DE PAGE, *op. cit.* t. 1, p. 868, n° 715.

¹²⁹ H. AULAGNON, chronique précitée, p. 395 et s.

¹³⁰ G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *op. cit.*, p. 226, n° 210.

l'apanage d'un seul. Dans une ambiance égalitaire, le recours d'un époux n'est plus la contestation par le subordonné d'une décision du supérieur, mais la manifestation d'un conflit d'intérêt dont il est souhaitable de confier la solution à un tiers étatique¹³¹.

2. L'EXERCICE D'UNE PROFESSION, DROIT DISCRÉTIONNAIRE.

Les textes récents de droit familial manifestent la tendance des divers parlements nationaux à abandonner au passé les anciennes structures hiérarchisées, à aménager des pouvoirs collégiaux dans les secteurs communs de la vie familiale, et à consacrer l'indépendance des époux là où elle ne peut pas nuire aux intérêts collectifs. Indépendants, les époux le seront notamment dans leur vie professionnelle. Cette solution vient enfin remplacer des systèmes d'opposition et de recours néfastes à l'harmonie conjugale et délicats à mettre en application.

a) *Les inconvénients des systèmes d'opposition et de recours.*

Il a souvent été reproché aux systèmes d'opposition de créer un climat d'incertitude pour les tiers. Le fait que la notion d'intérêt de la famille n'est ni statique ni immuable¹³² leur fait courir le risque de perdre les services d'un époux à un moment où ils en auraient peut-être le plus besoin. En présence d'un tel danger, ils pourraient être tentés de réagir en refusant d'user des services d'une personne mariée, en ne traitant qu'avec des célibataires, des veufs ou des divorcés ou en exigeant du conjoint un certificat de non-opposition¹³³. Il a été montré aussi que le régime juridique de cette opposition fait l'objet de controverses si importantes qu'elles enlèvent au système toute efficacité: les tiers respectent fort peu les limitations apportées à l'activité professionnelle d'un époux: les actions en dommages-intérêts restent théoriques; l'époux brimé se révolte contre le groupe au nom de l'intérêt duquel la mesure restrictive a été prise¹³⁴.

On n'est pas arrivé, non plus, à s'entendre sur la nature de l'institution. Certains y voient un moyen de protéger les intérêts moraux de la Famille; d'autres un mécanisme propre à sauvegarder des intérêts patrimoniaux. Le climat libertaire nouveau permettant d'opter pour la

¹³¹ Ce recours d'un époux au nom de l'intérêt commun, était la solution préconisée par les membres de la Commission de réforme du Code civil français: TX. C.R.C.C., 1949-1950, p. 109. Son principe en a été accepté par le législateur belge: H. DE PAGE, *op. cit.*, t. 1, p. 867, n° 715; G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *op. cit.*, p. 226, n° 210; Cl. RENARD, P. CRAULICH et S. DAVID, *Chronique législative du Droit belge*, in *Rev. trim. dr. civ.* 1959, p. 217, d).

¹³² M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 87.

¹³³ G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *op. cit.*, p. 230, n° 213.

¹³⁴ R. SAVATIER, *L'Amour, le Droit et la liberté*, Paris 1936, p. 53, nos 29 et 30.

seconde approche, l'opposabilité serait la sanction des actes passés en dépit d'une opposition. Mais, comme les intérêts patrimoniaux d'un époux séparé des biens sont distincts de ceux de son conjoint, on voit mal quel serait, en pratique, l'effet de l'opposition. Ce n'est qu'en matière de régime communautaire que cette formule serait utile: le patrimoine commun (et le patrimoine du mari lorsque l'opposition émanerait de lui) ne constituerait plus le gage des créanciers professionnels de l'époux dont l'activité serait contestée¹³⁵.

Il convient dès lors de se demander s'il est utile de perpétuer la pratique juridique du contrôle de l'activité professionnelle d'un époux par son conjoint. L'autorisation maritale du passé n'était déjà plus conforme au contexte social et avait obligé à construire un système hypocrite de présomptions jamais remises en question¹³⁶. Aussi si l'on veut bien admettre qu'en fait, l'exercice d'une profession n'a presque jamais donné lieu à des contestations devant les tribunaux¹³⁷, et qu'il s'agit là d'un problème qui ressortit plus de relations inter-personnelles que de règlements¹³⁸, convient-il d'abandonner au passé un système hérité d'une société patriarcale et inégalitaire.

b) *L'indépendance professionnelle.*

L'indépendance professionnelle demeure finalement la seule solution possible. Après bien des hésitations, le législateur français qui a conservé au mari son rôle de chef de famille¹³⁹ s'est décidé à trahir sa logique juridique et à consacrer l'autonomie professionnelle des époux. Le texte soumis au Parlement français permettait toujours au mari de s'opposer à l'exercice, par sa femme d'une profession séparée¹⁴⁰, mais la réserve apparaissait fort symbolique¹⁴¹ puisqu'il a toujours été reconnu que l'activité professionnelle est une question sur laquelle les époux tombent facilement d'accord¹⁴². Certains juristes prétendirent alors qu'une telle disposition semblait inutilement vexatoire, les femmes ayant suffisamment de conscience familiale pour ne pas mettre en péril l'intérêt de la famille¹⁴³. Le

¹³⁵ MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, t. 1, p. 707, n° 521; R. NOIREAULT-BLANC, *op. cit.*, p. 166.

¹³⁶ R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 54, n° 29.

¹³⁷ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 54, n° 29.

¹³⁸ TX., C.R.C.C. 1949-1950, p. 109.

¹³⁹ Art. 213 al. 1, C.N.

¹⁴⁰ Texte du projet initial: «Si l'exercice de la profession est de nature à mettre en péril l'intérêt de la famille, le mari peut demander en justice que défense en soit faite à sa femme.»

¹⁴¹ G. CORNU, *La réforme des régimes matrimoniaux*, in *J.C.P.* 1966, chr. 1968, n° 16.

¹⁴² M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 93, n° 49.

¹⁴³ M^{me} LAUNAY, 26 juin 1965, *Journal officiel*. Assemblée nationale française, p. 2613.

texte nouveau, allégé de ses dispositions restrictives, énonce sans ambiguïté, le principe de la liberté professionnelle de la femme : « La femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari¹⁴⁴. » Le conflit entre la liberté professionnelle et l'intérêt familial appartient donc lui aussi au passé.

La solution française montre au juriste à quel point l'approche du problème de la liberté professionnelle des époux se différencie de celle du passé. Autrefois, on sacrifiait la liberté à l'intérêt commun. Aujourd'hui, on nie le conflit au nom d'un certain opportunisme juridique : « Les procédures sur l'exercice par la femme mariée d'une profession distincte et sur les recours auxquels cet exercice peut donner lieu, déclara en chambre le ministre de la justice français, me paraissent relever de l'hypothèse d'école et de la théorie pure. Lorsque deux époux en sont arrivés à un point de mésentente tel que l'un est obligé d'agir en justice pour empêcher l'autre d'exercer une profession séparée, ce n'est jamais un jugement ou un arrêt qui les réconciliera¹⁴⁵. » Cet exemple n'est malheureusement pas suivi par tous les législateurs modernes. Certains continuent à aménager des solutions relevant de l'utopie¹⁴⁶.

Paragraphe 2.

LE DROIT AU TRAVAIL DE LA FEMME MARIÉE DANS LE CONTEXTE LÉGISLATIF ACTUEL DU DROIT QUÉBÉCOIS.

L'accession de la femme mariée québécoise à l'indépendance professionnelle ne se fit pas sans heurt. Ceux que l'on avait chargés de préparer une réforme du droit en ce domaine en furent sans doute, bien malgré eux, les responsables : ils ne proposèrent qu'une réglementation du droit d'opposition en cas d'exercice d'une activité commerciale¹⁴⁷. Leurs commettants ne se satisfirent pas de cette solution : Outre le droit d'opposition en matière commerciale, ils consacrèrent le principe du libre exercice d'une profession par la femme mariée¹⁴⁸. Le texte qui sanctionnait cette liberté professionnelle n'eut toutefois qu'une vie éphémère. La loi sur la capacité juridique de la femme mariée¹⁴⁹ lui avait donné naissance; la loi concernant les régimes matrimoniaux¹⁵⁰ la lui enleva. Il

¹⁴⁴ Art. 181, C.C., formulation 1964.

¹⁴⁵ J. FOYER, cité par M. HAMIAUT, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴⁶ Le législateur français pour ne citer que lui, a appartenu jusqu'à la modification de l'article 223 CN par la loi du 13 juillet 1965 à ce groupe d'utopistes.

¹⁴⁷ Leur proposition allait devenir l'art. 182 C.C. formulation 1964.

¹⁴⁸ Art. 181, C.C., formulation 1964.

¹⁴⁹ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, 1964, 12-13 Eliz II, ch. 66, loi entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1964.

¹⁵⁰ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, 1969, 18 Eliz II, ch. 77, loi entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1970.

ne faudrait toutefois pas croire qu'avec la disparition du texte de principe, c'était le principe lui-même qui disparaissait. On estima ce principe si bien entré dans les mœurs juridiques, qu'il n'était plus nécessaire de le formuler. Les principes généraux du droit, la conservation de la pleine capacité juridique malgré mariage¹⁵¹ le concours des époux dans la direction morale et matérielle de la famille¹⁵² et dans la gestion des biens familiaux¹⁵³ constituaient des preuves évidentes de la survivance du principe malgré sa « déjuridicisation ».

