

L'ARTICLE 177 C. CIV. OU LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE SELON LA LOI QUÉBÉCOISE

François Héleine

Volume 1, numéro 1, 1970

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059858ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059858ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Héleine, F. (1970). L'ARTICLE 177 C. CIV. OU LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE SELON LA LOI QUÉBÉCOISE. *Revue générale de droit*, 1(1), 62–76. <https://doi.org/10.7202/1059858ar>

L'ARTICLE 177 C. CIV. OU LA CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME MARIÉE SELON LA LOI QUÉBÉCOISE *

par François HÉLEINE,
*ancien assistant à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa
attaché de recherches à l'O.R.C.C.*

Le législateur de 1964, en adoptant les dispositions du bill 16 ¹ mettait fin à près de cent ans d'incapacité juridique de la femme mariée. Cette formule archaïque avait résisté jusque-là aux assauts des juristes et continuait à faire vivre à la mode 1866 les couples de la seconde moitié du XX^e siècle. Désuète, inégalitaire et inadaptée au contexte social moderne, l'incapacité appartient désormais au passé. Assez facilement admis par la doctrine et la jurisprudence, le principe capacitaire nouveau consacre l'autonomie juridique de la femme mariée (Par. 1). Seuls des pouvoirs fonctionnels découlant du régime matrimonial adopté et accordant au mari certaines prérogatives sur le patrimoine de son épouse peuvent limiter la portée de ce principe (Par. 2).

Paragraphe 1

LE PRINCIPE CAPACITAIRE NOUVEAU.

Lors de la rédaction des textes du bill 16, on s'est demandé s'il convenait de consacrer textuellement le principe nouveau de la capacité juridique de la femme mariée. L'abrogation pure et simple des art. 176 C. civ. (incapacité judiciaire) et 177 C. civ. (incapacité extrajudiciaire) anciens eût suffi, semble-t-il, pour que l'on revienne au principe général de la capacité juridique formulé à l'art. 985 C. civ. Le législateur québécois, suivant en cela ses prédécesseurs étrangers, a préféré énoncer le principe nouveau. C'est qu'en effet, législativement, il est toujours de bonne méthode de dire ouvertement et nettement ce que l'on veut et ce que l'on fait. En droit positif, la loi n'établissant pas l'égalité complète des époux et maintenant même, par le jeu des régimes matrimoniaux, la notion de consentement marital, on n'eût pas manqué de

* Cette étude a été rédigée alors que la loi du 12 décembre 1969 concernant les régimes matrimoniaux n'avait pas encore reçu sa sanction (N.D.L.R.).

¹ *Loi sur la capacité juridique de la femme mariée*, (1964) 12-13 El. 2, ch. 66, aussi référencé au 1964 S.Q., ch. 66 (Bill 16).

discuter sur le point de savoir si, oui ou non, la femme devrait être considérée désormais comme capable².

Bref et sans ambiguïté, le nouvel art. 177 C. civ. confère à la femme la pleine capacité juridique: « La femme mariée a la pleine capacité juridique, quant à ses droits civils, sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial³. »

Aux lendemains de la réforme, la doctrine entreprit un examen exégétique des dispositions nouvelles. Le principe général de la capacité étant admis par l'ensemble des juristes, il convenait encore d'en déterminer le caractère absolu (A). La jurisprudence, après une hésitation guère compréhensible, s'orienta vers l'absolutisme du principe nouveau (B).

A. LA CAPACITÉ, PRINCIPE GÉNÉRAL.

La clarté de l'art. 177 C. civ. rendait difficile la négation du principe général de la capacité de la femme mariée. La reconnaissance de la capacité juridique a été pour elle la reconnaissance du droit à une vie sociale et économique réelle⁴. Désormais, comme toute personne majeure non interdite, elle possède le pouvoir de s'obliger légalement par contrat, et de recourir personnellement à l'arbitrage judiciaire lorsque ses droits sont méconnus ou lorsque les tiers ne respectent pas les engagements qu'ils ont contractés à son égard⁵. Le régime de tutelle, de l'éternelle minorité, et des autorisations préalables, est relégué au passé. A l'incapacité de principe a succédé une capacité générale, obligeant à interpréter restrictivement toute atteinte à la jouissance ou à l'exercice de

² M. ANCEL, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, Paris, 1938, p. 106, n° 55. L'auteur y développe une série d'arguments en faveur de la formulation, et leur oppose un certain nombre de contre-arguments qui permettraient d'écarter cette déclaration de principe.

³ Si l'on veut bien se rappeler certains principes juridiques de base, on doit admettre que les restrictions prévues à l'art. 177 C. civ. ne peuvent porter sur la capacité de la femme mariée: l'ordre public s'opposerait à ce que, par le jeu des règles des régimes matrimoniaux, on arrive à vider la notion de capacité de tout son contenu. Cette possibilité offerte autrefois par le législateur était fort criticable et tenait à ce qu'on voulait améliorer le sort des femmes séparées de biens: en optant pour un régime matrimonial, on optait pour l'incapacité ou pour une capacité d'une certaine étendue.

D'autre part, cette formulation de l'art. 177 C. civ. conduit à interpréter les dispositions nouvelles dans la perspective suivante: 1° les règles du régime des biens qui ne se justifiaient que par une incapacité n'ont plus de raison d'être; 2° si un doute surgissait au sujet de l'abrogation d'une règle ancienne, il faudrait la considérer abrogée si elle n'a pas d'autre raison d'être dans le cadre maintenu du régime des biens.

