

Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution

Mireille D. Castelli

Volume 20, numéro 1-2, 1979

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042319ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042319ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Castelli, M. D. (1979). Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution. *Les Cahiers de droit*, 20(1-2), 315–330.
<https://doi.org/10.7202/042319ar>

Résumé de l'article

Dower was a rather peculiar institution of the old French customary law that, according to some, still subsists in modern Quebec law.

At first blush, dower seems to be in complete opposition to the main thrust of old French law, whose primary concern for the protection of lineage allowed hardly any right to be created in favour of spouses. Indeed, dower granted to the wife important rights, bearing on the husband's *biens propres*, i.e. property coming from his lineage or not included in the community and therefore normally entitled to the strictest protection. The wife's rights consisted in a usufruct on one-half of the husband's *bien propres*. Considering both the basis and the extent of those rights, therefore, dower appears as a most unusual provision in favour of the wife.

The advantages of dower were, however, more apparent than real. This comes out clearly when one examines the rights of children under the dower, as well as the manner in which the institution was transformed. Dower then appears as a mere reduction of the rights of full ownership previously vested in the wife. Such reduction favoured the children, who emerged as the main beneficiaries of dower. They were the owners of the property upon which bore the wife's usufruct. And their rights were safeguarded as against every other party, including their mother and father, as well as the latter's creditors.

The history of dower therefore illustrates the manner in which legal institutions may be transformed to suit changing ideas and mores.

Le douaire en droit coutumier ou la déviation d'une institution

Mireille D. CASTELLI *

Dower was a rather peculiar institution of the old French customary law that, according to some, still subsists in modern Quebec law.

At first blush, dower seems to be in complete opposition to the main thrust of old French law, whose primary concern for the protection of lineage allowed hardly any right to be created in favour of spouses. Indeed, dower granted to the wife important rights, bearing on the husband's biens propres, i.e. property coming from his lineage or not included in the community and therefore normally entitled to the strictest protection. The wife's rights consisted in a usufruct on one-half of the husband's bien propres. Considering both the basis and the extent of those rights, therefore, dower appears as a most unusual provision in favour of the wife.

The advantages of dower were, however, more apparent than real. This comes out clearly when one examines the rights of children under the dower, as well as the manner in which the institution was transformed. Dower then appears as a mere reduction of the rights of full ownership previously vested in the wife. Such reduction favoured the children, who emerged as the main beneficiaries of dower. They were the owners of the property upon which bore the wife's usufruct. And their rights were safeguarded as against every other party, including their mother and father, as well as the latter's creditors.

The history of dower therefore illustrates the manner in which legal institutions may be transformed to suit changing ideas and mores.

	Pages
1. Le douaire et l'épouse ou la faveur apparente	317
1.1. Conditions d'existence et ouverture	317
1.1.1. Conditions d'existence	317
1.1.2. Ouverture du douaire et protection	318
1.2. L'étendue des droits accordés à la femme	319
1.2.1. L'assiette du douaire	319
1.2.1.1. Les biens propres	319
1.2.1.2. Des biens libres de tout douaire antérieur	320

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

	<i>Pages</i>
1.2.2. Les droits de la femme postérieurement à l'ouverture	321
1.2.2.1. Étendue des droits	321
1.2.2.2. Contreparties dues par la femme	322
1.3. Nature du douaire et protection	323
1.3.1. Nature du douaire	323
1.3.2. Déchéance du douaire	324
2. Le douaire et les enfants ou la déviation d'une institution	324
2.1. La détérioration des droits de la femme	324
2.2. La préséance du droit des enfants	325
2.2.1. Droits irrévocables des enfants	325
2.2.2. Limites à la liberté des conventions matrimoniales	326
2.2.3. L'assiette du douaire des enfants: caractère extensif	328
3. Évolution et disparition du douaire	328

En 1969, lors de la réforme des régimes matrimoniaux¹ disparaissait du *Code civil* un fossile juridique, le douaire. Ce « fossile » existe cependant toujours dans notre droit : il subsiste au profit des seules personnes mariées avant sa suppression dans les rares cas où la femme pouvait en bénéficier. Les obstacles à son existence étaient déjà si nombreux² que bien rares dans la province doivent être les douairières en puissance, et bien rares les personnes qui savent quelle réalité juridique se cache sous ce terme peu flatteur, tellement cette institution est oubliée avant que d'être complètement abrogée.

C'est ce survivant d'une autre époque dont nous voulons présenter ici les règles anciennes, car le douaire constitue une anomalie au premier abord remarquable dans l'ancien droit coutumier, puisqu'il conférait à la femme des droits importants sur les biens propres du mari. Pour quiconque connaît l'esprit des anciennes coutumes, un tel état de chose est extraordinaire vu le contexte social de l'époque : la famille lignagère était alors omniprésente³ et toute-puissante, surtout après la mort du titulaire des biens. Elle préservait ses droits sur les biens de son lignage avec efficacité quand ce n'était pas par la violence.

1. *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, S.Q. 1969, c. 77, art. 88.

