

## Depuis la Conquête Les Canadiens devant deux droits familiaux

Evelyn Kolish

Number 39, Fall 1994

« La famille dans tous ses états »

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/8653ac>

[See table of contents](#)

---

### Publisher(s)

Les Éditions Cap-aux-Diamants inc.

### ISSN

0829-7983 (print)

1923-0923 (digital)

[Explore this journal](#)

---

### Cite this article

Kolish, E. (1994). Depuis la Conquête : les Canadiens devant deux droits familiaux. *Cap-aux-Diamants*, (39), 14–17.

# Depuis la Conquête

## Les Canadiens devant deux droits familiaux



Jonathan Sewell, procureur général en 1801 puis juge en chef de 1809 à 1838. Dans sa défense du projet de loi sur les testaments de 1801, Sewell critiqua le droit successoral canadien: «La division des successions est trop égalitaire; je le souligne, car je considère l'inégalité de la propriété comme la cause primordiale et le meilleur soutien d'une aristocratie efficace...» (Coll. initiale. Archives nationales du Québec à Québec).

**L'article met en scène deux couples et illustre les différences entre le droit civil canadien et la «common law» en ce qui a trait à la transmission du patrimoine familial et à la situation juridique de la femme mariée. Quel rôle choisirez-vous?**

par Evelyn Kolish

**L**A CESSION DE LA NOUVELLE-FRANCE AU ROI d'Angleterre en 1763 a transféré quelque 60 000 âmes canadiennes dans un empire où s'appliquait un système de droit assez différent de celui qu'elles avaient connu sous le régime

français. Le premier réflexe du conquérant était, assez naturellement, de doter sa nouvelle colonie du même droit qui existait ailleurs dans l'empire britannique, car on s'attendait à l'arrivée d'une vague d'immigration américaine qui viendrait noyer la population canadienne à court ou à moyen terme. Mais les Américains n'arrivaient pas comme prévu et, en 1774, le gouvernement britannique décida de restaurer à la population restée massivement canadienne son ancien droit civil, sauf pour quelques modifications mineures. On calmait ainsi les esprits, dans le contexte de grondements révolutionnaires croissants dans les colonies américaines, tout en se disant que le droit canadien pourrait s'être modifié dans un avenir prochain pour se rapprocher du modèle anglais.

La population britannique du Québec, d'abord assez petite, mais de plus en plus importante au début du dix-neuvième siècle, a donc dû s'accommoder du droit civil canadien. Tout en rechignant contre des traditions juridiques auxquelles ils étaient étrangers, les Britanniques cherchaient souvent, sans grand succès, à apporter des réformes qui injecteraient des notions de droit anglais dans le droit du pays.

### Le droit familial

Un des domaines dans lequel on aurait pu s'attendre à voir des demandes de changement de la part des Britanniques est justement celui du droit familial, car ce droit touche les individus au cœur de la cellule sociale fondamentale qu'est la famille. Pourtant, le droit familial ne donne pas lieu à de nombreuses demandes de réforme, et celles-ci ont trait seulement à des aspects que l'on considère nuisibles au commerce.

Pourquoi cette retenue? Est-ce que les deux droits se ressemblaient assez pour qu'on passe outre les détails? Est-ce qu'on n'osait justement pas y toucher parce qu'on croyait les Canadiens trop attachés à cette partie de leur droit? Regardons un peu comment chaque système traitait les familles, en examinant quelques aspects des deux droits familiaux: la transmission du patrimoine familial et la situation juridique de la femme mariée.



## Deux exemples

Pour ce faire, imaginons deux couples en 1820, un canadien et un britannique, pour voir comment ce droit a encadré leur ménage: Jean-Paul et Marie-Rose Dubuc, Canadiens de souche, habitants de Verchères, et William et Emily Lang, Britanniques mariés en Angleterre, immigrants établis à Montréal depuis peu.