Les commissaires qui élaborèrent en 1963 le « projet Nadeau » de réforme du statut juridique de la femme mariée ne jugèrent pas indispensable de consacrer l'indépendance professionnelle de celle-ci par une disposition spéciale. Ils se contentèrent de réglementer le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une activité commerciale de l'épouse. La jurisprudence avait, en effet, permis de dégager le principe selon lequel l'autorisation maritale s'étendait à tous les secteurs de la vie active. Formulée en matière de négoce¹⁵⁴, elle résultait de l'application des principes généraux du droit, dans tous les autres cas¹⁵⁵. La transposition des principes anciens dans le droit nouveau allait permettre de reconnaître le droit d'opposition, exercé dans l'intérêt de la famille, dans toutes les hypothèses d'activité professionnelle.

Cette démarche pouvait sembler condamnable. Elle supposait que le mari continuât à rester l'appréciateur des intérêts moraux de la famille et non pas seulement le garant des intérêts pécuniaires du couple. Or, légiférer dans le seul domaine qui comporte des risques d'engagements financiers pouvant conduire à la faillite, et permettre au conjoint de limiter la faculté des créanciers professionnels de l'épouse de poursuivre l'exécution de leurs créances sur le seul patrimoine de celle-ci, eût conduit à penser que le mari ne pouvait faire opposition, qu'en qualité d'administrateur de biens communs et d'obligé personnel éventuel aux dettes de sa femme. La pleine capacité juridique de la femme mariée nécessitait, si l'on entendait faire, du droit au travail, une prérogative soumise à contrôle, une formulation, et du principe de la liberté professionnelle, et de ses limites. La « minorité » passée permettait un contrôle général de l'activité de la femme mariée que ne supposait plus son accession à la capacité.

¹⁵¹ Art. 177 C.C. formulation 1964: art. 177 C.C. formulation 1969.

¹⁵² Art. 174 C.C. formulation 1964.

¹⁵³ Art. 183, 1292, 1297, 1425a C.C. formulation 1964: art. 182, 1292, 1425a C.C., formulation 1969.

¹⁵⁴ Art. 179 C.C., formulation 1866.

¹⁵⁵ A. PERREAULT, *Traité de Droit commercial*, t. 2, Montréal, 1936, p. 673; L. TREMBLAY, *Les biens réservés de la femme mariée*, Montréal, 1946, p. 41 et s.; *Langstaff c. Bar of the Province of Quebec*, 1915, 47 C.S. 131; G. BRIÈRE, *Le nouveau statut juridique de la femme mariée*, in *Lois nouvelles*, t. 1, Montréal, 1965, p. 9.

Contrôlée à ce titre, la vie professionnelle de la femme, ne pouvait plus l'être en l'absence de disposition spéciale.

Le législateur de 1964 retira au mari la fonction de chef de famille que le « projet Nadeau » lui avait conservée. Par voie de conséquence il consacra à l'article 181 C.C., le principe de la liberté professionnelle de la femme : « La femme mariée peut exercer une profession distincte de celle de son mari. » Toutefois, malgré la clarté du texte et l'absence totale de limitations au droit au travail qu'on y remarque, certains auteurs continuèrent à prétendre que la liberté professionnelle était, pour la femme mariée, une prérogative soumise à contrôle. Leurs arguments, si contestables qu'ils fussent dans le contexte clair de la formulation du principe qui fut le droit des années 1964 aux années 1970, ne devraient pas avoir perdu de leur pertinence depuis la disparition, en juillet 1970, de l'art. 181 C.C. en tant que texte de principe en matière de droit au travail. Ces auteurs, il convient de le remarquer ne firent pas l'unanimité et cela, dès les années 1964. Certains juristes en effet, par une analyse de l'article 181 C.C. et de son contexte en vinrent à faire une distinction entre le droit au travail et ses incidences patrimoniales. Le droit au travail était, à leurs yeux, une prérogative hors contrôle marital. Les seules limitations apportées à la liberté professionnelle concernaient les époux communs en biens qui pouvaient réaliser sous certaines conditions une véritable séparation des patrimoines. Cette analyse, satisfaisante au moment où l'art. 181 C.C. (principe du droit au travail) voisinait avec l'art. 182 C.C. (incidences patrimoniales de la liberté professionnelle), le reste à plus forte raison dans un contexte de disparition de l'art. 181 C.C. en tant que texte de principe en matière de droit au travail et de renvoi, dans son contexte particulier de régime matrimonial communautaire, du contenu de l'art. 182 C.C. à l'art. 1291-a C.C.

1. LA LIBERTÉ SURVEILLÉE.

La rédaction défectueuse de l'art. 181 C.C. servit la cause des opposants au principe libertaire : ils jouèrent sur le sens à donner à l'adjectif « distincte » dans l'expression « profession distincte de celle du mari ». Ils ne se contentèrent pas de cette victoire et firent appel à des principes généraux du droit pour condamner l'autonomie professionnelle de l'épouse.

a) La restriction textuelle à la liberté.

Il convient de rappeler ici que le « projet Nadeau » avait opté pour le qualificatif « séparée ». Héritée du droit français, cette exigence signifiait, dans son contexte d'origine, que l'activité des époux devait être réellement séparée, les opérations distinctes et les intérêts de l'un non confondus

avec ceux de l'autre¹⁵⁶. Accepté par l'Assemblée législative¹⁵⁷, ce caractère de séparation plus juridique que matérielle avait été repoussé par le Conseil législatif¹⁵⁸ qui lui avait substitué la notion de « profession distincte ». Cette maladresse législative qu'un auteur qualifia « souci de purisme¹⁵⁹ », allait offrir à la spéculation intellectuelle un terrain de choix.

Pour certains, la distinction nécessaire des professions était à la fois matérielle et juridique. Le mari et la femme ne pouvaient exercer une activité répondant à la même définition. Ainsi, l'exercice de la profession d'avocat par le mari empêchait la femme de s'inscrire au barreau, quand bien même elle eût l'autorisation de celui-ci¹⁶⁰ : « Littéralement, le nouvel article 181 C.C. ne permettait pas à une femme qui, de fait, a une profession identique à celle de son mari, par exemple, la profession d'avocat ou de notaire, d'exercer cette profession¹⁶¹. » La profession distincte autorisée par la loi était donc selon cette interprétation celle qui ne pouvait être identifiée à celle du mari.

C'est de cette première interprétation que M. G. Brière prit le contre-pied en prétendant que l'expression « profession distincte » du droit québécois était au même effet que la formule « profession séparée » du droit français, et que le Conseil législatif avait préféré l'épithète « distinct » par simple souci de purisme¹⁶². Rien n'empêchait donc deux époux d'exercer la même profession. Il eût été souhaitable cependant que cet auteur précisât le sens qu'il entendait donner à l'exigence textuelle de la séparation des professions. Différents types de séparation pouvaient être, en effet, envisagés. L'exigence d'une séparation matérielle eût empêché deux époux d'exercer dans un même local des professions commerciales ou libérales. L'exigence d'une séparation juridique eût interdit des opérations professionnelles de même ordre ou complémentaire. L'exigence d'une séparation économique enfin, eût voulu que les résultats de l'activité de chaque époux fussent comptabilisés distinctement.

Il n'était d'ailleurs pas certain que l'art. 181 C.C. contienne la restriction textuelle qu'on se plaisait à y trouver. Il fallait se rappeler, en

¹⁵⁶ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 4^e éd., t. 4, n° 200, J. BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 2, n° 2257; M. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^e éd., t. 1, n° 269; M. ESCARRA, *Principes de Droit commercial*, t. 1, n°s 305 et 307; M. THALLER et PERCEROU, *Traité de droit commercial*, 8^e éd., 1931, n° 177.

¹⁵⁷ Devenue par la suite Assemblée nationale.

¹⁵⁸ Ex-Chambre Haute du système législatif bicamériste québécois.

¹⁵⁹ G. BRIÈRE, article précité, *Lois nouvelles*, t. 1, p. 10; R. COMTOIS, *Traité de la Communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 351, note 8.

¹⁶⁰ A. NADEAU, *The new capacity of married women*, McGill University, Faculty of Law, Montréal, 1965, p. 5.

¹⁶¹ R. COMTOIS, *op. cit.*, p. 351, note 8 *in fine*.

¹⁶² G. BRIÈRE, article précité, *Lois nouvelles*, t. 1, p. 10.

effet. que les sociétés entre époux étaient largement acceptées par la jurisprudence québécoise et qu'elles supposaient une absence de distinction sur les plans matériels, juridiques et économiques entre l'activité de la femme et celle du mari. L'intention du législateur n'aurait donc pas été d'interdire à la femme d'exercer une profession semblable à celle de son mari mais de lui reconnaître la faculté d'exercer une profession séparée de celle de son mari, c'est-à-dire dans laquelle, elle ne serait pas l'associée de celui-ci¹⁶³. Il aurait pourtant suffi d'un simple adjectif placé après le substantif profession pour enlever à la formule adoptée par le législateur l'ambiguïté qu'elle recélait: «La femme mariée peut exercer une profession, même distincte de celle de son mari.» Par cette disposition auraient été consacrés et la collaboration de deux époux dans la vie active, et le principe de l'autonomie professionnelle de chacun.

b) L'appel à des principes généraux du droit.

Repoussant les suggestions du «projet Nadeau» le législateur de 1964 refusa de faire du mari le censeur de l'activité professionnelle de son épouse. La fonction maritale de chef de famille lui étant retirée, un tel contrôle n'était plus compréhensible. Certains auteurs cependant, parce qu'ils pensaient que le rejet de cette fonction maritale n'avait été que théorique, organisèrent en marge de la loi, un système d'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée.