2. Cf. M. D. CASTELLI, « L'évolution du droit successoral en France et au Québec », (1973) 14 C. de D. 411, p. 445s.

3. Cf. Régine PÉNOUD, « La vie de famille du Moyen Age à la fin de l'Ancien Régime », in R. PRIGENT, *Renouveau des idées sur la famille*, TX et Documents, INED, Cahier N° 18, Paris, P.U.F., 1954, p. 28 ; sur les traductions juridiques de telles conceptions, voir F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, Leroux, 1922-1930, t. 2, fasc. 1, p. 142, t. 1, p. 232 et 367.

Il n'est qu'à rappeler la dévolution des propres selon la règle *paterna paternis, materna maternis* — les biens provenant de la lignée paternelle devant retourner, en l'absence de descendants, dans la ligne paternelle et inversement, et ce même en présence de parents beaucoup plus rapprochés dans l'autre ligne ; il n'est qu'à rappeler la réserve des quatre quintes⁴ — qui réservait à la parenté les quatre cinquièmes des propres —, ou le retrait lignager par lequel les parents, s'ils ne pouvaient plus empêcher le propriétaire de disposer à titre onéreux d'un bien propre, pouvaient reprendre le bien en remboursant le prix à l'acquéreur — souvenir atténué de la *laudatio parentum* —⁵.

L'exclusion du conjoint de cette famille — quant aux biens tout au moins — en était le corollaire puisque celui-ci ne faisait pas partie du lignage. Une protection toute spéciale de la famille existait même contre lui puisque, outre l'absence de droit de succession entre époux, les donations entre époux étaient interdites.

L'octroi du douaire à l'épouse constituait donc une exception dans ce contexte de méfiance et de rejet du conjoint et lorsque l'on voit les droits concédés à l'épouse par le douaire, on ne peut être que surpris. Mais si l'on regarde les droits que cette même institution accordait aux enfants et son origine, on peut alors constater qu'elle ne constitue que la déviation d'une institution plus ancienne en faveur de la famille et que, toute favorable à la femme qu'elle soit, cette institution témoigne elle aussi de l'emprise qu'avait alors la famille sur le patrimoine de ses membres.

1. Le douaire et l'épouse ou la faveur apparente

Le douaire, acquis du seul fait du mariage, consiste pour la femme en un usufruit s'ouvrant au décès du mari et portant sur la moitié des immeubles « propres » de celui-ci. Il accorde donc à la femme des droits qui semblent témoigner d'une grande faveur autant par leur étendue que par leur condition d'existence et la nature de l'obligation qu'ils créent au mari.

1.1. Conditions d'existence et ouverture

1.1.1. Conditions d'existence

La femme bénéficiait de ce droit du seul fait du mariage, même si aucun douaire n'était expressément prévu dans son contrat de mariage⁶,

4. Art. 292 de la *Nouvelle Coutume de Paris* (les références à la *Nouvelle Coutume de Paris* seront désormais indiquées par N.C.).

5. Art. 129 et s. N.C. ; pour plus de détails : M. DAMÉ-CASTELLI, *Patrimoine et conjoint*, Thèse, U.L. (dactyl.) 1972, p. 61 et s. et les références citées.

6. Art. 247 N.C.

dès l'instant de l'échange des consentements, même « sans copulation charnelle »⁷ et ce dès la fin du XIV^e siècle⁸, sauf en droit normand où le douaire « se gagne au coucher »⁹, lointain souvenir du morgengab.

La femme ne peut cependant bénéficier du douaire coutumier que si aucun douaire préfix n'a été prévu au contrat de mariage; elle ne saurait avoir le choix entre les deux « s'il ne lui est pas permis par son traité de mariage »¹⁰. Encore faut-il que le contrat soit clair et stipule expressément le douaire préfix :

Le douaire coutumier est tellement deu à la femme, que si l'homme ayant enfans de son premier lict, se remariant stipule en termes généraux, qu'après sa mort sa femme n'aura qu'une somme de deniers, sans parler de douaire, la femme n'en sera exclue, ayant la Cour interprété telle convention pour le regard de la communauté, par arrest du quatorziesme Aoust, mil cinq cens soixante trois¹¹,

de plus, il ne saurait être écarté pour la simple raison que la dot de la femme n'a pas été payée¹².

1.1.2. Ouverture du douaire et protection

Ce droit au douaire s'ouvre à la mort du mari¹³, puisque l'on considère alors que son but est d'assurer des moyens d'existence aux veuves « qui demeurent esbahies et desconfortées »¹⁴ à la mort de leur conjoint. La veuve bénéficie, en plus, de la saisine pour le douaire¹⁵ ce qui lui permet de profiter des revenus des biens dès le décès, sans attendre le jour du partage. La nouvelle coutume a finalement adopté pour le douaire préfix la même

7. CHARONDAS LE CARON, *Coutume de la Ville, prévosté et vicomté de Paris, avec les commentaires de L. CHARONDAS LE CARON*, Paris, Pierre l'Huillier et Jamet Mettayer, 1595, p. 83.

8. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 26, à propos du XIV^e siècle et p. 281; François BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes...*, Paris, Grangé, 1747, 2^e vol., t. 1, p. 717.

9. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, pp. 270 et 280.

10. Art. 261 N.C.

11. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 84.

12. *Ibid.*, « Boër a tenu le douaire estre deu, ores que la dot n'ait esté payée (...) parce que la demeure ou negligence du mary de n'auoir demandé la dot promise, ne doit nuire à la femme (...) ».

13. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 282.