Jean-Paul était le fils cadet de sa famille. Ses parents avaient aidé leurs fils aînés à s'établir sur des nouvelles terres et plusieurs de leurs filles à se marier, puis ils lui avaient cédé la ferme ancestrale par donation entre vifs quand l'âge et l'infirmité commencèrent à rendre le travail quotidien trop dur. Ce don n'était pas gratuit, mais spécifiait en détail les biens et services que Jean-Paul et sa femme devaient fournir au vieux couple sa vie durant.

Si jamais les parents étaient morts avant d'avoir fait un tel don et sans rédiger de testament, l'héritage aurait été divisé en parts égales parmi tous les enfants (frères et sœurs) — tout comme cela aurait été le cas pour leurs grands-parents pendant le régime français. Dans la plupart des cas semblables, les héritiers se seraient entendus pour vendre leurs portions à un seul d'entre eux, qui serait devenu propriétaire de la ferme, mais endetté envers les autres.

Dans l'impossibilité d'une telle entente, la terre aurait été, soit morcelée parmi les héritiers, soit vendue pour qu'ils partagent le montant de la vente.

On pouvait aussi recevoir une terre par testament. Depuis l'Acte de Québec en 1774, les Canadiens avaient le même droit que les Anglais de disposer de tous leurs biens comme bon leur semblait, par testament. Cette liberté de tester était d'ailleurs la modification la plus importante que l'Acte de Québec ait apportée au droit canadien. L'ancien droit restreignait le pouvoir d'un individu de disposer de ses biens, notamment en fixant une limite à la proportion des immeubles (terres et édifices) qu'on pouvait léguer autrement que selon le partage égal prévu dans le droit successoral. L'ancien droit interdisait aussi de léguer autre chose que des aliments à une concubine ou à des enfants illégitimes. Ces restrictions n'existaient plus depuis 1774, mais les Canadiens ne semblent pas avoir utilisé les testaments pour renverser les habitudes successorales.

William Lang, par contre, était un fils cadet dans une famille de la «gentry» (propriétaires terriens vivant des rentes de leurs terres) qui n'avait aucun espoir d'hériter d'une terre. Selon le droit anglais, dans l'absence d'un testament, toutes les terres

venant du lignage paternel vont au fils aîné, à l'exclusion des autres enfants (cette pratique s'appelle la *primogéniture*). Un père prospère peut bien acheter d'autres terres pour établir ses autres fils ou pour fournir une dot à ses filles. Cependant, dans un vieux pays densément peuplé, les terres sont fort dispendieuses, et



Pierre-Louis Panet. Dans sa défense du projet de loi sur les testaments de 1801, Panet affirma que «les femmes mariées de notre pays n'ont pas la même relation à la propriété que les femmes mariées en Angleterre, étant ici les partenaires de leurs époux dans la propriété acquise pendant la communauté». Pastel sur papier par François Malépart de Beaucourt. (Musée du Québec; photo J.-H. Kérucac).



John Molson, père (1764-1836). Le fondateur de la dynastie Molson a légué sa célèbre brasserie à son petit-fils, J.H.R. Molson, par substitution fidéicommissaire. Pourquoi? Son fils Thomas (père de J.H.R.) s'est marié sans contrat de mariage et Molson senior ne voulait pas risquer le démembrement du joyau des entreprises familiales à cause de la communauté des biens. (Archives de «Cap-aux-Diamants»).

Henry, le père de William, était endetté plutôt que riche. Il n'aurait même pas pu privilégier un fils plus jeune par testament s'il l'avait voulu, car le grand-père Lang avait créé une sorte de substitution en fidéicommissaire, s'appelant un *entail*. L'*entail* avait comme effet de laisser les



immeubles aux héritiers mâles en ligne directe parmi les arrière-petits-enfants, les générations intermédiaires détenant uniquement le droit de jouir de la propriété leur vie durant, sans pouvoir ni la vendre, ni la donner, ni l'hypothéquer. La *primogéniture* et les *entails* étaient deux des moyens par lesquels le droit anglais favorisait le maintien intégral des grands patrimoines immobiliers. C'est ainsi que William Lang était prêt à risquer l'aventure d'une vie en Amérique du Nord.