M. G. Brière¹⁶⁴ après avoir déclaré que le mari ne pouvait plus s'opposer à ce que la femme exerce une profession séparée, limita la portée de son affirmation en faisant appel à la notion d'abus de droit: «... il y a cependant lieu d'observer que le plaideur audacieux pourrait, en ayant recours à la notion d'abus de droit, faire valoir avec quelque chance de succès, que l'exercice par la femme de telle ou telle profession est contraire à l'intérêt de la famille, le cas échéant, et obtenir en conséquence que l'opposition du mari fût maintenue.» Sans aller jusqu'à faire remarquer avec quelle réticence la jurisprudence québécoise applique la notion d'abus de droit, et la cantonne dans de simples rapports de voisinage¹⁶⁵, il convient de se demander si cette notion répond bien aux justifications d'un système d'opposition. L'abus de droit nécessite l'accomplissement d'un acte gratuit et malicieux. Irait-on jusqu'à prétendre que la femme offre ses services dans le seul but de servir les intérêts de son employeur, et de nuire à ceux de sa famille¹⁶⁶? Dans le contexte actuel, la

¹⁶³ J. PINEAU, *L'Autorité dans la famille*, (1965-1966) 7 *C. de D.* p. 207; v. aussi *Rapport du comité des régimes matrimoniaux*, O.R.C.C., Montréal, 1966, p. 114.

¹⁶⁴ G. BRIÈRE, article précité, *Lois nouvelles*, t. 1, p. 9.

¹⁶⁵ J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et K. DELANEY, *La femme mariée commerçante*, (1965-1966) 7, *C. de D.* 374; J. BARCELO, *L'abus du droit*, (1954) 13, *R.J.T.*, p. 28.

¹⁶⁶ Cl. LOMBOIS, *La condition juridique de la femme mariée*, Montréal, 1966, p. 18.

solution de M. Brière aurait quelque chance de succès auprès des tribunaux si l'on reconnaissait aux droits subjectifs un contenu fonctionnel¹⁶⁷. Il ne s'agirait pas tant alors de découvrir si l'entrée de la femme dans la vie active constitue un acte gratuit et malicieux que de rechercher, si ce faisant, elle sert les intérêts familiaux. Le droit au travail serait reconnu à la femme dans la mesure où il serait exercé afin d'apporter à la famille le complément de revenu qui lui est nécessaire. Il est malheureux toutefois, que cette conception ne tienne pas compte de l'épanouissement que peut procurer le travail. Simple théorie utilitaire, elle sacrifie l'individu au groupe et pour cette raison, ne s'imposera peut-être jamais dans les prétoires québécois^{167a}.

On dut à M. R. Comtois une autre approche du problème. Partant de la constatation de l'existence, en régime communautaire d'un droit du mari à s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession commerciale¹⁶⁸, l'auteur s'étonnait de cette limitation à la seule activité commerciale et la considérait discriminatoire à l'égard des femmes commerçantes¹⁶⁹. Aussi, sauf à admettre qu'il s'agissait là d'une faille du fameux bill 16, l'opposition aménagée à l'article 182 C.C. pouvait n'être que l'application à un cas particulier du pouvoir général de contrôle du mari. Cette solution évitait une discrimination professionnelle et matrimoniale. Mais, ainsi que le faisait remarquer M. C. Lombois¹⁷⁰, cette discrimination était parfaitement explicable et justifiée. Elle tenait à l'imbrication dans la communauté de biens, des intérêts communs et des intérêts personnels du mari. En refusant son autorisation, le mari soustrayait ses biens propres et les biens communs aux poursuites des créanciers professionnels de la femme. Dans un contexte de liberté d'établissement, il convenait de conserver au mari le droit de n'être pas engagé par les opérations commerciales de son épouse: la connaissance par les tiers du fait que ce commerce s'exerçait sans son consentement, suffisait à les lui rendre inopposables. Passant outre ce refus, la femme n'offrait plus à ses créanciers, en garantie de ses engagements commerciaux que ses biens propres et ses biens réservés.

¹⁶⁷ Il s'agirait là de la consécration de la théorie de L. Josserand qui prétendait, au début du siècle, que tous les droits étaient des droits-fonctions. Dans la vision du monde juridique de celui-ci, les droits subjectifs étaient des prérogatives reconnues à l'individu, dans le seul but de faciliter la vie des hommes en société (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Paris, 1939).

^{167a} Dans une étude consacrée en 1966 à la réforme de la Capacité juridique de la femme mariée dans la province de Québec (*Revue internationale de droit comparé*, 1966, p. 84), M. G. Brière, n'apportait plus aucune limitation au droit au travail de la femme mariée. Ce silence pouvait-il être interprété comme une remise en question par l'auteur de sa propre théorie?

¹⁶⁸ Art. 182, al 3 et 4 C.C.

¹⁶⁹ R. COMTOIS, article précité, in *Lois nouvelles*, t. 1, p. 49.

¹⁷⁰ Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 18.

2. LE COMPROMIS LIBERTÉ — RESPONSABILITÉ.

Il ne reste finalement que peu de choses des prétendus contrôles auxquels serait soumise l'activité professionnelle de la femme mariée. Conçus dans le droit antérieur à la réforme de 1964 comme un moyen d'assurer l'unité de direction de la famille, ils étaient largement battus en brèche par le système légal des présomptions et par la tolérance manifestée par les tribunaux. Combat d'arrière-garde depuis 1964, cette volonté de contrôler l'activité juridique de la femme montre combien il est difficile d'abandonner au passé certaines constructions juridiques même si elles sont dépassées, lorsqu'elles ont régi une société pendant plus d'un siècle. Le droit moderne, en consacrant l'autonomie juridique de l'épouse n'a pas oublié pour autant les dangers que pouvait présenter, pour le conjoint dans certaines circonstances l'exercice discrétionnaire d'un droit au travail. Il a donc tenté de réaliser un compromis entre liberté et responsabilité.

a) Le principe libertaire.

Sans faire appel à des arguments d'ordre sociologique, il était, sous l'empire du Bill 16¹⁷¹, et il reste, sous l'empire du Bill 10¹⁷² relativement facile de justifier l'autonomie professionnelle de la femme. Droit essentiel, découlant de la personnalité¹⁷³ ce droit au travail est « une liberté publique » reconnue et exercée dans la limite des lois et des règlements. En restreindre l'exercice reviendrait à restreindre une liberté garantie par des dispositions de principe. Seul le législateur, pourrait se le permettre, et dans la mesure où il n'a pas jugé à propos de le faire, toute construction doctrinale visant un tel but porte naturellement à faux. Il est d'ailleurs douteux que l'abus de droit puisse servir cette cause, car prétendre qu'il est possible d'abuser d'un droit tenant à la personnalité, donc essentiel à l'individu, serait permettre de nier les attributs de la personnalité, sinon la personnalité elle-même¹⁷⁴.

En prétendant conserver au mari le droit de s'opposer à la participation de sa femme à la vie active, on revient finalement au droit ancien qui avait transformé l'autorisation maritale a priori en simple opposition a

¹⁷¹ Le bill 16 était le droit qui avait fait de l'art. 181 C.C., le texte consacrant la liberté professionnelle de la femme (1964, 12-13 Eliz 2, Ch. 66, bill 16).

¹⁷² Le bill 10 est le droit qui a pris pour acquis la liberté professionnelle de la femme et n'a pas jugé à propos d'en faire la consécration textuelle (1969, 18 Eliz 2, ch. 77, bill 10). Ce droit régit les rapports professionnels actuels des époux.

¹⁷³ Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁴ À supposer même que le mari soit resté chef de famille, le non-respect par la femme des décisions qu'il prendrait en cette qualité, constituerait un manquement aux devoirs et obligations des époux, et serait sanctionné, selon le droit commun du mariage, par la séparation de corps ou le divorce (Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 18).

posteriori. Ce retour au droit antérieur n'était guère compréhensible, dans le contexte du Bill 16. Il ne l'est pas plus dans le contexte du Bill 10. Le but du Bill 16 avait été d'améliorer la situation juridique de la femme et non pas de maintenir, sous des apparences libérales, le statu quo antérieur. L'art. 181 C.C. devait donc, dans le doute, s'analyser à la lumière de l'esprit qui anime l'ensemble des dispositions de ce bill novateur. Le sens général du droit nouveau était donné par l'art. 177 C.C. qui consacrait l'autonomie juridique de la femme mariée. Fallait-il encore, dans ce contexte, aménager des secteurs de «quasi-dépendance» de l'épouse à l'égard de son mari¹⁷⁵?

Le mari qui n'était plus ni le souverain appréciateur ni même le garant des intérêts familiaux ne pouvait donc pas, au vu de l'art. 181 C.C., s'opposer à l'exercice d'une activité professionnelle par son épouse. Cette mesure restrictive du droit au travail devait être textuelle, et préciser même le cas échéant, les conditions du contrôle aménagé. Dans le silence de la loi on devait opter pour la liberté la plus entière. C'est d'ailleurs dans ce sens que s'étaient orientés la majorité des auteurs au lendemain de la réforme de 1964¹⁷⁶, en ne se contentant pas seulement de nier la censure maritale, mais en affirmant que, par profession, il fallait entendre toute activité dont l'individu tirait des revenus.

Le libéralisme, quant au sens à donner au terme profession n'avait guère été mis en doute que par un auteur qui avait usé d'une argumentation dont il était assez facile de contester le bien-fondé. Au lieu de considérer que l'art. 182 C.C. était une application particulière à un régime matrimonial donné du principe dégagé à l'art. 181 C.C., cet auteur prétendait que le second texte organisait un régime exceptionnel dérogatoire au droit commun de l'autonomie professionnelle: «Étant donné que l'article précité (art. 181 C.C.) ne prévoit pas d'opposition, nous pouvons déduire que la notion de négoce n'est pas utilisée dans la compréhension du terme profession séparée et qu'il faut les considérer séparément¹⁷⁷. » N'était donc soumise à contrôle que l'activité commerciale. Dans les autres secteurs de la loi professionnelle la liberté était de règle.