14. Philippe de RÉMI, SIRE DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis* (...) avec des notes par Gaspard Thaumassière, Paris, 1690, no 429; P.C. TIMBAL, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, Paris, Dalloz, 1960, p. 74, no 134; cependant, il a été jugé une fois que le douaire pouvait s'ouvrir à la séparation de corps: voir DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, Vve Desaint, 1771, 4 vol., t. 2, p. 217.

15. Art. 256 N.C.; sur l'historique de la saisine: voir F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 283.

solution, solution beaucoup plus favorable que celle de l'ancienne coutume, qui n'accordait pas la saisine à la douairière dans un tel cas. La saisine permet à la femme gênée dans la jouissance de son douaire d'« tenter le cas de saisine et de nouvelleté »¹⁶, d'agir au possessoire contre toute personne détenant les biens sujets au douaire, et d'avoir droit aux fruits et arrérages dès le jour de la mort de son mari¹⁷.

1.2. L'étendue des droits accordés à la femme

Pour mesurer l'importance des droits accordés à la femme par le douaire, il faut en connaître l'étendue relativement aux biens qui y étaient soumis et les droits exacts accordés à la femme une fois le douaire ouvert.

1.2.1. L'assiette du douaire

1.2.1.1. Les biens propres

Nous avons dit, très sommairement, que le douaire porte sur les immeubles propres du mari. Encore faut-il savoir quels biens rentraient dans cette catégorie et de quelle catégorie de propres il s'agissait. À l'époque, en effet, le qualificatif de propres s'appliquait dans deux domaines du droit avec des significations différentes quoique, dans les deux cas, le terme s'appliquât à des biens immeubles ou assimilés. On distinguait, en effet, biens propres et acquêts en matière de succession et en matière de régimes matrimoniaux. Dans le domaine des successions, les biens propres désignaient les biens hérités de la famille par opposition à ceux acquis par le titulaire des biens. On distinguait aussi les biens propres des acquêts, parfois alors appelés conquêts en droit matrimonial, le terme « bien propre » ayant alors une signification beaucoup plus large puisqu'il désignait non seulement les biens venus par héritage en ligne directe, mais également les biens possédés antérieurement au mariage. Le douaire porte à peu de chose près sur les immeubles propres au sens des régimes matrimoniaux. En effet, les immeubles qui y sont soumis sont, en cas de premier mariage, tous les immeubles que le mari possède lors de son mariage et ceux dont il héritera en ligne directe pendant son union¹⁸. Les immeubles qui lui échoieront en

16. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 89.

17. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 283.

18. Art. 248 N.C., *N.B.* le terme héritage employé dans cet article s'entend non d'un bien recueilli par succession, mais d'une propriété immobilière. Ceci ressort avec évidence de l'article 253 N.C. qui parle du douaire des enfants, lequel porte en propriété sur les biens dont la mère a l'usufruit et où la coutume parle simplement d'immeubles. Enfin, pour lever tout doute, la coutume précise que, dans le cas d'un second mariage, le douaire porte sur la moitié des immeubles sujets au douaire du précédent mariage « ensemble

ligne collatérale en sont exclus, bien qu'ils constituent des biens propres aussi bien pour le droit des successions¹⁹ que pour le droit matrimonial^{19a}.

L'assiette de ce droit était dans l'ensemble conçue largement. Ainsi, l'usage entend par biens possédés par le mari au jour du mariage, tous les biens dont ce dernier devenait propriétaire postérieurement à la célébration mais en vertu d'un titre antérieur. En effet, la propriété de ces biens n'était alors que la « conséquence de l'exercice et du développement d'un droit que le mari avait antérieurement à son mariage »²⁰. Et si le douaire portait donc sur des biens que l'épouse pouvait s'attendre à voir posséder par son mari, y étaient cependant soumis tous les biens venant des père et mère du mari, c'est-à-dire non pas les seuls biens que ces derniers possédaient au jour du mariage mais « aussi de ceux que l'un ou l'autre auroit acquis jusques au jour de la mort du mary »²¹.

Cependant — et l'on retrouve ici l'idée de prévision — il a été décidé que les biens venus au père par succession d'un de ses fils n'augmentaient pas le douaire coutumier de la mère²².

1.2.1.2. Des biens libres de tout douaire antérieur

L'assiette du douaire se limitait cependant, dans le cas d'un second mariage, à la moitié des biens « propres » libres de tout douaire antérieur existant lors du mariage. Et, relativement à cette condition, la coutume est sévère. En effet, si le mari a des enfants d'un premier mariage, l'assiette du douaire de la seconde femme pour les immeubles possédés lors du mariage sera définitivement fixée au jour du remariage. Même si les enfants du premier lit mouraient tous avant l'ouverture du douaire de la seconde femme, celui-ci ne portait jamais que sur le quart des immeubles possédés le jour du premier mariage ou recueillis en ligne directe pendant celui-ci et sur la moitié des acquêts réalisés depuis le premier mariage (indépendamment des biens venus par succession)²³, mesure de prudence dans une

moitié tant de la portion des conquest appartenans au mary faits pendant ledit premier mariage, que des acquest par luy fait (...).

19. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 280; F.J. CUGNET, *Traité abrégé des anciennes lois...*, Québec, Brown, 1775, p. 10: les propres sont « les héritages qui sont échus par succession directe ou collatérale, ou par donation en ligne directe ».