La Commission pour la codification des lois civiles du Bas-Canada, vers 1859-1865. De gauche à droite: J. Baudry (secrétaire); Hon. C.D. Day (commissaire); Hon. R.E. Caron (commissaire); Hon. A.N. Morin (commissaire); T. McCord (commissaire). Photographie Livernois. (Coll. initiale. Archives nationales du Québec à Québec).

### La communauté des biens

Lorsque Jean-Paul et Marie-Rose se sont mariés, ils n'ont pas cru nécessaire de passer chez le notaire pour signer un contrat de mariage. Ils tombaient ainsi sous le régime matrimonial «légal», celui qui s'appliquait automatiquement: la communauté des biens. Dans ce régime, chaque époux restait quand même propriétaire des immeubles qu'il ou elle possédait au moment du mariage ou recevait ensuite par donation ou par succession. Cependant, tous les biens meubles et tout ce que le couple accumulait pendant la vie commune devait être partagé également lors de la dissolution du mariage, soit par la mort, soit par la séparation judiciaire. De plus, les deux époux étaient responsables pour toutes les dettes encourues par l'un ou l'autre durant leur vie commune (ce qui pouvait avoir comme résultat la perte de toute la propriété propre à chacun, si les dettes étaient considérables).

La communauté était gérée par l'homme, incluant les «propres» de la femme. Dans la plupart des ménages, comme celui des Dubuc, cet aspect de la communauté n'avait guère d'importance, car Marie-Rose, comme la vaste majorité des femmes, n'avait pas d'immeubles. Pour

une femme se mariant sans le sou, la communauté des biens était assez favorable, d'un point de vue économique, si le couple prospérait et pouvait acquérir des terres ou d'autres immeubles, car l'épouse était propriétaire de la moitié de ces avoirs. Jean-Paul pouvait gérer la propriété commune comme bon lui semblait durant la vie du ménage, mais ne pouvait pas disposer par testament de plus que «sa» moitié. Marie-Rose pouvait, elle aussi, disposer de sa moitié par testament, sans égard aux volontés de son mari.

Plus encore, le droit canadien donnait une hypothèque automatique à Marie-Rose, sur la moitié de tout immeuble appartenant à Jean-Paul et ne faisant pas partie de la communauté (comme des terres acquises par héritage ou par donation), en vertu du douaire coutumier. La femme ne jouissait que de l'utilisation de cette moitié des immeubles du mari pour le restant de sa vie, la propriété allant aux enfants. Le douaire était surtout utile si le mari mourait sévèrement endetté: dans ce cas, même si l'épouse perdait sa moitié de la communauté pour payer les dettes, elle pouvait réclamer son douaire.

Ainsi, le droit canadien protégeait relativement bien les femmes mariées, d'un point de vue économique. Cependant, il les plaçait dans une position juridique subordonnée. En se mariant, Marie-Rose perdait la capacité juridique de se représenter ou de s'engager elle-même. C'était Jean-Paul qui devait agir pour elle. Dans l'éventualité où elle voudrait un jour se séparer de lui, elle devrait commencer par demander à un juge le droit d'agir elle-même devant les tribunaux. Elle ne pouvait pas signer des contrats sans son mari, ni remplir aucune charge publique, par exemple devenir tutrice. Seulement après le décès de son mari, comme veuve, pourrait-elle devenir tutrice, et cela, uniquement pour ses propres enfants.

Même si Marie-Rose avait exigé un contrat de mariage en séparation de biens, elle n'aurait pas acquis la pleine personnalité juridique. Elle aurait eu seulement le droit de gérer elle-même ses «propres», mais sans pour autant pouvoir ni les vendre, ni même les hypothéquer, sans le consentement de Jean-Paul. Puis, pour jouir de ce droit limité de gestion — illusoire dans le cas de Marie-Rose qui n'avait que des meubles meublants et son trousseau —, elle aurait perdu les avantages du partage des biens acquis pendant le mariage, ainsi que son douaire.