⁴ L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Paris, 1967, p. 278.

⁵ Art. 985 C. civ.

droits. Certes des incapacités subsistent, mais elles n'atteignent pas tant la femme mariée que « l'individu-marié », quel que soit son sexe⁶. Les « prohibitions » qui subsistent n'ont plus le caractère discriminatoire qu'elles avaient dans le passé. Elles répondent à un certain sentiment de défiance à l'égard de certains individus qui ont des relations interpersonnelles si étroites qu'on peut aisément supposer que l'un essaierait fort bien d'user de son influence sur l'autre pour en tirer quelque bénéfice patrimonial ou pour l'amener à jouer un « jeu juridique » qui empêcherait ses créanciers personnels de faire sanctionner leurs droits à son égard⁷.

La capacité, c'est avant tout la suppression de l'incapacité, c'est le droit reconnu à la femme d'accomplir librement les actes pour lesquels les art. 176 et 177 C. civ. anciens exigeaient l'autorisation du mari: ester en justice, donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit et onéreux, et toutes les autres opérations juridiques pour lesquelles l'exigence de l'autorisation maritale résultait de la règle de l'incapacité ou d'un texte formel du code: le prêt et l'emprunt, le cautionnement⁸, le bail, l'acceptation d'une succession, la transaction⁹. C'est sans doute aussi la possibilité pour elle, dans la mesure où la pratique journalière avait consacré l'intervention du mari, d'effectuer seule désormais les opérations même extrajuridiques de la vie courante, telle la remise d'un document administratif, ou la participation à certaines activités (présentation à un concours ou examen, pratique de certains sports, etc.).

⁶ Cl. LOMBOIS, *La condition juridique de la femme mariée*, (1965-1966) 68 R. du N. 467. Ces deux dispositions seront abrogées par le bill 10 (1969 S.Q., ch. 77, art. 27 et 90).

⁷ Donation entre époux: art. 1265, al. 2 C. civ. limitant la portée des art. 757 et 819 C. civ.; vente: art. 1483 C. civ.; contrats nommés ou innomés portant atteinte au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales: art. 1265, al. 1 C. civ.

⁸ Dans la mesure où il ne porterait pas atteinte aux dispositions de l'art. 1301 C. civ. qui interdit à la femme de s'obliger avec, ou pour, son mari si ce n'est en qualité de commune. Cette disposition sera abrogée par le bill 10 (1969 S.Q., ch. 77, art. 41).

⁹ M. ANCEL, *op. cit.*, Paris, 1938, p. 109, n° 57. La femme commune en biens ne peut cependant pas, aux termes des art. 643 et 763 C. civ., accepter une succession sans le consentement de son mari ou, à défaut, sans une autorisation judiciaire, ni donner ou recevoir entre vifs sans consentement marital. Est-ce là une incapacité (J. PINEAU, *Le droit de la famille*, Cours élémentaire donné dans le cadre de la licence en droit, Université Laval, Lic. 1, 1969, p. 207) ou une absence de pouvoir? Bien que le juge ne puisse, en principe, relever d'une absence de pouvoir, il est préférable d'opter pour la seconde solution qui a le mérite de ne pas heurter le principe capacitaire de l'art. 177 C. civ., et de ne pas créer une inégalité de traitement à raison du régime matrimonial adopté. Ces dispositions seront abrogées par le bill 10 (1969 S.Q., ch. 77, art. 13 et 15).

Ce caractère général du principe nouveau n'a jamais été mis en doute par la doctrine québécoise. Les « suffragettes », après avoir conquis leurs droits politiques, accédaient enfin à la majorité juridique. Cette révolution supprimait l'hiatus entre le fait et le droit, assurait aux tiers une garantie nouvelle de la validité des engagements de la femme et permettait à celle-ci d'échapper à une sujétion inadmissible lorsqu'il y avait séparation de fait des deux époux.

On ne peut manquer toutefois de s'étonner de constater l'importance que certains juristes ont entendu donner à la restriction textuelle: « sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial », qui permettrait de limiter considérablement la portée de la réforme. Cette outrance qui ne tient compte ni des faits ¹⁰, ni de la distinction capacité-pouvoir manifeste la ténacité des habitudes acquises. L'oubli du passé ne se fera pas du jour au lendemain et pendant longtemps encore on raisonnera capacité en conservant des réflexes hérités de la subordination ancienne. « Par là se vérifie l'utilité des déclarations de principe faites par le législateur. Même si elles n'ont pas d'effets pratiques immédiats, elles dégagent un principe auquel il faut conformer toutes les interprétations. Le principe nouveau, c'est la liberté de la femme quant au gouvernement de sa personne ¹¹. »

B. LA CAPACITÉ, PRINCIPE ABSOLU.

L'absolutisme du principe de la capacité de la femme mariée n'aurait peut-être pas été mis en doute par la jurisprudence au lendemain de la réforme si un auteur québécois, fort versé dans le droit matrimonial, n'avait pas apporté une restriction malencontreuse au système de liberté qu'il s'était plu à reconnaître. Après avoir déclaré que « la capacité est la règle pour toutes les femmes

¹⁰ Cl. LOMBOIS, *La condition juridique de la femme mariée*, (1965-1966) 68 R. du N. 467.