19a. F.J. CUGNET, *supra*, note 19, p. 87; « (...) à l'égard des immeubles, il n'y a que ceux acquis pendant la communauté qui deviennent communs, excepté ceux qui sont acquis par succession directe ou collatérale, ou par donation en ligne directe ».

20. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 218.

21. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 85.

22. DENISART, *supra*, note 14, t. 4, p. 40.

23. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 280.

époque facilement violente ! Ce douaire porte donc sur une assiette large et aisément prévisible en cette époque de stabilité. La faveur avec laquelle il est considéré se retrouve dans la largesse avec laquelle les droits d'usufruit accordés à la femme sont entendus.

1.2.2. Les droits de la femme postérieurement à l'ouverture

1.2.2.1. Étendue des droits

La conception que les auteurs se font de l'usufruit du douaire est extrêmement favorable à la femme. Ils considèrent comme fruits, des choses, qui, à notre époque, seraient classées comme des produits non sujets à usufruit dans la mesure où elles constituent non pas des revenus réguliers, mais un véritable capital : comme, par exemple, le cas des bois dont la coupe n'est pas aménagée²⁴. Les bois taillis se trouvant en âge d'être coupés pendant le douaire, appartiendront ainsi en totalité à la veuve, et non pas seulement pour une partie proportionnée à la durée du douaire²⁵ ; mais elle n'y aura droit qu'autant qu'ils sont coupés pendant le douaire, et dans le cas inverse, elle n'aura droit à rien. De même, les auteurs considéraient que la douairière jouissant d'un fief devenait propriétaire des biens confisqués ou tombés en déshérence, comme constituant des fruits produits par le droit de justice dépendant de ce fief²⁶. On a admis aussi que le retard dans le paiement des arrérages d'un douaire préfix, portant sur une somme déterminée, peuvent donner lieu à paiement d'intérêts alors que les héritiers du mari soutenaient que de tels arrérages ne pouvaient y donner lieu, « un intérêt ne (pouvant) engendrer un autre intérêt »²⁷.

C'est donc avec une égale bienveillance que la jurisprudence envisage le droit de la femme au douaire, de même que la coutume qui n'exige de celle-ci, tant qu'elle demeure en viduité, qu'une simple caution juratoire²⁸. Cette distinction, défavorable au maintien du douaire en cas de remariage²⁹, est approuvée par les auteurs, tant par défaveur pour les secondes

24. Art. 592 C. civ. français et art. 455 C.C. du Québec.

25. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 219 ; F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 285.

26. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 219 ; « Bacquet rapporte sur cela plusieurs autorités dans son traité des droits de justice, ch. 12, n° 16 ».

27. Arrêt du 26 janvier 1617, in B. AUZANET, *Œuvre de M. Barthélémy Auzanet contenant ses notes sur la Coutume de Paris (...)*, Paris, Nicolas Gosselin, 1708, Arrêts pp. 189-190.

28. Art 264 N.C. ; F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 284 ; F. BOURJON, *supra*, note 8, t. 1, p. 730.

29. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 284.

noces que par précaution contre le deuxième mari dans un but de protection des biens³⁰.

1.2.2.2. Contreparties dues par la femme

En contrepartie de son droit d'usufruit la femme, comme tout usufruitier, sera tenue de l'entretien des bâtiments, non pas seulement des petites réparations mais de toutes les réparations courantes « hors les quatre gros murs, parties et entières couvertures et voûtes »³¹. Mais si Charondas pense qu'elle est également tenue des réparations léguées (c'est-à-dire de celles à faire lors de l'ouverture du douaire)³², il semble être le seul de cette opinion, tout au moins quant à la charge définitive desdites réparations. Denisart, en effet, rapporte que l'opinion la plus générale considère que, non seulement la femme n'est pas tenue d'effectuer ces réparations, mais qu'elle peut exiger des héritiers de son mari qu'ils remettent les biens en état à l'ouverture du douaire³³. Cette opinion est basée sur le fait que le mari n'a pas le droit de laisser se détériorer les biens sur lesquels porte le douaire. Cependant, certains auteurs pensent que la veuve ne peut obliger les héritiers à faire les grosses réparations dont ils sont tenus, et qu'en conséquence elle devrait les faire effectuer à ses frais, frais dont la répétition ne pourrait avoir lieu qu'après la fin de l'usufruit³⁴. Cette solution, de toute façon, laisse la charge définitive de ces réparations aux héritiers du mari. Il semblerait cependant, selon la logique de l'institution, que les héritiers du mari, héritiers de ses dettes comme de ses biens, devraient pouvoir être contraints de remettre les biens dans l'état où ils se trouvaient lors du mariage, ou lors de l'acquisition, car, ainsi que nous verrons, le douaire est un véritable droit, et pourrait-on dire, presque une véritable créance que la femme et les enfants ont sur les biens du mari.

30. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 95: « parce que la femme qui demeure en viduité, semble honorer davantage la mémoire de son defunct mary et se disposer à bien gouverner et menager les biens qu'elle a receus de par luy: mais se remariant elle oublie l'amour de son premier mary, et se vouant à vn nouveau elle se submet et ses biens, sous la puissance d'iceluy, lequel s'il n'estoit réfréné par une caution, pourroit dissiper et empirer à son plaisir les biens, desquels il n'auroit la jouyssance qu'avec la vie de sa femme ».