Cette distinction était pour le moins contestable si l'on voulait bien se rappeler que l'art. 182 C.C. ne faisait qu'organiser un régime spécial d'opposabilité au mari des opérations commerciales de la femme commune en

¹⁷⁵ Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁶ J. PINEAU, article précité, p. 207; J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et K. DELANEY, article précité, p. 374; A. NADEAU, article précité, p. 3; L. BAUDOUIN, *op. cit.*, Paris, 1967, p. 281; J. L. BAUDOUIN, *Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise*, 1965, 43 *R.B. can.* 407; Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 17; H. CHENE, *Personne et Famille*, (1965-1966) 7 *C. de D.* 362.

¹⁷⁷ J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et K. DELANAY, article précité, p. 368.

biens. L'auteur ne semblait pas, à ce niveau du texte¹⁷⁸, avoir bien dégagé le but de l'opposition qui ne pouvait concerner l'activité mais seulement les effets de celle-ci. Dans cette optique, on s'expliquait mal la contradiction que recelait la construction de cet auteur qui affirmait d'autre part que « cette simple opposition n'empêche pas la femme de faire commerce » puisque ce refus « fait en sorte que les engagements de la femme commerçante ne sont pas opposables à son mari¹⁷⁹ ».

Hormis cette prise de position marginale, l'ensemble de la doctrine se plaisait à reconnaître que le terme profession devait être entendu très largement et inclure non seulement une activité salariale mais aussi l'exercice d'une profession libérale ou commerciale. Aucune jurisprudence n'avait consacré ce libéralisme mais il ne faisait absolument pas de doute que le texte nouveau permettait à la femme mariée d'« exercer dorénavant toute profession, libérale ou non, tout métier, tout emploi, en somme toute activité professionnelle sans le consentement et même nonobstant l'opposition de son mari¹⁸⁰ ».

Le bill 10 préparé et perçu comme le complément du bill 166¹⁸¹ ne peut avoir adopté une solution moins favorable à la femme que celle de son prédécesseur. Égaux, les époux le sont peut-être surtout dans une différence qui tient à leur nature et à leurs aptitudes particulières dans certains domaines d'activité¹⁸², mais ils n'en sont pas moins égaux et cette égalité leur confère une égale autonomie dans le secteur professionnel: dans la mesure où l'on ne réglemente pas le droit au travail du mari, on ne peut pas non plus considérer réglementer le droit au travail de la femme. Sans doute est-il encore, en l'état des textes actuels, des secteurs où l'on observe une certaine prééminence du mari¹⁸³; mais cette prééminence

¹⁷⁸ Cette contradiction interne, montre combien peut être parfois dangereuse la technique de l'œuvre collective.

¹⁷⁹ J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et K. DELANEY, article précité, p. 374 et 375.

¹⁸⁰ G. BRIÈRE, article précité, *Lois nouvelles*, Montréal, 1965, p. 10; J. L. BAUDOUIN, article précité, p. 407. R. COMTOIS, *op. cit.*, p. 352: « Il nous semble que le mot profession dans l'art. 181 doit être interprété de façon fort large. »

¹⁸¹ A. NADEAU, *Rapport sur la capacité juridique de la femme mariée*, O.R.C.C., Montréal, 1964, t. 1, p. 4; v. aussi *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, O.R.C.C., Montréal, 1968, t. 5, p. 1 et s.; Débats de l'Assemblée nationale du Québec, mercredi 21 mai 1969, 4^e session, 28^e législature, Commission de l'administration de la justice, bill 10, p. 2115 et s.

¹⁸² J. BOUTARD, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée*, Paris, 1947, p. 132; S. SAVATIER, *La femme et son ménage dans le mariage français* in *Le droit dans la vie familiale, livre du centenaire du code civil*, t. 1, Montréal, 1970, p. 187.

¹⁸³ Art. 83, 174, 175, 176, 180, 177, 243, 1291-a et 1292 C.C.; v. aussi à ce sujet F. HÉLEINE, *Les pouvoirs ménagers de la femme mariée en droit québécois*, thèse doctorat, Montréal, 1972, p. 31 et s., texte et notes.

n'existe que dans des domaines où il est souhaitable de conserver une unité de décision. Dans les autres domaines, la collégialité ou la liberté est de rigueur : c'est là l'heureux compromis auquel est arrivé le législateur entre la nécessité d'une hiérarchie et l'aspiration à la liberté et à la participation qui caractérise la société québécoise actuelle¹⁸⁴.

L'opération de réglage entre hiérarchie et liberté a été effectuée finalement d'une façon fort satisfaisante. La liberté de chaque époux n'a été entravée que dans la mesure où la sauvegarde des intérêts familiaux l'exigeait. Le principe de l'égalité des époux ayant été admis, il n'a été porté atteinte à ce principe que pour adopter une hiérarchie nécessaire à la conduite des intérêts du ménage et dans la seule mesure où la conduite de ces intérêts exigeait cette hiérarchie¹⁸⁵. Dans les secteurs non hiérarchisés la femme est donc devenue un « individu libre¹⁸⁶ » et n'a plus à solliciter d'autorisation maritale : elle n'est plus tenue à l'obéissance servile du passé¹⁸⁷, n'a plus à subir une cohabitation qui constituerait pour elle un danger d'ordre physique ou d'ordre moral¹⁸⁸, et peut occuper certaines fonctions para-publiques dont l'accès lui était autrefois interdit¹⁸⁹. Libre, elle l'est aussi sur le plan juridique puisqu'elle n'est plus la mineure que l'on devait toujours assister ou autoriser : l'art. 177 C.C. lui a ouvert les portes de la vie juridique indépendante et notamment du contrat de travail et des contrats professionnels¹⁹⁰. Libre, la femme l'est enfin sur le plan professionnel et elle peut désormais choisir seule l'activité professionnelle qui convient le mieux à ses aspirations sans que le mari ne puisse s'opposer à l'exercice de cette activité¹⁹¹.

Cette autonomie professionnelle ne peut donc pas aujourd'hui dépendre du bon vouloir d'un mari ni par la voie de l'autorisation ni par celle de la non-opposition. Le mariage n'est plus dans son fonctionnement interne.

¹⁸⁴ F. HÉLEINE, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸⁵ F. HÉLEINE, *op. cit.*, p. 62; J. PINEAU, article précité, p. 201.

¹⁸⁶ Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 11 et s.; J. PINEAU, article précité, p. 222.

¹⁸⁷ J. PINEAU, article précité, p. 210, A. NADEAU, article précité. *Five lectures on family law*. Montréal, 1965, p. 2; G. BRIÈRE, article précité. *Lois nouvelles*, t. 1, p. 8 et 9; J. L. BAUDOUIN, article précité, p. 401; Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 22 et s.; L. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 279.

¹⁸⁸ F. HÉLEINE, *op. cit.*, p. 64.

¹⁸⁹ Charge de tutrice : art. 283, C.C.; charge d'exécutrice testamentaire : art. 905 C.C. Jusqu'en 1969 ces restrictions à l'accès de ces charges découlaient du choix du régime matrimonial. Elles étaient alors analysées soit comme des restes d'incapacité ou des vestiges de la puissance maritale (J. PINEAU, article précité, p. 204), soit comme « la reconnaissance d'une capacité continuée » à condition de non-retrait (Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 24).

¹⁹⁰ F. HÉLEINE, *op. cit.*, p. 63, texte et note 2.

¹⁹¹ J. PINEAU, article précité, p. 207; A. NADEAU, article précité, p. 5; G. BRIÈRE, article précité, p. 9; J. L. BAUDOUIN, article précité, p. 407; Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 17; R. COMTOIS, article précité. *Lois nouvelles*, t. 1, p. 31; P. AZARD et A. F. BISSON, *Droit civil québécois*, t. 1. Ottawa, 1971, p. 130; E. DELEURY et M. RIVET, *Droit civil, droit des personnes et de la famille*, Québec, 1973, p. 72, note 5 (à nuancer).

un obstacle à l'exercice par la femme d'une profession. Toutefois, l'accession à la vie professionnelle peut lui être interdite dans certains cas par des lois particulières ou des règlements. Ainsi la femme mariée même si elle peut être admise comme membre auxiliaire dans une « société » syndicale ne peut remplir aucune charge au sein de cette société¹⁹². Toutefois, ces interdictions ne sont plus le fait d'une manifestation de volonté du mari, mais le résultat d'une option législative. Son mari ne pourrait pas la relever d'une telle « incapacité » parce qu'il ne lui appartient pas de modifier le contenu de l'interdit législatif. S'agit-il alors vraiment d'un choix encore actuel du législateur ? Ne peut-on pas voir plutôt dans ces interdictions des restes d'un passé tutellaire oubliés par le flot abrogatoire ? Le grand nettoyage législatif de l'année de la femme permettra sans doute de le dire.

b) La limitation du principe sur le plan des effets.

Si le mari ne peut plus s'opposer à l'entrée de sa femme dans la vie active, il peut toutefois faire en sorte que cette activité professionnelle ne préjudicie pas à ses intérêts pécuniaires propres, ni à ceux de l'unité familiale dont il est l'administrateur. Pour y parvenir, il pouvait user jusqu'en 1970 de l'opposition à l'entrée dans le monde des affaires de l'art. 182 C.C.; pour y parvenir, il usera depuis cette date d'une opposition au même effet celle de l'art. 1291-a C.C.