¹¹ Cl. LOMBOIS, *article précité*, (1965-1966) 68 R. du N. 484; G. BRIÈRE, *Le nouveau statut juridique de la femme mariée, lois nouvelles*, Montréal, 1965, p. 16; ID., *La réforme de la capacité de la femme mariée dans la province de Québec*, (1966) *Revue internationale de droit comparé*, 85; R. COMTOIS, *Les époux communs en biens depuis le bill 16, lois nouvelles*, Montréal, 1965, p. 32 et 33; ID., *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 342; J. PINEAU, *L'autorité dans la famille*, (1965-1966) VII C. de D., p. 210; J.-L. BAUDOUIN, *Examen critique de la réforme sur la capacité de la femme mariée québécoise*, (1965) 43 R. du B. can., p. 406; L. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 279 et ss.; A. NADEAU, *The New Capacity of Married Women*, McGill University, Faculty of Law, Five lectures on family law, Montréal, 1965, p. 2; P. AZARD, *Justinién*, 1964, p. 75.

mariées¹², il limita la portée de son affirmation en précisant, lors de l'examen des « nouveaux biens réservés de la femme mariée » : « De plus, comme le bill 16 n'étend pas le principe général de la capacité à la femme commune, vu l'absence de pouvoir pour cette dernière sur la communauté et sur ses propres, la règle générale d'incapacité subsiste¹³. »

Cette prise de position a malheureusement été consacrée à deux reprises par la jurisprudence. En décembre 1964, tout d'abord, la Cour supérieure rejeta la thèse d'une femme poursuivie en justice qui prétendait ne pouvoir ester en jugement, parce que commune en biens, par des considérants de nature à faire peser un doute sur l'absolutisme du principe de la pleine capacité juridique de la femme mariée : « Depuis cette récente loi adoptée par nos législateurs [bill 16] la capacité juridique de la femme mariée, particulièrement d'ester en justice, seule et sans l'autorisation de son mari, soit en assignant, soit en étant assignée, a été, quel que soit le régime matrimonial, largement étendue... En abrogeant les anciens textes des art. 176 et 183 C. civ. qui restreignaient la capacité juridique de la femme mariée et en adoptant le nouveau texte de l'art. 177 C. civ qui stipule que la femme mariée a la pleine capacité juridique quant à ses droits civils, sous les seules restrictions découlant du régime matrimonial, le législateur a manifestement voulu écarter de façon définitive la règle généralement reconnue de l'incapacité juridique de la femme mariée, l'incapacité étant l'exception : la capacité juridique de la femme a été tellement élargie qu'en vertu du nouveau

¹² R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 343.

¹³ R. COMTOIS, *ibid.*, p. 374. — Peut-être cet auteur avait-il eu connaissance du commentaire législatif de M. P. Azard (*Justinien*, 1964, p. 75) qui permettait l'interprétation adoptée en faisant, des restrictions à la liberté de contracter, des séquelles de l'ancienne incapacité : « La femme mariée est véritablement dotée désormais d'une capacité juridique normale encore que sa condition d'épouse restreigne sa liberté personnelle (art. 175 C. civ.) et que l'interdépendance étroite des époux communs en biens continue de restreindre dans une proportion importante la liberté de contracter de la femme mariée, sous le régime en question. »

L'affirmation d'un autre juriste aurait pu venir le confirmer dans son point de vue (J.-L. BAUDOUIN, *article précité*, p. 406) : « A contrario, on peut dire que la femme mariée, par le choix qu'elle fait dans son contrat de mariage, peut abandonner une plus ou moins grande partie de l'exercice de sa capacité civile » ; encore que ce juriste ait pris soin de préciser sa pensée : « il ne s'agit pas là, à proprement parler, de défaut de capacité juridique mais seulement d'une limitation légale des pouvoirs d'exercer celle-ci pour des raisons d'intérêt supérieur tenant à l'unité du patrimoine matrimonial » (*article précité*, p. 407).

texte de l'art. 1297 C. civ., la femme, même commune en biens, peut exercer seule toutes ses actions mobilières et possessoires ¹⁴. »

En septembre 1966, la Cour supérieure eut à statuer sur des faits postérieurs à la réforme de 1964. Sur le point d'intenter une action en séparation de corps, une femme commune en biens avait loué un appartement dont elle comptait faire sa résidence pendant l'instance. Poursuivie par le bailleur en non-paiement de son loyer, elle souleva le problème de sa capacité à s'obliger et celle d'ester en justice. Le magistrat dut donc examiner le contenu de l'art. 177 C. civ. et opta pour la thèse de la capacité, principe relatif: « Bien que ce nouvel article (art. 177 C. civ.), à prime abord, semble déclarer que la capacité juridique de la femme mariée sous tous les régimes est la règle et l'incapacité, l'exception, ceci n'est vrai que pour la femme séparée de biens ¹⁵. »

Ces deux décisions n'ont malheureusement pas fait l'objet de commentaires. Le juriste québécois qui se serait penché sur le problème n'aurait pas manqué de les condamner parce que recélant une confusion entre la capacité et les pouvoirs. Pour éviter de créer une véritable incapacité de jouissance, là où est prévue une incapacité d'exercice, on transfère habituellement les « pouvoirs de l'incapable » à un représentant qui agit au nom et pour le compte d'autrui. C'est dire qu'à une incapacité correspond une délégation de pouvoirs. L'erreur a été de vouloir renverser la proposition, car si à une incapacité correspond bien une dation de pouvoirs, à une dation de pouvoirs ne correspond pas obligatoirement une incapacité ¹⁶. Il existe entre capacité et pouvoir une différence de nature et non pas de degré ¹⁷. Certains magistrats et commentateurs de la loi semblent l'avoir oublié ¹⁸.