31. Art. 262 N.C.

32. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 95.

33. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 221; F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 284, indique seulement que les biens devraient être remis à la veuve « en bon état ».

34. F. OLIVIER-MARTIN, *ibid.*

1.3. Nature du douaire et protection

1.3.1. Nature du douaire

Bien que le douaire ne s'ouvrit qu'au décès du mari, il était, du vivant même de ce dernier, sévèrement protégé. Il constituait en effet plus qu'un simple droit de survie ou de succession, « l'acquit d'un engagement que le père avait contracté éventuellement envers la femme et les enfants à naître de la femme qu'il épousait »³⁵, « une espèce de pension alimentaire pour la femme, et un droit de légitime pour les enfants, que la coutume a trouvé bon d'assurer aux uns et aux autres »³⁶. C'est pour cela que la femme a droit au douaire coutumier même en l'absence de toute convention matrimoniale. Et, pour que ses droits soient protégés efficacement, le mari ne pouvait disposer des biens sur lesquels portait le douaire, au détriment des droits de la femme³⁷; le droit de celle-ci étant acquis dès le mariage, le mari ne pouvait en effet librement y porter atteinte. On a même jugé, dans un arrêt du 16 février 1566, que la renonciation faite sans cause par le mari à la succession directe qui lui était échue pendant le mariage³⁸ ne pouvait préjudicier à la femme, considérant une telle renonciation comme faite en fraude aux droits de celle-ci³⁹. La femme pouvait même, malgré son incapacité et la puissance maritale, intenter une action pour la conservation de son douaire pendant le mariage, si le mari dissipait les biens qui y étaient soumis, solution décidée par un arrêt du 19 décembre 1577⁴⁰. Elle pouvait s'opposer à la vente sur saisie des biens de son mari et obtenir le paiement de sa dot et de son douaire par préférence aux créanciers, même si son mari était vivant⁴¹. De même, s'il lui était possible de renoncer pendant le mariage à l'exercice de son douaire sur les biens que le mari voulait aliéner⁴², elle ne perdait pas pour cela son droit, et pouvait demander à en être remplie sur les autres « héritages » de son mari :

parce que ce n'est qu'un quietement special de ce qu'elle pouuoit prétendre sur l'héritage aliéné, et de l'hypothèque qu'elle y auoit, et non du droict vniuersel de

35. Edmond LAREAU, *Histoire du droit canadien*, t. 1, Montréal, A. Périard et Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1888, p. 71.

36. AUZANET, *supra*, note 27, p. 182.

37. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 86 : « Bouteiller, en sa somme rural tient que la femme ne peut perdre son douaire, ne le droict qu'elle y a pour vente ou transport que son mary face de ses fiefs (...), et que prescription ne vaut rien contre elle ».

38. Ce sont donc des biens sujets au douaire.

39. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 85.

40. *Ibid.*

41. Arrêt du 14 août 1567, cité *in ibid.*, F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 282. p. 282.

42. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 225.

son douaire (...) Autrement seroit une donation et aduantage indirect que la femme feroit au mary⁴³.

1.3.2. Déchéance du douaire

Ce droit de la femme n'était cependant pas inconditionnel et, comme la plupart des droits de survie, le douaire était perdu par la femme en cas de mauvaise conduite. Ainsi, la femme qui avait abandonné son mari pouvait être déchue de son douaire, même si le mari ne s'en était pas plaint. À plus forte raison, lorsque le mari avait déposé une plainte pour adultère, était-elle déchue de ce droit⁴⁴.

L'attitude de la femme était prise en considération même après la mort de son mari, et la douairière qui avait vécu « impudiquement » durant l'année qui suit la mort de son mari pouvait en être privée, et il en était de même simplement si « elles (les veuves) se remariaient follement à leurs valets et domestiques ou à d'autres personnes indignes de leur qualité »⁴⁵. Ceci confirme, s'il en était besoin, la conception que l'on se faisait alors du mariage.

2. Le douaire et les enfants ou la déviation d'une institution

Si le douaire était envisagé avec faveur et si les droits de la femme étaient fortement protégés, la forme définitive du douaire n'accordait à celle-ci que des droits amoindris, par rapport à ceux qu'elle avait dans l'ancien droit franc.

2.1. La détérioration des droits de la femme

En effet, à l'origine, la femme bénéficiait de droits en pleine propriété⁴⁶, qu'il s'agisse du « morgengab » ou de la « dos » franque, lesquels consistaient en des dons faits par le mari. Que ceux-ci aient été en pleine propriété se comprend aisément, puisque l'un, le morgengab, était le *pretium pudiciae*, et l'autre, le prix d'achat de la femme versé, à l'origine, à la famille de celle-ci, puis avec l'adoucissement des mœurs, versé par la suite à la femme même. L'évolution sera une lente dégradation des droits

43. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 86.

44. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 1, p. 86.