La clarté de l'art. 182 C.C. semblait bien ne pas permettre de construire en régime communautaire, un système d'opposition permettant de neutraliser le droit au travail de la femme mariée et pourtant on trouva chez un auteur les germes de ce point de vue. Abandonnant au passé le consentement préalable du mari, M. R. Comtois estima que « le mari de la femme commune peut, aux termes de l'art. 182 C.C., s'opposer ou disons refuser de donner son consentement à l'épouse qui veut faire commerce » et qu'« en pratique, pour obtenir une certitude absolue que la femme a le droit de faire commerce, il devient impérieux de vérifier au greffe de la Cour pour constater l'absence d'opposition du mari à moins que la femme ne produise un jugement l'autorisant ou une autorisation expresse émanant de son mari¹⁹³ ». L'exigence du consentement maritale existait donc toujours lorsqu'il s'agissait pour la femme d'exercer une profession commerciale, le bill 16 n'ayant que renforcé la présomption de consentement

¹⁹² *Lois des syndicats coopératifs*, 1964, S.R.Q. ch. 294, art. 14: « al. 2. — Les règlements peuvent aussi créer une catégorie de sociétaires appelés membres auxiliaires et régler tout ce qui les concerne, pourvu que ces membres ne puissent voter ni remplir aucune charge » — « al. 3. — Les mineurs et les femmes mariées, mêmes communes en biens, peuvent être admis membres auxiliaires... »

¹⁹³ R. COMTOIS, article précité, *Lois nouvelles*, t. 1, p. 47.

du passé et étendu à tous les cas les possibilités de recours judiciaire en cas d'opposition du mari¹⁹⁴.

Sans aller jusqu'à prétendre au maintien de l'autorisation maritale en matière commerciale, ce même auteur se demanda si le mari ne pouvait pas, en fait, interdire à la femme l'exercice de sa profession par le contrôle qu'il pouvait exercer sur les pouvoirs qu'elle tenait de son régime matrimonial¹⁹⁵. Il est en effet des professions qui requièrent un certain volant de trésorerie. Pour le constituer la femme mariée commune en biens devait y affecter des fonds provenant soit de son patrimoine, soit de ses biens réservés. Or, en cas de désaccord entre époux, le mari se prévalant des dispositions des art. 1298 et 1425 b) C.C. pouvait fort bien demander à ce que lui soient transférés tous les pouvoirs d'administration et de disposition que sa femme tenait de la loi et qui lui permettaient de gérer ses biens réservés et de disposer de certains de ses biens propres¹⁹⁶. Il était cependant assez douteux qu'un juge consentît à s'engager dans une voie qui n'était finalement qu'un détournement de pouvoir de contrôle.

Cette double tentative de paralysie de l'activité professionnelle de la femme commune en biens et commerçante, qui l'eût obligée à recourir à l'arbitrage judiciaire en cas d'opposition du mari, trouvait cependant sa condamnation dans le texte lui-même. Les rédacteurs de l'art. 182 C.C. n'avaient pas entendu limiter la portée du principe du droit au travail de l'art. 181 C.C., mais seulement les effets de l'exercice de ce droit, les professions commerciales entraînant pour ceux qui s'y adonnent des risques financiers importants. Dans la mesure où les intérêts patrimoniaux des époux n'étaient pas compartimentés, il devenait équitable de permettre au mari d'une commerçante d'échapper aux risques financiers que représentait l'exploitation d'une entreprise commerciale. L'opposition maritale répondait à ce but, en soustrayant aux poursuites éventuelles des créanciers professionnels de la femme, le patrimoine du mari, et, dans une certaine mesure, les biens communs¹⁹⁷. La connaissance du défaut de consentement du mari, rendait les engagements pris par la femme commune en biens dans l'exercice de son négoce, inopposables au mari¹⁹⁸, mais

¹⁹⁴ R. COMTOIS, *op. cit.*, p. 352.

¹⁹⁵ Art. 1298 et 1425-b, C.C., formulation 1964.

¹⁹⁶ R. COMTOIS, article précité, *Lois nouvelles*, t. 1, p. 47.

¹⁹⁷ J. L. BAUDOUIN, article précité, p. 412; A. NADEAU, article précité, p. 3; G. BRIÈRE, article précité, *Rev. int. dr. comp.* 1966, p. 84; J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et K. DELANEY, article précité, p. 374, p. 379 et s.; J. PINEAU, article précité, p. 207; Cl. LOMBOIS, *op. cit.*, p. 20: «L'art. 182 C.C. affirme le droit de la femme commune d'exercer un négoce sans le consentement de son mari puisque, bien loin d'interdire cet exercice dans de telles conditions, il en réglemente les effets pécuniaires.»

¹⁹⁸ Art. 182, al. 3, C.C.

n'obligeait pas celle-ci à fermer boutique. La communauté demeurerait d'ailleurs tenue « jusqu'à concurrence du profit qu'elle retirait du négoce exercé en dépit d'une opposition ¹⁹⁹ ».

La réforme des régimes matrimoniaux de 1970 ne modifia pas fondamentalement le droit des répercussions financières de la profession. Particularisme matrimonial, l'art. 182 C.C., disparut et fut remplacé par l'art. 1291 a) C.C. qui s'adapta à l'esprit du nouveau droit matrimonial: du concept étroit de négoce, on passa au concept large de profession: du consentement marital ou de l'autorisation judiciaire on en vint à l'absence d'opposition.

Désormais donc, la femme même commune en biens peut en toute liberté exercer la profession de son choix. Le mari ne pourra s'y opposer au nom d'un prétendu intérêt de la famille. Toutefois, si les époux sont mariés en communauté de biens il aura la ressource par la voie d'une opposition déposée au bureau du notaire de la Cour supérieure du district du lieu d'exercice de la profession de son épouse, de mettre et ses biens et ceux de la communauté à l'abri des créanciers « professionnels » de celle-ci. Cette solution se rapproche évidemment de celle de l'ancien art. 182 C.C. formulation 1964. Elle en diffère cependant en ce que l'ancien consentement marital qui obligeait la femme à solliciter un accord de son mari, a fait place à l'opposition maritale qui conduit le mari à intervenir directement pour protéger ses intérêts tant dans ses rapports pécuniaires avec son épouse que dans ses rapports pécuniaires avec les tiers. Cette solution s'inspire d'ailleurs directement de la philosophie nouvelle du droit de la communauté de biens: « les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes contractées par la femme sans opposition du mari tant sur les biens de la communauté que sur les biens propres et réservés de la femme ²⁰⁰ ... ».

L'opposition n'est cependant pas la menace qui relève le mari de toute responsabilité pécuniaire. Son droit d'opposition étant purement fonctionnel, la femme pourra demander à un juge de la Cour supérieure de la relever de l'interdit marital, une interprétation extensive du nouvel art. 182 du C.C. donnerait au juge tout pouvoir de ce faire; n'avait-il pas déjà ce pouvoir sous l'empire de l'ancien art. 182 C.C., dans le cadre de la réglementation de la vie professionnelle de la femme? La femme pourra donc réduire à néant une opposition injustifiée de son mari à l'exercice de la profession de son choix. Libre, elle l'est donc dans le choix de sa profession; libre, elle l'est aussi dans l'exercice de celle-ci; libre, elle l'est enfin dans les conséquences pécuniaires de sa vie professionnelle: à la sujétion morale et pécuniaire du passé a fait place pour la femme une indépendance

¹⁹⁹ Art. 182, al. 1. C.C.

²⁰⁰ Art. 1290, C.C.

personnelle et un pouvoir d'engager par des actes librement accomplis l'unité familiale née de l'adoption d'un régime matrimonial communautaire²⁰¹.

L'opposition maritale sous contrôle judiciaire constitue donc un mécanisme sécuritaire pour la famille. Elle entraîne une « quasi-séparation » de biens lorsque les garanties offertes par ce régime deviennent nécessaires à la sauvegarde des intérêts pécuniaires du couple. Les avantages sont si évidents qu'on s'est demandé s'il ne fallait pas admettre ce droit à opposition du mari dès lors que la communauté risquait d'être engagée : « It seems normal to provide for the husband's consent not only in the case of a woman who is a public trader, but also in every case where a contract or an obligation assumed by a wife common as to property is likely to have effect on the community property. » Cette solution drastique n'est cependant conforme ni à l'esprit ni à la lettre de la loi. Le législateur a réglementé les effets pécuniaires de certaines activités professionnelles : exceptionnelle, cette réglementation ne doit pas servir à justifier le consentement marital toutes les fois que la communauté risque d'être engagée du fait de la femme. De telles hypothèses ont d'ailleurs été envisagées expressément aux art. 1290 et 1296 C.C. La solution de ces articles constitue le droit commun des engagements « non autorisés » de la femme. Dérogatoire à ce droit commun, les dispositions de l'art. 1291 a) C.C. doivent recevoir une application limitée au seul domaine de l'activité professionnelle.

* * *

Sans doute la jurisprudence québécoise n'aura-t-elle jamais à statuer sur le contenu du droit au travail de la femme mariée. Ce droit, dans un contexte de société industrielle faisant largement appel à la main-d'œuvre féminine, va tellement de soi qu'il ne viendrait guère à l'esprit d'un mari de le contester, même au nom d'un intérêt supérieur. Aussi n'est-il pas faux de prétendre que le droit d'opposition du mari à l'exercice par la femme de sa profession appartient au passé : « le législateur l'a englouti dans le néant de son silence. » Quant au droit du mari de se désolidariser pécuniairement d'une épouse professionnelle commune en biens, il tient certainement beaucoup plus de l'hypothèse d'école que de la réalité même : le législateur, en lui consacrant un texte, lui a offert un enterrement de première classe.

²⁰¹ F. HÉLEINE, *op. cit.*, p. 42 et s.