¹⁴ Morin v. Dame Florence Tremblay, 1965, R.P. 205.

¹⁵ Isaac Gilber v. Dame Fritsch, 1967, R.P. 167.

¹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. I, Paris, 1967, p. 643, n° 210; R. HOUIN, *Les incapacités*, (1947) R.T.D.C. 397: « Il n'existe d'ailleurs pas une corrélation nécessaire entre la perte de pouvoir par le titulaire et l'acquisition de ce pouvoir par un tiers. »

¹⁷ L. LYON-CAEN, *La femme mariée allemande*, (thèse), Paris, 1903, p. 133 et ss.; R. NILLUS, *Capacité et pouvoirs de la femme mariée en Allemagne et en France*, (thèse), Paris, 1937, p. 38; L. JOSSEAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., t. I, n° 604; Ph. BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. I, n° 495; P. VOIRIN, *La suppression de l'incapacité de la femme mariée*, *Dalloz hebdomadaire*, 1934, chr. p. 65; M. ISTAS, *Fédération des notaires de Belgique*, *Travaux du Comité d'études et de législation*, 1961, p. 295; M. KIRKPATRICK, *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, 1960, p. 4; M. DUBRU, *L'égalité civile des époux dans le mariage*, *Annales du Notariat et de l'Enregistrement*, Bruxelles, 1959, p. 349; Cl. RENARD, P. GRAULICH et S. DAVID, (1959) R.T.D.C. 214; M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, t. I, Paris, 1922, p. 1611; H. MAZEAUD, *Nouveau guide des exercices pratiques pour la licence en droit*, licence

Paragraphe 2

LES RESTRICTIONS AU PRINCIPE CAPACITAIRE.

Après avoir posé le principe de l'autonomie juridique de la femme mariée, l'art. 177 C. civ. en limite la portée par la formule: « sous la seule réserve des restrictions découlant du régime matrimonial ». Il convenait en effet de tenir compte du statut patrimonial adopté par les époux au moment de leur mariage et il ne pouvait être question de permettre aux créanciers de la femme qui, désormais, contractait valablement, de poursuivre l'exécution de leurs créances contre elle, sur certaines masses de biens. Dans ce but, le législateur apporta des limitations à ses pouvoirs sur certains biens en raison de leur vocation ou de leur finalité collective (A). Il est à regretter toutefois qu'il n'ait pas pris position sur les effets d'une absence de pouvoirs. Discutée aujourd'hui encore, la nullité limitée dans le temps apportera à tous une solution de compromis (B).

A. LA LIMITATION DES POUVOIRS DE LA FEMME.

La confusion habituelle entre capacité et pouvoir tient à ce que l'on oublie la différence de nature entre capacité et pouvoir. La capacité, aptitude à être titulaire de droits réels ou personnels et à les exercer soi-même, est une notion subjective destinée à

4^e année, p. 111; M. NAST, *Commentaire législatif*, Dalloz périodique, 1939-46; Fr. LEMEUNIER, *Principes et pratique du droit civil*, Paris, 1965, D 7 et E 7; M. HAMIAUT, *La réforme des régimes matrimoniaux*, Paris, 1965, p. 44; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. I, Paris, 1956, p. 809; L. H. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. I, Paris, n^{os} 1086 et 1132, t. II, Paris, 1962, n^o 226; AUBRY et RAU, *Droit civil*, t. VII, Paris, 1948, p. 204; A. COLIN et H. CAPITANT, *Droit civil*, t. I, Paris, 1957, p. 651; G. MARTY et P. RAYNAUD, t. II, vol. 2, Paris, 1967, p. 545; H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, 1962, note 1, p. 869; W. BOURGAUX et F. LAINÉ, *Revue pratique de Notariat*, (Belgique), 1959, p. 94 et s.; THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de Droit commercial*, 8^e éd., n^o 158; J. ESCARRA, *Principes de Droit commercial*, t. I, n^o 322 et s.; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, 10^e éd., Paris, 1942, n^o 792.

Contra: R. HOUIN, *art. précité*, p. 399: « ... entre l'incapacité et le défaut de pouvoir, il n'y a pas de différence de nature mais de degré [...]. L'incapacité de la femme et l'absence de pouvoir sont toutes deux des incapacités d'exercice: en vertu de la première, la femme est assistée parce que son mari n'a qu'un pouvoir de contrôle; en vertu de la seconde, elle est représentée parce que son mari a un pouvoir de gestion. Mais dans les deux cas, ce pouvoir propre du mari est un démembrement des droits de la femme réalisé dans l'intérêt du ménage et sous la tutelle des Tribunaux. »

¹⁸ L'absolutisme du principe capacitaire a été affirmé par deux auteurs québécois: G. BRIÈRE, *art. précité*, *Lois nouvelles*, p. 16; J. C. BEAUSOLEIL, J. CÔTÉ et Kathleen DELANEY, *La femme mariée commerçante*, (1965-1966), VII C. de D., p. 376; et par la Cour supérieure dans une décision datant de 1967: *Trans-Canada Readers service c. Dame Dorais et vir*, 1968 RL 114.

protéger l'intéressé lui-même. Attribut de la personnalité, la capacité est essentiellement personnelle et se manifeste par un « pouvoir » d'agir dans la vie juridique. Par contre, les pouvoirs font appel à une notion objective essentiellement destinée à protéger les tiers. Et finalement la distinction capacité-pouvoir n'est pas autre chose que le conflit pratique entre l'exercice d'un droit dont on est titulaire et les obstacles qui s'opposent à ce qu'on en use complètement ¹⁹.