45. AUZANET, *supra*, note 27, p. 157.

46. Raoul GENET, *Origine du douaire*, Paris, Pedone, 1926, pp. 55, 57, 63, 64 (notamment chez les wisigoths).

de la femme sur ces dons. Ceux-ci seront d'abord limités à un droit de jouissance pendant la vie du mari, le droit de propriété ne devant prendre effet qu'à la mort de ce dernier, et uniquement en cas de survie de la femme⁴⁷. Par la suite, la femme perdra le droit le plus symptomatique de la propriété : celui de disposer des biens sur lesquels on établit un véritable droit de substitution au profit des enfants à naître⁴⁸. Les biens « dotaux » leur sont en effet réservés ainsi que l'attestent, dès la fin du XIII^e siècle, les *Constitutions du Châtelet*⁴⁹. Finalement, le droit de la femme sera réduit à un simple droit d'usufruit, lorsqu'il fut établi que les biens retourneraient à la famille du mari (et non à celle de la femme), en cas d'absence d'enfants du couple⁵⁰. La famille lignagère avait donc finalement établi fortement ses droits sur les biens propres, par préférence à la femme⁵¹.

2.2. La préséance du droit des enfants

2.2.1. Droits irrévocables des enfants

Le douaire servait ainsi finalement au maintien des biens dans la famille. Il était destiné, en quelque sorte, à être le minimum de patrimoine qu'un père puisse laisser à ses enfants. Car si la femme avait l'usufruit des biens soumis au douaire, les enfants, eux, en avaient la propriété. Ils étaient ainsi dans la situation de véritables créanciers hypothécaires par rapport à

47. *Ibid.*, p. 73 (dos alamane), p. 85 (dos alamane, en pleine propriété mais avec une clause résolutoire).

48. *Ibid.*, p. 53 : « La Dos, elle, se présente comme une gratification en propriété exclusive au premier stade de son évolution (...); cette dos va subir une évolution lente mais ferme et continue, et en se dégradant, se résoudre en un simple droit de jouissance au profit de la femme : en face des droits de celle-ci vont en effet grandir les prérogatives des enfants, et bientôt, ceux-ci seront les seuls et véritables bénéficiaires de la dos ».

49. *Constitutions du Châtelet*, Édition Mortet, par. 26; BEAUMANOIR, *supra*, note 14, nos 454 et 602; cf. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 2, p. 355.

50. Raoul GENET, *supra*, note 46, p. 182 : « Une seule chose restait à faire pour ouvrir au douaire impatient une voie large et sûre, enlever à la femme son droit même de propriété; (...) Quelle est, en effet, la caractéristique persistante du droit de propriété de la femme sur sa Dos? C'est qu'au cas de prédécès de la femme, et en l'absence d'enfants nés du mariage, cette dos sera dévolue aux héritiers propres de la femme... Eh bien, le jour où l'époux entendra faire son coup d'état, il n'aura qu'à dire à sa promise : je te donne tels ou tels biens en dos, mais si tu meurs avant moi, ces biens me feront retour s'ils ne vont pas aux enfants nés de nos œuvres » ; voir également sur l'évolution générale du douaire, André LEMAIRE, « Les origines de la communauté de biens entre époux dans le droit coutumier français », *R.H.D.* 1928, pp. 584-643.

51. P.C. TIMBAL, *supra*, note 14, p. 74; MM. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 4, 2^e vol., Paris, Monchrestien, 1966, p. 104.

leur père⁵². Certes, leur droit n'était appelé à jouer que s'ils ne se portaient pas héritiers, c'est-à-dire, dans le cas où la légitime elle-même était inférieure à la moitié des immeubles propres du père. Mais, dans ce cas, ils jouissaient d'une très grande protection, les créanciers de leur père ne pouvant recourir contre eux lorsque leur créance était postérieure au mariage. L'acquéreur même des biens ne pouvait opposer un achat fait selon les formes, et il n'avait même pas droit à restitution du prix⁵³, quand bien même il aurait acquis ces biens lors d'une adjudication publique, et cela même si la femme avait renoncé à son douaire sur les immeubles achetés. L'article 250 N.C. le spécifie nettement :

Si les enfants venans dudit mariage ne se portent héritiers du père, et s'abstiennent de prendre succession en ce cas ledit douaire appartient ausdits enfans purement et simplement, *sans payer aucunes debtes*, procedans de leur pere, creez depuis ledit mariage (...)⁵⁴.

C'est donc une véritable dette que les parents contractent à l'égard des enfants à naître du mariage, et ni l'un ni l'autre, « dès l'instant de leur mariage ne le peuvent vendre, engager ne hypothéquer au préjudice de leurs enfants »⁵⁵.

Aussi, ces derniers pouvaient-ils faire valoir leurs droits sur les immeubles aliénés par le mari, même si leur mère avait renoncé au douaire sur ces immeubles, dès lors qu'ils avaient renoncé à sa succession. Ils pouvaient alors revendiquer leur douaire, et le prendre même sur les biens à l'égard desquels elle avait renoncé, parce que « c'est une espèce de légitime qui ne peut leur être ôtée par leurs père et mère »⁵⁶. Leur droit au douaire n'allait cependant pas jusqu'à les libérer du respect de l'engagement pris par leur mère ; s'ils acceptaient sa succession ils étaient alors tenus, à titre d'héritiers de l'engagement qu'elle avait pris (c'est-à-dire de respecter la renonciation consentie par elle sur les immeubles aliénés par le mari).