BIBLIOGRAPHIE

- J. L. BAUDOUIN, *Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise*, (1965) 43 *R. du B. can.*, p. 393 et s.
- L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la Province de Québec*, Paris, 1967, p. 281 et s.
- G. BRIÈRE, *Le nouveau statut juridique de la femme mariée*, in *Lois nouvelles*, Montréal 1965, p. 7: *La réforme de la capacité de la femme mariée dans la Province de Québec*, in *Revue internationale de Droit comparé*, 1966, p. 83 et s.
- H. CHENÉ, *Personne et Famille*, (1965-1966) VII, *C. de D.*, p. 353 et s.
- R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 340 et s.: *Les époux communs en biens depuis le bill 16*, in *Lois nouvelles*, Montréal, 1965, p. 31 et s.
- J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et K. DELANEY, *La femme mariée commerçante*, (1965-1966) VII, *C. de D.*, p. 366 et s.
- Cl. LOMBOIS, *La condition juridique de la femme mariée*, Montréal, 1966.
- A. NADEAU, *The new capacity of married women*, McGill University, Faculty of Law, *Five lectures on Family law*, Montréal, 1965, p. 1 et s.
- J. PINEAU, *L'autorité dans la famille*, (1965-1966) VII, *C. de D.*, p. 201 et s.
- D. LEMIEUX, *Le travail de la femme mariée en dehors du foyer*, (1965-1966) VII, *C. de D.*, p. 737 et s.

ANNEXE SOCIO-JURIDIQUE

Le juriste ne travaille pas dans sa tour d'ivoire. Si sa règle s'infléchit et se transforme c'est parce qu'elle subit l'influence du contexte économique, politique, social et religieux qui l'avait secrétée et dont elle suit l'évolution. Il n'est dès lors pas sans intérêt de s'arrêter à des données chiffrées qui rendent compte de la présence de la femme sur le marché du travail et d'envisager ces chiffres comme un phénomène explicable.

I. — LA FEMME EN CHIFFRES ET EN GRAPHIQUES.

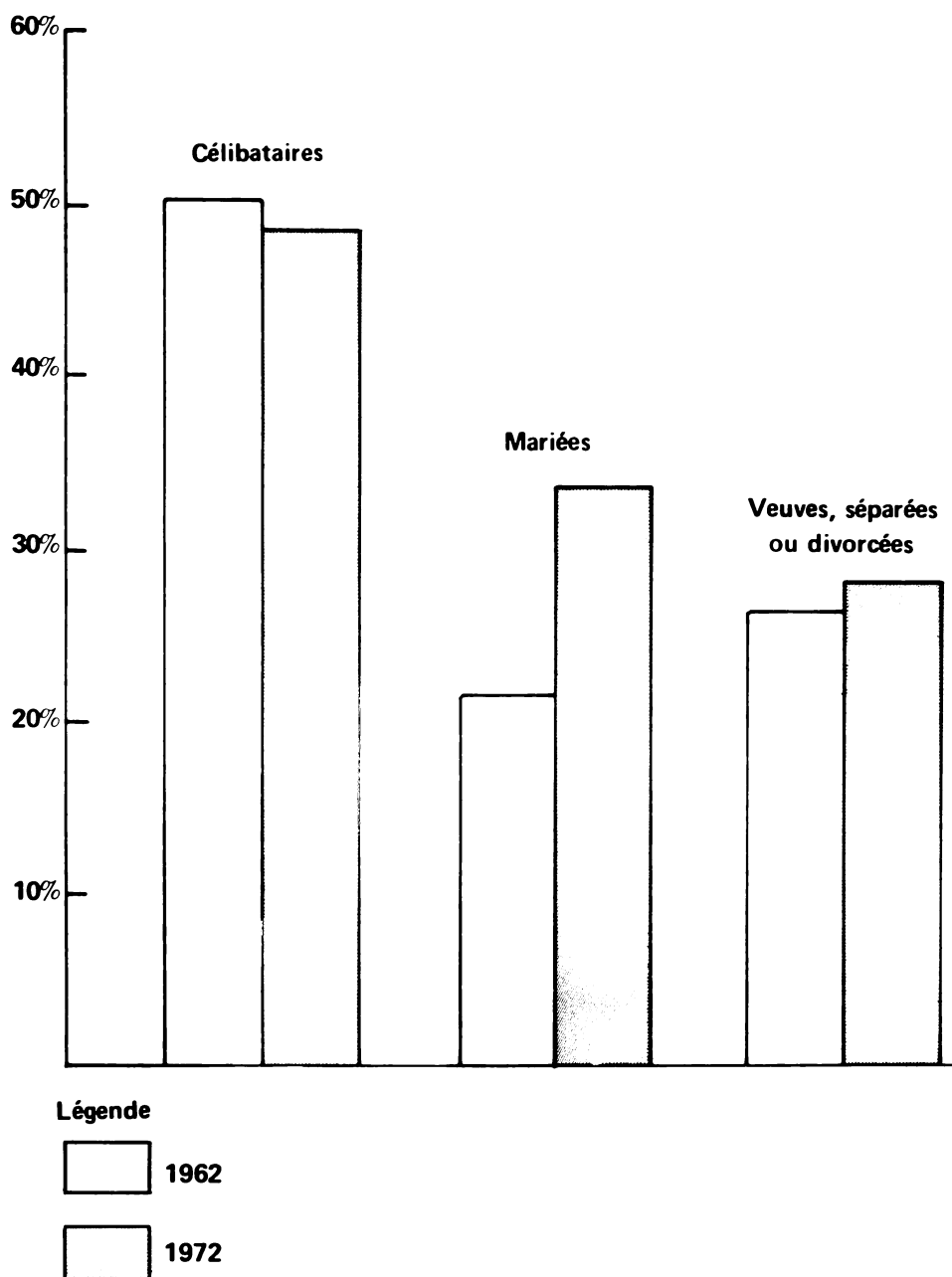
Tableau 1. — *Données statistiques 1975 sur la place de la femme sur le marché du travail dans le monde.*

	% de femmes dans la population active	% des femmes actives par rapport à la population féminine	% des femmes mariées dans la population active féminine	places de crèches par rapport au nombre de femmes au travail
FRANCE ¹	38	52,3	62	51.064 pour 7.900.000
ALLEMAGNE ¹	36,9	45,5	59,6	20.428 pour 9.500.000
ITALIE ¹	27,8	18	51.4	91.800 pour 4.900.000
GRANDE BRETAGNE ¹	37.2	48,4	64	29.302 pour 9.300.000
U.R.S.S. ¹	51	90		Besoins satisfaits à 80%
ÉTATS-UNIS ¹	37	24,5	23,4	pas de crèches
SUÈDE ¹	40,7	61	59	36.000 pour 1.615.000
CANADA ²	50,5	37.1	56,9	

¹ Origine : *L'express*, 3-9 mars 1975, n° 1234, édition internationale, p. 44.

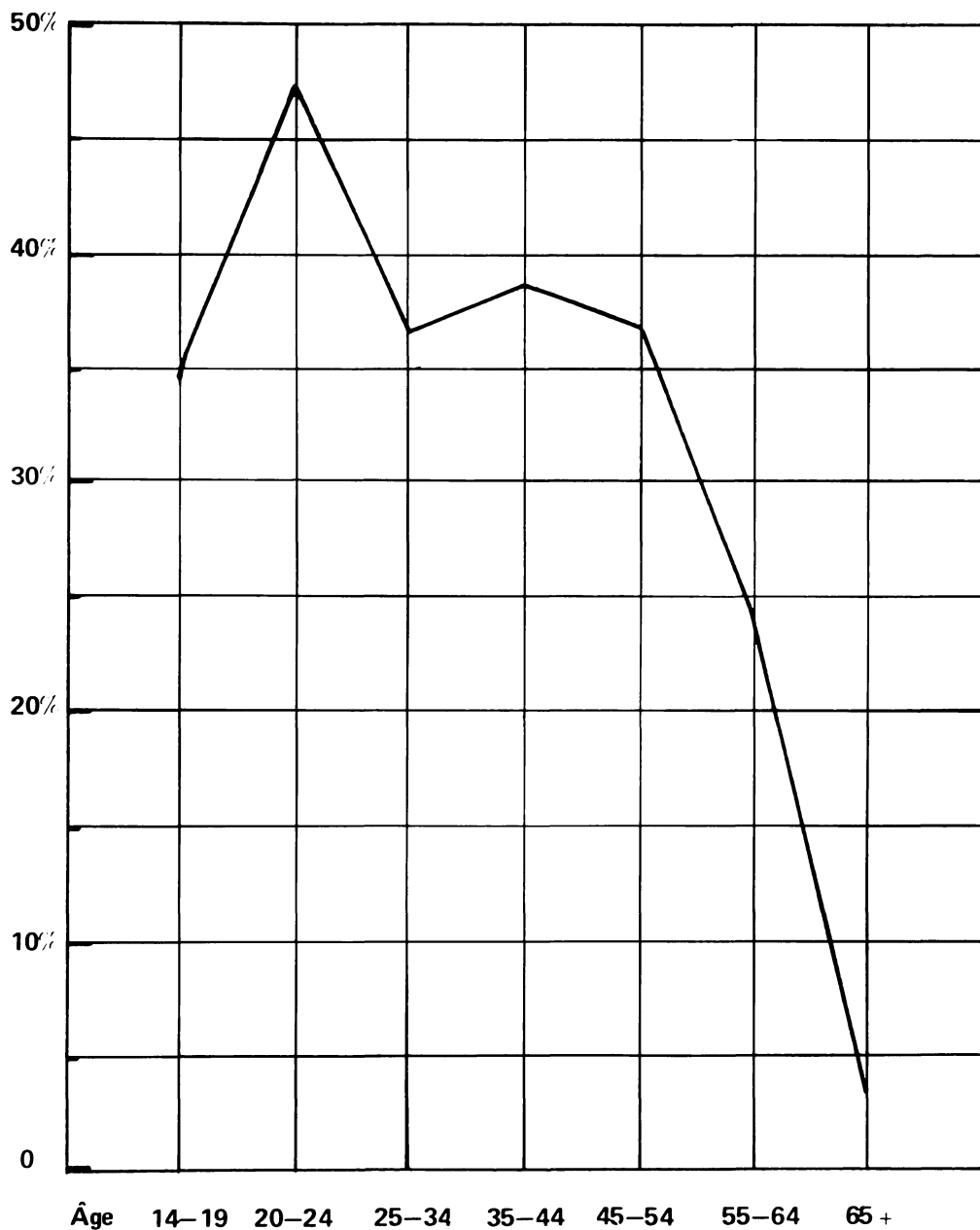
² Origine : *Faits et données 1973, Les femmes dans la population active*, Ottawa, Information Canada, 1974.