A la capacité s'opposent donc les pouvoirs. Si la première est un attribut de la personnalité, les seconds tiennent du droit lui-même dont ils ne sont qu'un des aspects: « Le pouvoir est un des aspects du droit lui-même: si le représentant a le pouvoir d'agir sur le patrimoine d'autrui, c'est parce que ce pouvoir lui a été transmis et que, par conséquent, il existait en la personne du représenté ²⁰. »

La femme mariée, parce qu'elle possède, comme tout être humain, la personnalité juridique, peut être titulaire de droits réels et des pouvoirs normalement attachés à ces droits (conservation, administration, disposition). Mais dans un intérêt collectif (nécessité d'assurer une unité de direction ou nécessité de préserver les droits du partenaire sur les biens communs ²¹), certains de ces pouvoirs ou même certains de ces droits peuvent être transférés à son époux, soit en vertu de la loi, soit à la suite de conventions matrimoniales. De tels transferts, parce qu'ils ont pour but de consacrer dans les faits un principe d'intérêt commun, ne peuvent exister qu'à l'occasion de l'adoption d'un régime matrimonial associatif. La séparation conventionnelle de biens, parce qu'elle assure au patrimoine de chaque époux un « statut de célibataire », ne suppose aucun transfert ni de droits ni de pouvoirs. Pleinement capable, chaque époux mène sa vie juridique propre en toute indépendance.

Par contre, en régime communautaire, la femme renonce à certaines de ses prérogatives qu'elle transfère à son mari. Parmi

¹⁹ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 177. S'il convient de distinguer la capacité de la femme mariée de son pouvoir de gestion (comp. M. ANCEL, *op. cit.*, n° 61) il faut cependant noter que le statut de la capacité et le statut matrimonial se trouvent dans un rapport étroit: « ils sont comme deux vases communicants; du moment que l'on modifie le contenu de l'un, on change le contenu de l'autre » (L. JOSSERAND, *Supplément au cours de Droit positif français*, 1939, p. 20).

²⁰ R. HOUIN, *article précité*, p. 397. — Comp. L. H. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 2, Paris, 1962, n° 226.

²¹ L. H. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. 1, Paris, 1959, p. 1149.

les prérogatives dont elle se dépouille, on peut distinguer des droits et des pouvoirs²². Des droits; ainsi le droit de jouir de ses biens propres²³. Des pouvoirs; ainsi le pouvoir de disposer de certains de ses biens²⁴; ainsi le pouvoir de gérer les biens communs, c'est-à-dire de les administrer et d'en disposer²⁵. Ce transfert de prérogatives au mari, qui engendre corrélativement chez la femme une absence de pouvoirs ne porte en aucune façon atteinte à sa capacité²⁶. Elle est alors dans la situation d'un nu-propriétaire qui aurait transféré la jouissance de son bien à une personne donnée. Ce transfert ne fait pas du nu-propriétaire un incapable. Il l'oblige seulement à respecter les prérogatives conférées à l'usufruitier²⁷.

²² L. H. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 1149. Avant 1964, la distinction capacité-pouvoir existait certes, mais l'absence de pouvoir était absorbée en fait par l'incapacité. En pratique, il n'y avait de distinction qu'entre absence de droit et incapacité.

²³ Art. 1297, al. 1.

²⁴ Art. 1297, al. 3. — J. PINEAU, *Le droit de la Famille*, Université Laval, Lic. 1, 1969, p. 206.

²⁵ Art. 1292, al. 1 et 2. — J. PINEAU, *ibid.*, p. 206.

Le pouvoir de gérer les biens communs appartient, en principe, au mari, mais il aurait pu, si tel avait été l'aménagement législatif retenu, être assuré conjointement par les deux époux selon un principe de cogestion d'autant plus admissible que chacun d'eux a sur ces biens des droits concourants. Il peut donc être soutenu que, par le choix du régime matrimonial qu'elle a fait, la femme s'est dépouillée de certains de ces pouvoirs sur les biens communs présents et futurs: « La femme mariée sous un régime communautaire ou sous le régime d'exclusion de communauté ne pourra pas pleinement profiter de sa capacité; cela, non pas parce que certaines incapacités subsistent, mais parce que, par son contrat de mariage ou par le régime que la loi lui a imposé à défaut de contrat de mariage, elle a transféré à son mari certains de ses droits et de ses pouvoirs » (G. BRIÈRE, *article précité*, *Lois nouvelles*, p. 16).

²⁶ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 115: « il se peut que par suite du régime adopté, la femme n'ait plus en fait la disposition de tous ses biens; elle se trouvera donc atteinte d'une restriction de sa faculté de disposer, mais cette restriction ne constituera pas pour elle une incapacité nouvelle » (L. LYON-CAEN, *thèse précitée*, p. 133). Parce que cette restriction n'est que la conséquence fortuite et accidentelle du régime de communauté de biens, et que la femme peut l'écarter par l'adoption de la séparation de biens, il ne peut s'agir d'une incapacité, notion d'ordre public (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, vol. 2, Paris, 1967, p. 545).

²⁷ M. PLANIOL, G. RIPERT et A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. II, Paris, 1952, p. 355: « Il n'y a pas plus une incapacité de ce chef qu'il n'y en a une pour le propriétaire qui constitue un usufruit de son bien. »

H. DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. I, Bruxelles, 1962, p. 876 et s., n^{os} 723 et 724; BOURGAUX et LAINÉ, *Revue pratique de Notariat*, (Belge), 1959, p. 94 et s.