2.2.2. Limites à la liberté des conventions matrimoniales

Théorie et pratique envisageaient donc le douaire de l'enfant avec encore plus de faveur que celui de la femme, et l'une comme l'autre choisissaient

52. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 87 souligne cette situation : « Et semble que pour raison d'iceluy les enfans ont vne hypothèque ou priuilege de preference sur les heritages propres de leur père dès le jour de la perfection du mariage qui les fait preceder les autres creanciers. »

53. F. OLIVIER-MARTIN, *supra*, note 3, t. 2, fasc. 2, p. 357 : « Les tiers détenteurs ne peuvent avoir plus de droits que celui dont ils ont cause : or le mari, du jour du mariage voit ses propres grevés du douaire de ses futurs enfans ».

54. Les termes soulignés l'ont été par nous.

55. Art. 249 N.C.; cf. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 86.

56. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 226.

la solution la plus favorable aux enfants. Ainsi, la coutume tranchait elle-même le problème pour les douaires préfix stipulés sans retour : ceux-ci ne pouvaient être sans retour que s'il n'y avait pas d'enfants nés du mariage.

Alors que dans tous les autres cas, les époux pouvaient stipuler le douaire préfix sans retour, c'est-à-dire stipuler que la somme ou le bien objet du douaire appartiendrait en propriété à la femme et aux siens⁵⁷, s'il y avait des enfants nés du mariage, le douaire ne pouvait être qu'en usufruit, la propriété étant réservée aux enfants, comme pour les douaires ordinaires⁵⁸. De même, lorsqu'un douaire préfix était stipulé dans le contrat de mariage avec un droit d'option, le droit se transmettait aux enfants. Il semble même que la mère n'aurait pu opter à leur détriment, car « iceluy (le douaire) est réputé tenir lieu de legitime aux enfans, mais que la femme n'en a que l'usufruit : laquelle partant ne peut faire pire la cause des enfans propriétaires, mais la peut faire meilleure »⁵⁹. On voit même ici la dégénérescence du droit de la femme dans l'intérêt des enfants : à l'origine, les enfants n'avaient droit au douaire que tel que leur mère le leur laissait, car c'est elle qui le leur procurait (lointain souvenir de la dos et du morgengab)⁶⁰. Or, un arrêt du 27 juillet 1555 a été jusqu'à décider que les enfants pouvaient se prévaloir du douaire coutumier alors que seul un douaire préfix avait été prévu au contrat de mariage, sans possibilité d'option stipulée⁶¹. Cette solution ralliait l'accord de Charondas⁶² et de Duplessis⁶³. Cependant, les annotateurs même de Duplessis semblent regretter déjà cette solution, et Denisart pense que le douaire n'étant pas une suite nécessaire du mariage, le contrat de mariage pouvait valablement écarter tout douaire tant préfix que coutumier, les enfants ne pouvant dans ce cas prétendre à aucun droit⁶⁴. Il est vrai qu'à l'époque où Denisart écrit, la faveur du douaire a déjà beaucoup diminué, et les auteurs commençaient à lui être opposés, en raison de l'entrave qu'il constitue pour le mari.

Cependant, même si l'on admettait que les époux pouvaient totalement rejeter le douaire dans le contrat de mariage, la jurisprudence n'avait pas

57. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 94 : « Faut entendre qu'à Paris et en autres lieux s'observe quelquefois de constituer le douaire prefix sans retour, c'est-à-dire qu'il demeurera propre à la femme et aux siens. »

58. Art. 263 N.C.

59. CHARONDAS LE CARON, *supra*, note 7, p. 92.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*, « l'ay veu vn arrest du 27 Iuliet 1555 pour les enfans d'un nomme le Noir, par lequel le douaire coutumier leur a este adjugé, encores que leur mere n'eust stipulé par son contract de mariage, que le douaire prefix : en argument duquel me semble que l'option de la femme ne peut prejudicier aux enfans. »

63. Cf. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 215s.

64. *Ibid.*

accepté la possibilité pour les époux de se réserver le droit d'abolir complètement le douaire prévu pendant le cours du mariage. C'est ainsi qu'un arrêt du 21 juillet 1770 rendu par la Grand'Chambre a permis à l'acquéreur d'un immeuble de garder 2 000 livres représentant le montant du douaire prévu, pour faire face aux demandes éventuelles des enfants, malgré la clause expresse du contrat de mariage autorisant les époux à anéantir complètement le douaire pendant le mariage⁶⁵ : il semble donc bien que les juges considéraient cette clause comme inopérante à l'égard des enfants.

2.2.3. L'assiette du douaire des enfants : caractère extensif

De plus, les juges admettaient vis-à-vis des enfants une conception extrêmement large de l'assiette du douaire. Ainsi, alors que l'article 248 de la Nouvelle Coutume établit clairement que le douaire porte sur les immeubles possédés par le mari à son mariage et sur les immeubles venus en ligne directe *pendant* le mariage, il a été jugé « par un arrêt célèbre du 12 mars 1607 »⁶⁶, que le douaire des enfants portait également sur les immeubles échus au mari en ligne directe après le décès de sa femme. Une telle solution montre quelle était la faveur du douaire, surtout vis-à-vis des enfants à cette époque, où l'on considérait — à tort, nous l'avons vu — que la cause principale du douaire était l'intérêt des enfants.