Graphique 1. — *Taux de participation des femmes à la population active, selon l'état civil, Canada, 1962 et 1972.*



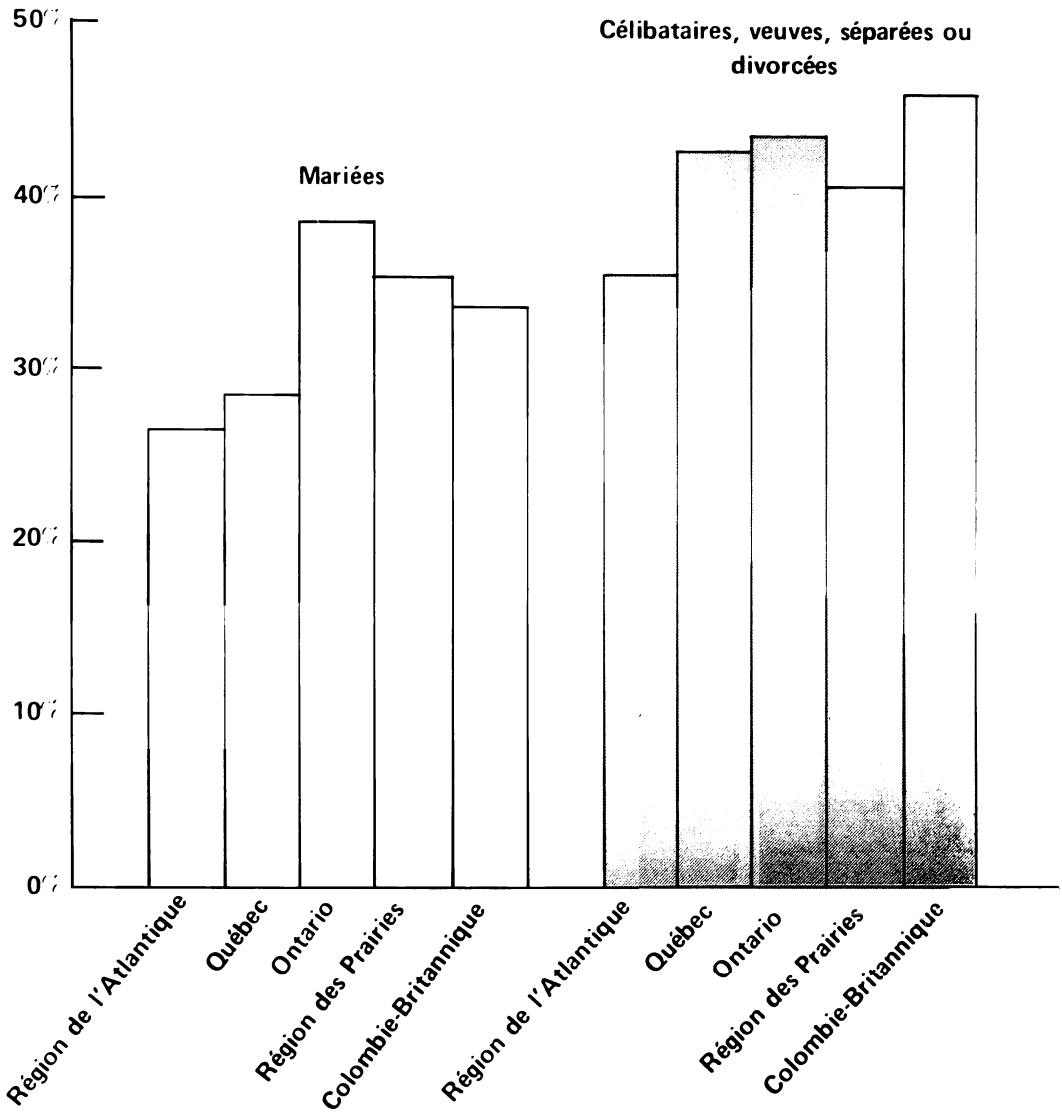
Origine: *Faits et données 1973, Les femmes dans la population active*, Ottawa, Information Canada, 1974.

Graphique 2. — *Taux de participation des femmes mariées, selon les groupes d'âges, Canada, 1972.*



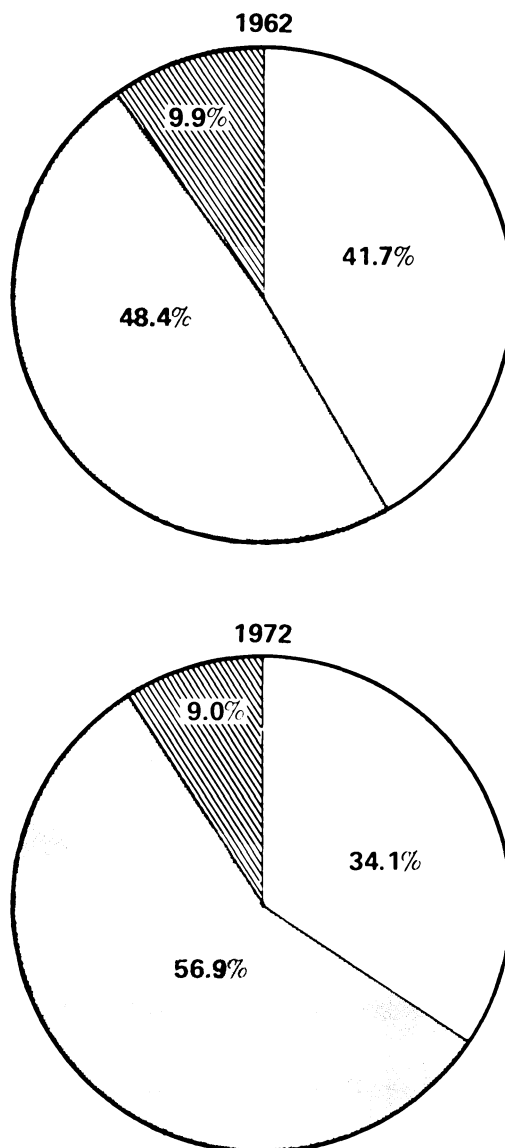
Origine : *Faits et données 1973, Les femmes dans la population active*, Ottawa, Information Canada, 1974.

Graphique 3. — *Taux de participation des femmes, selon l'état civil et la région, Canada, 1972.*



Origine: *Faits et données 1973, Les femmes dans la population active*, Ottawa, Information Canada, 1974.

Graphique 4. — *Distribution procentuelle des femmes dans la population active, selon l'état civil, Canada, 1962 et 1972.*