Sur la distinction Incapacité, Absence de droit, Absence de pouvoirs, cf. *Dame Alexandrine Simard c. André Labbé*, (C.S. 1896) 2 R. de J. 169, *Dame Durnin and another c. Dame Heney & vir*, (1917) 51 C.S. 515: « Considérant que si ladite autorisation pouvait avoir un effet légal, ce ne serait que pour rendre la défenderesse habile à vendre ses droits de nue-propriété, laquelle lui est un propre dont elle a hérité de son premier mari en vertu d'un testament, mais dont la jouissance appartient à la communauté de

Les pouvoirs de chaque époux, sur les biens des différentes masses patrimoniales (biens propres du mari, biens propres de la femme, et biens communs) dépendent donc essentiellement du régime matrimonial adopté. Lorsque le choix se porte sur un régime qui compartimente les intérêts pécuniaires de chaque époux, chacun d'eux conserve les pouvoirs attachés à ses propres biens. L'adoption de la communauté de biens parce qu'elle crée un « *partnership* » entre époux limite, par transfert au mari, administrateur communautaire, les droits et pouvoirs de la femme. Ainsi, elle ne pourra disposer de ses immeubles propres, même en nue-propriété, parce que la disposition de ceux-ci nécessite le consentement du mari²⁸ et parce que l'usufruit en a été transféré à la communauté²⁹. Absence de droit et absence de pouvoir viennent, dans cette hypothèse, limiter ses prérogatives. Le droit du mari de contrôler ces actes de dispositions ne constitue pas pour la femme une incapacité, mais une restriction à ses pouvoirs impliquant, pour ces aliénations en pleine propriété (ou même pour un engagement exécutoire sur ces dits biens) le concours du mari, titulaire de droits coexistants sur le bien avec ceux de son conjoint.

B. LES EFFETS D'UNE ABSENCE DE POUVOIRS.

Les restrictions aux pouvoirs propres de la femme ont pour effet de soustraire au droit de disposition de celle-ci certains biens sur lesquels des droits antérieurs ont été consentis au mari. Toute opération juridique qui viole le principe de ce transfert est viciée *ab initio*. Mais le régime juridique d'une institution découlant de sa nature juridique, il convient, pour déterminer la sanction de ce vice, de préciser la nature juridique des pouvoirs. Un examen approfondi de la question dépasserait évidemment le cadre de cette étude; aussi se contentera-t-on, après avoir indiqué sommairement le contenu des thèses en présence, de fournir la réponse la plus conforme à la jurisprudence actuelle et aux textes examinés actuellement par le parlement provincial.

biens qui existe entre elle et son mari et qu'une autorisation judiciaire ne peut la rendre habile ou capable de vendre ladite jouissance qui ne lui appartient pas, mais qui appartient à ladite communauté. »

²⁸ Sur ces immeubles propres, les époux sont donc titulaires de pouvoirs concourants: art. 1297, al. 3 C. civ.

²⁹ Sur ces immeubles propres, les époux sont donc titulaires de droits réels concourants, la femme en conservant la nue-propriété, le mari, administrateur communautaire, s'en voyant attribuer la jouissance.

1. *La nature juridique des pouvoirs.*

Selon M. R. Houin³⁰, l'absence de pouvoir que créent les mécanismes du fonctionnement du régime matrimonial communautaire aboutit en fait au démembrement innomé de droits comme le ferait une incapacité tenant à un objet déterminé: la défiance. Il n'existe donc pas de différence de nature mais seulement de degré entre une incapacité de défiance et une absence de pouvoirs: « L'incapacité de la femme et l'absence de pouvoir sont toutes deux des incapacités d'exercice³¹. »

M. M. Ancel lui répondait par avance en faisant la critique de l'école allemande dont M. Léon Lyon-Caen et M^{lle} Renée Nillus³² s'étaient plu à vanter les mérites. Il était vain, prétendait-il, de vouloir découvrir aux pouvoirs une nature juridique propre, car « le rôle de la prétendue notion indépendante de pouvoir se ramène en définitive au simple jeu des théories les plus élémentaires du droit privé, et pourrait-on dire, du droit naturel le plus évident: à la force obligatoire des contrats, au principe que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers, et à la règle d'équité et de bon sens d'après laquelle nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même... » On pourrait donc faire l'économie de « quelques efforts de philosophie juridique en se contentant d'invoquer la vieille maxime: *nemo plus juris ad alienum transferre potest quam ipse habet*³³ ».

Ni l'une ni l'autre de ces deux thèses n'a rallié l'ensemble de la doctrine civiliste qui s'est penchée sur les problèmes de pouvoirs. On se plaît généralement à reconnaître qu'ils correspondent à une institution juridique spéciale. Sui generis, ils se différencient de la capacité par leur caractère objectif, et, suivant le bien et non pas la personne, peuvent être retirés à celle-ci sans qu'il en résulte pour autant une incapacité³⁴. La doctrine québécoise ne s'est d'ailleurs pas souciée de cet aspect de la question. Elle s'est contentée d'opter pour le système de sanction le plus généralement admis.

³⁰ R. HOUIN, *art. précité*, p. 399. — Cf. dans le même sens, VON TUHR, *Code des obligations*, 2^e éd., traduction Thilo, t. I, p. 190: l'absence de pouvoir est une incapacité lorsqu'elle est établie dans l'intérêt des tiers.

³¹ Cf. note 16 *in fine*.