3. Évolution et disparition du douaire

Cependant, avec l'affaiblissement des droits du lignage, le douaire commença à être vu avec moins de faveur dans le courant du XVII^e. En effet, relativement à l'assiette du douaire des enfants, Denisart remarque qu'on jugerait de la question différemment si elle se présentait à son époque, la décision de l'arrêt rapporté plus haut lui semblant tout à fait contraire à la coutume⁶⁷. Cette opinion basée sur une raison juridique indiscutable, n'en montre pas moins que la doctrine commençait à être hostile au douaire conçu tel qu'il l'était, c'est-à-dire un droit presque absolu de la femme, mais surtout des enfants. Déjà Auzanet (donc antérieurement à 1673, année de sa mort) se montrait hostile au maintien du douaire tel qu'il était conçu dans la Coutume de Paris : celui-ci entravait trop la liberté d'administration du mari, la circulation des biens et soumettait les tiers acquéreurs à trop d'aléas (même dans le cas de vente judiciaire). Aussi était-il d'avis de réduire le douaire à un droit sur les immeubles possédés au jour du mariage, droit garanti par une hypothèque⁶⁸. À une époque où

65. *Ibid.*

66. *Id.*, p. 218.

67. DENISART, *supra*, note 14, t. 2, p. 218.

68. AUZANET, *supra*, note 27, pp. 182-183.

déjà l'assise immobilière des fortunes commençait à être moins stable, où le commerce s'accélérait, ces techniques très sûres et adaptées à une économie stagnante constituaient une véritable gêne. Mais cette réaction montre aussi la montée de tendances individualistes: le propriétaire de la fin du XVII^e siècle tendait à affermir ses droits de plus en plus au préjudice de la famille lignagère, dans ce cas représentée par les enfants.

Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir le douaire disparaître en France dans la tourmente révolutionnaire⁶⁹. Au Québec, il survivra presque un siècle et demi, non sans subir des dénaturations qui lui ont ôté toute portée pratique⁷⁰.

L'étude complète de ce droit montre que, bien que constituant une apparente dérogation au rejet du conjoint de la famille lignagère, le douaire témoigne lui aussi de l'emprise de cette famille sur les biens de ses membres et de l'éviction du conjoint dans ce but. Partant d'un droit de propriété accordé à la femme, les familles sont arrivées à créer un des plus puissants moyens de maintien des biens dans la famille (même s'il ne pouvait jouer qu'en présence des enfants).

L'histoire du douaire est, sur ce plan, remarquable de la manière dont le droit peut évoluer par touches et aménagements successifs pour adapter une institution aux conceptions d'une époque. En respectant une apparence, en maintenant une institution, les juristes peuvent dénaturer peu à peu et si subtilement une règle, qu'ils arrivent à la faire servir à un but totalement différent de celui d'origine. Tel fut le cas des communautés de

69. *Loi du 17-21 nivôse an II Décret relatif aux donations et aux successions*, art. 61 in, C.M. GALISSET, *Corps du droit français* (...) Paris, Blanchet, 1843, 11 vol., t. 2, p. 1148s. Les avis étaient unanimes relativement à la suppression du douaire des enfants (SCHMITZ, *Le douaire coutumier à partir du XIII^e siècle et sa suppression*, Paris, Thèse, 1900) mais partagés quant au douaire de la femme (Cf. J. LELIÈVRE, *La pratique des contrats de mariage chez les notaires du Châtelet de Paris*, Cujas, 1959, p. 133). Ce sera la Cour de Cassation qui interprètera cette loi comme abrogeant le douaire de la femme (C. Cass. 20 octobre 1807, S. 1807 – I – 545; Cass., 6 mars 1811, S. 1811 – I – 105 et, Cass. 8 janv. 1814, S. 1814–I–45). Cf. sur la question M. MARTIN, *Recueil alphabétique des questions de droits*, 4^e édition, Paris, Remoissenet, 1830, t. 7, p. 140.

70. Une loi permit à la femme de renoncer à son douaire coutumier pendant le mariage, mais sans qu'elle ait droit à aucune compensation sur les autres biens de son mari. Elle faisait alors perdre leur douaire à ses enfants: *Ordonnance pour prescrire et régler l'enregistrement des titres aux terres, tenements et héritages* (...), 4 Vic., c. 30, sec. 35 et 37. Cette possibilité fut étendue au douaire préfix par l'Acte pour amender l'ordonnance et l'acte y mentionné concernant l'enregistrement des titres des biens immeubles dans le Bas-Canada ou des hypothèques dont ils sont grevés, 8 Vic., c. 27, sec. 3 et 4.

71. Cf. E. CAPARROS, *Les lignes de force de l'évolution des régimes matrimoniaux*, Montréal P.U.M., 1975, p. 32 et s. et « Les régimes matrimoniaux au Québec » in Commission de

biens dans les régimes matrimoniaux⁷¹. Tel fut, en France, le cas du principe d'égalité entre héritiers. Les exemples seraient nombreux.

Une telle faculté peut être utilisée en bien ou en mal. Mais peut-être doit-on se réjouir de cette « adaptabilité » extrême de la règle de droit qui permet le changement dans une stabilité apparente et rend possible une évolution subtile plutôt qu'une révolution.

réforme du droit du Canada, *Étude sur les droits des biens et de la famille*, Ottawa, 1975, p. 17, qui montre comment les régimes de communauté de biens ont été utilisés pour rendre la femme incapable.