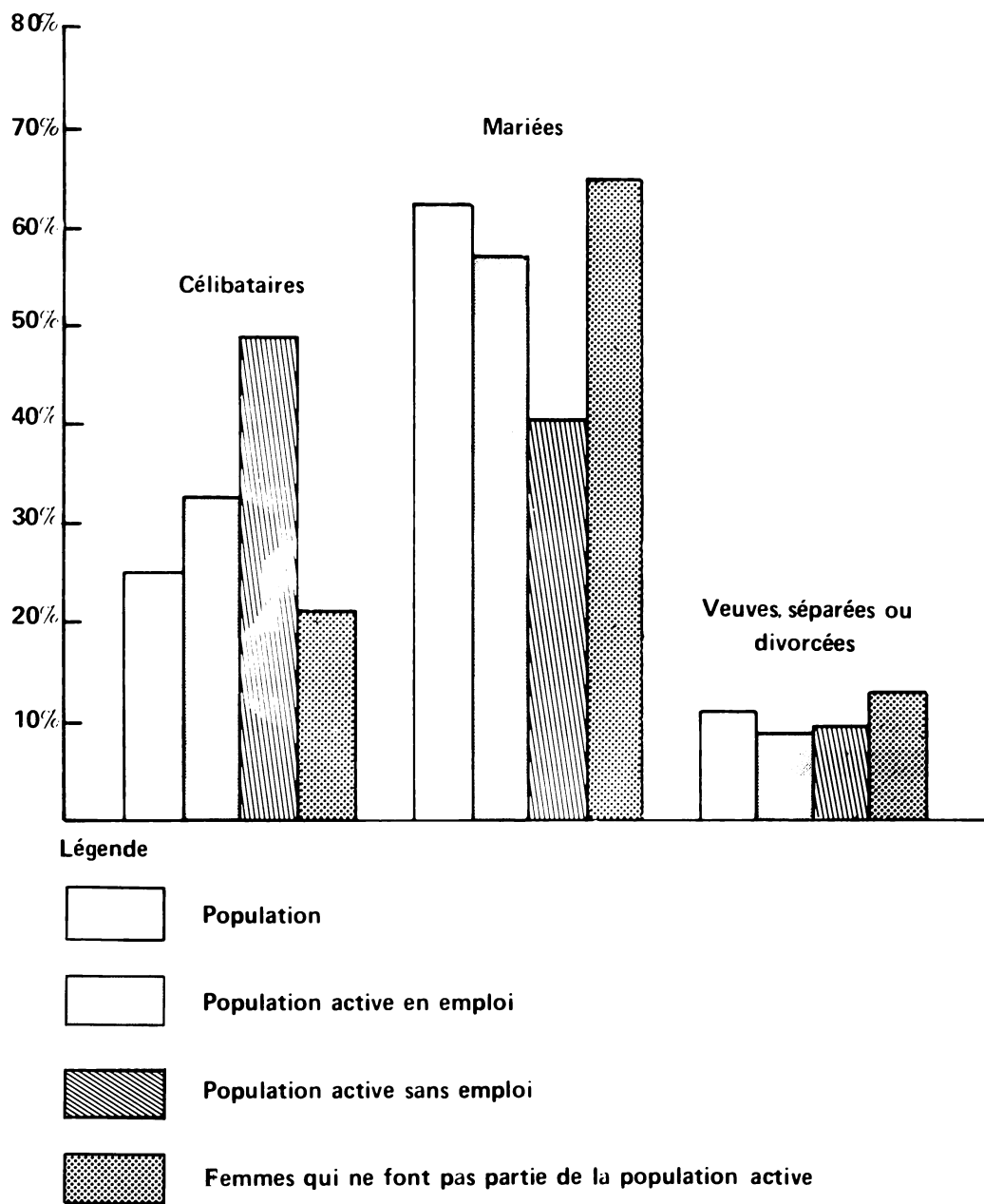


Légende

- ☐ Célibataires
- ☐ Mariées
- ☒ Veuves, séparées ou divorcées

Origine : *Faits et données 1973, Les femmes dans la population active*, Ottawa, Information Canada, 1974.

Graphique 5. — *Distribution procentuelle des femmes dans la population, des femmes dans la population active en emploi et sans emploi, et des femmes qui ne font pas partie de la population active, selon l'état civil, Canada, 1972.*



Origine: *Faits et données 1973, Les femmes dans la population active*, Ottawa, Information Canada, 1974.

II. — L'EXPLICATION DU PHÉNOMÈNE.

S'il est incontestable que les femmes mariées sont en train de conquérir leur place sur le marché du travail, certaines forces les en écartent encore. L'attitude du conjoint et de certains employeurs constitue bien souvent un frein à la vie active de l'épouse. L'évolution n'en est pas moins irréversible et participe de l'émancipation de la femme.

1° *L'accession à la vie professionnelle.*

C'est au lendemain de la seconde guerre mondiale que le grand mouvement d'émancipation de la femme s'est déclanché. Tout y a participé. La guerre a amené la femme à prendre conscience du rôle qu'elle pouvait jouer dans une société à la recherche d'un nouvel équilibre. Souvent obligée de travailler pour remplacer un mari mobilisé, elle n'entendit plus retourner à ses activités purement ménagères au retour de celui-ci. Par des pressions diverses, elle accéda à l'enseignement secondaire puis universitaire et munie de diplôme s'imposa bientôt sur le marché du travail dans des secteurs d'activité qui lui étaient encore interdits. Les professions libérales et l'administration lui ouvrirent leurs portes. Tout lui devenait possible, même la vie politique.

Avant même que les tribunaux n'admettent le fait, les particuliers avaient vu leur conception des valeurs évoluer. Le diplôme remplaçait la dot lorsqu'il se concrétisait par une vie professionnelle lucrative et la femme la plus recherchée par les maris en puissance devenait celle qui gagnait sa vie. Professionnelle, cette femme le restait après son mariage jusqu'à sa première maternité et revenait à la vie active dès que l'enfant n'avait plus besoin de sa présence constante. Bien souvent d'ailleurs ce second salaire était nécessaire, le couple n'entendant pas restreindre son train de vie, ou le mari ne gagnant pas suffisamment.

La structure démographique joua aussi son rôle dans cette émancipation. La population féminine totale se trouve être supérieure en nombre à celle de la gent masculine. Le besoin de main-d'œuvre se faisant sentir, on fit appel à cette population féminine pour accroître une main-d'œuvre trop peu nombreuse dans certains secteurs. Cette utilisation de la population féminine devenait d'autant plus possible que la machine révolutionnait le monde. Introduite dans la famille sous la forme d'appareils ménagers, elle permit à la femme de s'évader du foyer¹. Mise au service de l'industrie, elle facilita le travail qui essentiellement masculin parce que pénible devint neutre et accessible à la femme. Dans certaines branches d'activité d'ailleurs, les employeurs préféraient embaucher des travailleurs féminins : leur habileté manuelle naturelle les rendait particulièrement aptes à des travaux minutieux.

Conjugués, ces divers éléments ont participé à un grand mouvement que l'on a appelé l'émancipation de la femme. Certains auteurs considèrent que cette émancipation s'est faite par le travail; d'autres que cette accession à la vie professionnelle est une conséquence de cette émancipation. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain c'est que la femme mariée a conquis sa place sur le marché du travail, et que cette place, malgré certaines résistances, ne sera plus jamais remise en cause.

2° *Les résistances manifestées.*

Certains auteurs considèrent qu'après le rush d'après-guerre, et l'accession de la femme mariée à la vie professionnelle, la main-d'œuvre féminine doit se stabiliser au

¹ André SIEGFRIED, *Aspects du 20^e siècle*, Paris, 1955, p. 104; *La femme au travail*, in *Revue Esprit*, Paris, mai 1961; J. PIRENNE, *Les grands courants de l'histoire universelle*, (1955) t. 6, p. 712; la transformation de la condition de la femme.

niveau du cinquième de la population féminine totale². Leurs arguments tiennent à la fois de la vocation ménagère de la femme et de la difficulté pour elle de concilier une vie professionnelle et une vie familiale, difficulté qui n'échappe pas aux employeurs.

Certains maris considèrent encore que leur femme conserve une vocation essentiellement ménagère. Par tradition³ elle se doit à son mari et à ses enfants. Elle ne peut les laisser abandonnés à eux-mêmes, et n'a pas à se laisser accaparer par une vie professionnelle qui l'amènerait à négliger son époux. Par tradition aussi, il appartient au mari de louer ses services à l'extérieur pour faire vivre sa famille et quelques hommes se sentiraient déshonorés de savoir que leur femme coopère autant qu'eux sinon plus à la constitution d'un budget familial. Égoïstes ou jaloux, ces maris prétendent que les gains de la femme professionnelle sont largement compensés par les dépenses qu'entraîne l'absence de la femme au foyer.

À ces arguments souvent peu pertinents s'en ajoutent certains autres de quelque valeur. La maternité est pour la femme un facteur qui l'éloigne du marché du travail aussi longtemps que les enfants sont en bas âge. Ce retrait de la vie professionnelle peut se prolonger au-delà de cette période si aucune structure sociale ne lui permet de confier ses enfants à des tiers pendant les heures ouvrables. D'autre part, le travail ménager reste toujours assez lourd et l'on estime généralement qu'une mère de famille qui n'interrompt pas sa vie professionnelle après une maternité consacre chaque semaine soixante-dix heures au travail.

Cette vocation ménagère de la femme est souvent comprise par certains employeurs comme un empêchement à sa venue sur le marché du travail. Ils la considèrent comme un travailleur de seconde zone dont on peut difficilement s'attacher les services, qui pratique assez couramment l'absentéisme et dont le rendement est souvent assez médiocre. Ces arguments leur permettent d'ailleurs de sous-évaluer le travail féminin et de compenser certains inconvénients par des plus-values salariales.

On peut admettre que certaines situations familiales peuvent écarter plus ou moins provisoirement la femme de la vie active; on doit reconnaître aussi que la présence dans une même entreprise de personnel masculin et féminin peut poser certains problèmes; mais ce ne sont pas des raisons suffisantes pour refuser à la femme mariée l'épanouissement par le travail. Il ne faut pas oublier en effet que le travail est une source de satisfaction en soi et qu'il participe à la valorisation de la personne humaine.

Certains maris considèrent encore la vie professionnelle féminine dans la seule optique d'un accroissement de revenus dont ils seront amenés à profiter. Cette approche essentiellement masculine du problème de l'activité professionnelle de la femme mariée n'est guère satisfaisante, mais rend assez bien compte d'une certaine conception qui ferait du droit au travail reconnu à la femme, un droit fonctionnel contrôlé par le mari. En posant ce problème on sort déjà de la sociologie, et on entre dans le droit.

² *Image de la femme dans la société*, Unesco, 1962, n° 1, *Revue internationale des Sciences sociales*; P. H. CHOMBART DE CAUWE, *La femme dans la société*, Paris, 1963, p. 417 : selon cet auteur, ce sont les femmes célibataires et les femmes divorcées qui ont le plus souvent une vie professionnelle; V. P. NAVILLE, *La vie du travail et ses problèmes*, in *Cah. de la fondation Nat. des Sc. Po.*, 1954 : le mariage opérerait une coupure dans la vie professionnelle.

³ Extraite de la tradition belge, une formule rend bien compte de cette réalité : Kinder, Kirche, Küche (enfant, église, cuisine). Le théâtre espagnol de Federico Garcia Lorca, témoigne encore d'un certain attachement à la fonction ménagère. « Le fil et l'aiguille pour la femme; le fouet et la mule pour l'homme, c'est la règle dans les bonnes familles » (*La maison de Bernarda Alba*, acte I, scène 4).