³² L. LYON-CAEN, *thèse précitée*, p. 133; R. NILUS, *thèse précitée*, p. 38.

³³ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 119, n^o 61.

³⁴ Cf. note 25.

2. La sanction d'une absence de pouvoirs.

Dans son analyse du bill 16, et devant le silence de la loi, M^r R. Comtois³⁵ proposa comme sanction à l'absence de pouvoir, l'inopposabilité de l'acte critiqué, au titulaire de pouvoirs exclusifs ou concourants. Cette solution, conforme aux principes traditionnels en la matière³⁶, présente le défaut de ne pas tenir compte d'une évolution législative et jurisprudentielle qui tend à rapprocher sur le plan des effets capacité et pouvoirs. Son orthodoxie peut toutefois se justifier si l'on ne voit dans le pouvoir qu'une prérogative, conférée à l'époux responsable des intérêts collectifs du couple, sur le bien auquel se rattache le pouvoir. Le véritable titulaire du droit étant capable, l'acte qu'il a effectué répond aux conditions de validité de tout acte juridique, et il suffit, pour ne pas porter atteinte aux prérogatives du titulaire de pouvoir, garant de l'intérêt commun, d'en neutraliser les effets à son égard: pour ce l'inopposabilité est suffisante.

M. Cl. Lombois³⁷ opta pour la nullité de l'acte critiqué et présenta trois arguments en faveur de sa thèse. Il faisait remarquer

³⁵ R. COMTOIS, *Traité de la communauté de biens*, Montréal, 1964, p. 363 et 367; *Les époux communs en biens depuis le bill 16, lois nouvelles*, Montréal, 1965, p. 38 et 42. Tout en faisant sienné cette solution, l'auteur la considérait cependant assez peu satisfaisante puisque soumettant l'efficacité d'une transaction aux aléas d'un partage, et retirant de la vie économique un bien qu'il eût été préférable d'y maintenir.

³⁶ M. ANCEL, *Les droits et devoirs des époux*, Paris, 1943, p. 34, n° 44; AUBRY et RAU, *op. cit.*, p. 208; A. COLIN et H. CAPITANT, (refonte L. Julliot de la Morandière), *op. cit.*, p. 657, n° 1101; M. PLANIOL, *op. cit.*, p. 1611; Fr. LEMEUNIER, *op. cit.*, E 7; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 810, n° 2174; p. 814, n° 2180.

R. HOUIN, *art. précité*, p. 399; Von TUHR, *op. cit.*, p. 90. L'illogisme de ces deux auteurs est manifeste. Une incapacité n'a jamais été en droit sanctionnée par l'inopposabilité des actes effectués par l'incapable.

G. BAETEMAN et J. P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux*, Bruxelles, 1960, p. 180, n° 158; M. DUBRU, *art. précité*, A.N.E., 1958, p. 301, n° 65.

³⁷ Cl. LOMBOIS, *article précité*, (1966-1967) 69 R. du N. 103. Cf. dans le même sens: M. ANCEL, *Traité de la capacité civile de la femme mariée*, Paris, 1938, p. 149, n° 78. L'auteur réclamait déjà du législateur qu'il apporte au fonctionnement pratique de la capacité de la femme mariée toutes les précisions nécessaires (p. 151, n° 78).

H. L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, t. I, Paris, 1956, p. 1123; t. I, Paris, 1959, p. 1149; H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 113.

L'ancien droit moyenâgeux optait déjà pour une nullité dont seul le mari pouvait se prévaloir. Sous l'empire de ce droit ancien, la femme n'était pas, à proprement parler, soumise à un régime d'incapacité juridique: sa personnalité était seulement « éclipsée par la personnalité plus forte du mari » (PETOR, *Cours d'Histoire du droit*, 1951-1952, *Les Cours de Droit de Paris, Les Incapables dans l'Ancien droit*, p. 117). Cette nullité spéciale n'avait effet qu'à l'égard du mari. La femme demeurait définitivement tenue, et l'obligation qu'elle avait assumée, devenait exécutoire dès la dissolution du mariage, alors qu'elle reprenait la libre disposition de ses propres (cf. L. MARCEAU, *De l'admissibilité des contrats entre époux*, Montréal, 1960, p. 66).

tout d'abord qu'en matière d'actes translatifs de droits, il y avait peu de différences entre l'inopposabilité et la nullité si l'on s'en tenait aux seuls effets de l'acte. De plus, la théorie de l'inopposabilité étant fondée sur une notion d'intérêts des tiers, il était impossible de l'appliquer entre époux parce qu'elle conduisait à les assimiler à des tiers à une époque où il est reconnu à chacun d'eux un droit de contrôle sur son conjoint. Il voyait mal enfin comment manier une théorie comme celle de l'inopposabilité dans le domaine extra-patrimonial ³⁸.

Le droit québécois ne dispose pas encore d'un texte précisant que « si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur ses biens propres, sur les biens communs ou sur les biens réservés, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation ³⁹ » ; il n'opte ni pour la nullité, ni pour l'inopposabilité, mais pour une solution hybride, guère praticable : « Sauf le cas de l'art. 180 C. civ., les actes faits par la femme sans le consentement du mari ou l'autorisation de la justice, n'engagent les biens de la communauté que jusqu'à concurrence du profit qu'elle en retire ⁴⁰. » L'acte est donc opposable pour le profit et inopposable pour le reste. Que de litiges en perspective pour la détermination de ce profit. Le moyen offert ne répond assurément pas au but recherché qui est un compromis entre la protection des tiers et celle des époux.