### La «common law»

Mais qu'en était-il de William et Emily Lang? Mariés en Angleterre avant d'immigrer, ils n'avaient aucun choix de régime matrimonial. La



«common law» anglaise ne permettait pas aux couples de signer des contrats de mariage. Seul le régime légal était permis. Dans ce régime, la femme mariée était encore plus subordonnée que dans le droit canadien. Dans la «common law», la femme disparaissait, juridiquement parlant, lors de son mariage. Le couple ne faisait qu'une personne, et cette personne était le mari. William est ainsi devenu propriétaire de tous les biens meubles d'Emily en la mariant et avait seul le droit de gérer tout.

Si Emily avait eu un immeuble, cependant, William n'aurait pas pu le vendre ni l'hypothéquer sans son consentement, non pas tellement pour protéger Emily, mais plutôt pour assurer le passage des immeubles, venus de ses ancêtres, à ses héritiers en ligne directe. Par contre, Emily n'avait pas le même droit de tester que Marie-Rose, qui pouvait disposer de ses «propres» et de sa moitié de la communauté par testament si elle voulait. En droit anglais, une femme mariée ne possédait rien et ne pouvait donc pas tester, sans le consentement de son mari.

La différence principale entre les deux régimes était l'absence d'une communauté de biens en droit anglais. La femme mariée anglaise n'avait aucun droit aux biens accumulés pendant le mariage, même pas s'ils provenaient en tout ou en partie des fruits des biens qu'elle avait apportés au mariage.

Par contre, le douaire existait en droit anglais aussi, donnant à la femme l'usufruit d'un tiers des immeubles de son mari. Cependant, le douaire était généralement tombé en désuétude en Angleterre avant le dix-neuvième siècle. Les maris venant d'une famille riche choisissaient plutôt de grever la succession de l'obligation de fournir à la veuve un certain revenu annuel, dans un acte s'appelant une jointure.

Le seul moyen disponible pour des pères anglais voulant diminuer la dépendance économique de leurs filles face aux gendres, c'était la création d'une propriété séparée dans un *trust*, un instrument juridique du système de droit supplémentaire au «common law», s'appelant l'*Equity*. Les biens étaient mis entre les mains d'une tierce personne, le fiduciaire, avec des instructions de fournir les fruits à la femme en question. Notons que les *trusts* ne donnaient que rarement un droit de gestion au peu de femmes qui en bénéficiaient, mais plutôt une source de revenu annuelle indépendante de celle de leur époux. Cette situation ne change pas en Angleterre avant 1870, avec l'adoption d'une loi, *The Married Women's Property Act*, rendant le régime matrimonial anglais l'équivalent de la séparation de biens.

## Deux points de vue

Certains Britanniques n'aimaient pas les différences entre leur droit familial et celui des Canadiens. Quelques membres de l'élite, comme le juge en chef Jonathan Sewell, croyait la *primogéniture* mieux adaptée au maintien d'une aristocratie que le droit successoral canadien. Ils



L'Acte de Québec (1774) reconnaît les lois civiles françaises. Cette nouvelle constitution n'est pas très populaire auprès de plusieurs Britanniques comme en témoignent ces caricatures d'époque. (Archives nationales du Canada).

n'aimaient pas non plus l'idée que, sous la communauté des biens, l'épouse pouvait prendre — injustement, à leurs yeux — la moitié des biens acquis, selon eux, uniquement par les efforts du mari. Mais la possibilité d'échapper à ces aspects du droit canadien en rédigeant des contrats de mariage et des testaments leur permettait de s'organiser à leur gré.

Quant aux Canadiens, on peut comprendre, au terme de ces comparaisons, pourquoi ils restaient foncièrement attachés à leur ancien droit dans ce domaine. Le Code civil du Bas-Canada, adopté en 1866, ne faisait que prolonger, presque entièrement, l'ancien droit familial. Seul le douaire coutumier disparaît avant 1866. Rien d'autre ne changera, d'ailleurs, avant le vingtième siècle. ♦

**Evelyn Kolish** est responsable des archives judiciaires aux Archives nationales du Québec à Montréal.