La jurisprudence a eu conscience de l'inefficacité de la formule que lui proposait le législateur de 1964 et a opté pour la seule solution logique : la nullité. Dans l'affaire *Rossy v. Saint-Mars et Dame Cahill* ⁴¹ par exemple, la Cour supérieure annula la vente de meubles meublants communs, faite par le mari en contravention de l'article 1292, al. 2 qui lui interdit, en régime communautaire, d'aliéner les meubles meublants communs affectés à l'usage du

³⁸ La nullité et l'inopposabilité ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients. Les tiers seront assurément mieux protégés s'ils savent que toute incertitude sur la validité des opérations qu'ils effectuent avec une femme mariée disparaît par la forclusion qui frappe toute réclamation du mari après un court délai. De son côté, l'inopposabilité, en n'obligeant pas le mari à faire acte positif d'hostilité, empêche que ne s'envenime un dissentiment familial qui risquerait d'être sans remède.

³⁹ Art. 1427 C.N. (formulation du 13 juillet 1965).

⁴⁰ Art. 1296 C. civ., (1964) 13 El. II, bill 16, art. 14. L'art. 1296 C. civ. se limite à préciser la portée des engagements de la femme sur les biens communs. Aucune règle n'est formulée qui déterminerait la portée de ses engagements sur ses biens propres. Dans la mesure où elle n'aurait pas les pouvoirs de les engager (art. 1297 C. civ.), il faudrait opter pour l'une des deux sanctions possibles : nullité ou inopposabilité. Compte tenu de l'évolution jurisprudentielle et des règles du « droit de demain », la nullité serait très certainement la solution adoptée.

⁴¹ *Rossy c. St-Mars et Dame Cahill*, 1966, C.S. 423.

ménage. Il reste toutefois à consacrer cette formule pour écarter une inopposabilité aboutissant à créer, à côté des actes valides et des actes nuls, les actes inefficaces.

La solution de l'avenir se trouve à l'art. 183 du bill 10 soumis à l'Assemblée nationale en première lecture. Elle réalise un compromis entre la protection des tiers et celle des époux. La protection des époux est assurée par la nullité de l'acte passé sans pouvoir; la protection des tiers par un délai relativement bref de contestation de l'acte: « Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, sur ses propres ou sur ses acquêts, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à compter de la date où il a eu connaissance de l'acte; elle ne peut toutefois être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté ou de la société d'acquêts ⁴². »

Dans l'attente de l'adoption de ce texte, il peut être affirmé que la nullité, sanction d'une absence de pouvoir, commence à s'introduire dans la jurisprudence québécoise. Des auteurs en réclament d'ailleurs l'application généralisée.

CONCLUSION.

La capacité juridique de la femme mariée est donc, *en l'état actuel des textes et de la jurisprudence*, un principe absolu que ne pourraient tenir en échec les « pouvoirs fonctionnels » attribués au mari. Certes, en régime communautaire, la portée du principe peut être limitée par des transferts de droits et de pouvoirs de la femme au mari dans un but d'unité d'administration et d'intérêt commun. Mais ces transferts n'engendrent pas des incapacités corrélatives. Seul l'effet des actes passés en contravention de ces transferts risque de se trouver suspendu, voire supprimé, par une annulation.

C'est afin d'ôter tout doute à ce sujet que le gouvernement a soumis au législateur un texte nouveau qui reprend en l'explicitant la formulation de l'article 177 C. civ.: « La capacité juridique des époux n'est pas diminuée par le mariage; seuls leurs pouvoirs

⁴² (1969) S.Q., ch. 77, art. 4 (art. 193 C. civ.), p. 2 a: « Le principe d'égalité des pouvoirs des époux quant aux actes nécessitant leur concours devait être sanctionné par un texte qui permet à celui dont le concours était requis et n'a pas été donné, d'obtenir la nullité de l'opération sans attendre la dissolution du régime. »

peuvent être limités par le régime matrimonial ⁴³. » Interprétatif, ce texte nouveau obligera une certaine doctrine et une certaine jurisprudence à corriger leur approche du statut capacitaire de la femme mariée.

Capable, la femme est devenue personnellement responsable de ses engagements: même ses biens n'échappent plus aux poursuites de ses créanciers. C'est là le prix qu'elle « avait à payer pour l'acquisition de sa pleine capacité juridique ⁴⁴ ». Les errements doctrinaux et jurisprudentiels sont nés de ce que l'art. 177 C. civ. créait une dualité statut personnel-régime des biens dont on n'a pas toujours saisi la portée. La seconde affirmation du principe capacitaire fera disparaître l'ambiguïté du premier texte. Il consacrera aussi l'existence d'une institution juridique spéciale: les pouvoirs patrimoniaux en droit familial ⁴⁵.

⁴³ (1969) S.Q., ch. 77, art. 3 (art. 177 C. civ.), p. 1 a: « Le texte de l'art. 177 C. civ., tel qu'adopté par la loi du 18 juin 1964, laisse entendre que le régime matrimonial peut restreindre la capacité de la femme mariée, ce qui n'est pas le cas. D'où la modification suggérée. »

⁴⁴ J.-L. BAUDOUIN, *art. précité*, p. 407.

⁴⁵ Nous remercions monsieur le professeur P.-A. Crépeau, président de l'Office de Révision du Code civil du Québec, qui a bien voulu autoriser la publication de cette étude réalisée dans le cadre des recherches effectuées pour le compte de l'organisme qu'il dirige.