

## Criminologie

# La condition juridique des femmes ou l'historique d'une « affaire de famille »

Jocelyne Légaré

---

Les femmes et la justice pénale  
Volume 16, numéro 2, 1983

URI : [id.erudit.org/iderudit/017178ar](http://id.erudit.org/iderudit/017178ar)  
DOI : [10.7202/017178ar](https://doi.org/10.7202/017178ar)

[Aller au sommaire du numéro](#)

---

Éditeur(s)

Les Presses de l'Université de Montréal

ISSN 0316-0041 (imprimé)  
1492-1367 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

---

Citer cet article

Légaré, J. (1983). La condition juridique des femmes ou l'historique d'une « affaire de famille ». *Criminologie*, 16(2), 7–26. doi:10.7202/017178ar

---

Tous droits réservés © Les Presses de l'Université de Montréal, 1983

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne. [<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>]

---



Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. [www.erudit.org](http://www.erudit.org)

---

LA CONDITION JURIDIQUE DES FEMMES OU  
L'HISTORIQUE D'UNE  
«AFFAIRE DE FAMILLE»  
Jocelyne Légaré, avocate

---

Ce n'est pas la mère qui enfante celui qu'on nomme son enfant : elle n'est que la nourrice du germe en elle semé. Celui qui enfante, c'est l'homme qui la féconde; elle, comme une étrangère, sauvegarde la jeune pousse, quand du moins des dieux n'y portent point atteinte. Et de cela je te donnerai pour preuve qu'on peut être père sans l'aide d'une mère. En voici près de nous un garant, fille de Zeus Olympien et qui n'a point été nourrie dans la nuit du sein maternel : quelle déesse pourtant saurait produire un pareil rejeton? Pour moi, Pallas, ma sagesse saura par ailleurs faire grands ton peuple et ta ville; mais j'ai dès cette heure conduit ce suppliant au foyer de ton temple, pour qu'éternellement il te soit fidèle, que tu aies des alliés, déesse, en lui et en ses fils, et qu'à jamais même fidélité te soit gardée encore par les fils de ses fils.

Extrait de «*l'Orestie*»  
Eschyle

## INTRODUCTION

Parler de la condition juridique des femmes, c'est se placer d'emblée dans une perspective historique essentielle à sa compréhension. En effet, les revendications d'égalité qui sont à la base des mouvements féministes ont surgi dans un contexte juridique tel que les femmes ne jouissaient pas des mêmes droits que les hommes. Il est donc essentiel pour appréhender le sens des changements survenus et pour en mesurer l'importance de passer en revue les étapes marquantes de cette évolution.

L'aspect juridique de cette évolution sera l'objet premier de notre propos. Cependant nous avons cru qu'il serait intéressant de rappeler aux lecteurs l'aspect idéologique du débat et pour ce faire, nous avons choisi de mettre en exergue de notre texte un extrait de *l'Orestie*. L'histoire d'Oreste est à plus d'un titre exemplaire. Elle se fait en quelque sorte le reflet d'une structure patriarcale qui fonctionne à partir de l'exclusion et de l'assujettissement des femmes. Mais la réalité, on le verra, dépasse le mythe : les institutions juridiques, au début de la république romaine, consacrent l'inégalité de droits. L'inégalité ici étant un euphémisme, on devrait plutôt parler

d'absence de droits. À la rigidité de ces institutions succédera une époque pendant laquelle, à Rome, les femmes jouiront momentanément du droit de divorce. Puis sous l'influence du christianisme, on assistera à une modification de la structure familiale, à l'intérieur de laquelle le mari héritera — quoique de façon très atténuée — de certaines prérogatives du *pater familias*.

Enfin, certains principes de droit romain intégrés au droit français ont eu des répercussions jusque dans notre système juridique. L'ancienne autorité du *pater familias* transformée en autorité maritale s'accompagnait pour les femmes québécoises qui prenaient époux d'une perte de leur capacité juridique. Nous referons donc un bref historique des lois tant canadiennes que québécoises qui concernent les femmes. Enfin, nous examinerons certaines décisions judiciaires relativement à des litiges ayant des femmes pour protagonistes, après avoir rappelé certaines conclusions d'une étude menée par le Conseil national du Bien-Être social sur la condition économique des femmes.

## I. L'ORESTIE OU LE SERMENT D'ALLÉGEANCE AU PÈRE

L'extrait mis en exergue provient de la dernière tragédie de *l'Orestie* : Les Euménides. Apollon s'adresse à Athena, peu avant que ne se tienne le «procès» d'Oreste. Mais pourquoi donc accuse-t-on Oreste? On se souviendra que son père, Agamemnon, avait sacrifié Iphigénie aux dieux pour que les vents lui soient favorables et portent sa flotte jusqu'à Troie. Il reviendra victorieux de cette guerre contre Troie. De retour en sa ville, Clytemnestre, son épouse, venge Iphigénie en tuant son époux Agamemnon. Les deux autres enfants de Clytemnestre et d'Agamemnon, Oreste et Electre, outrés par ce crime, décident de venger leur père. Après avoir vaincu ses derniers scrupules, Oreste décide de tuer sa mère Clytemnestre. Clytemnestre étant morte par la main de son fils, les Érinyes sombres puissances des enfers apparaissent et pourchassent Oreste. Oreste se réfugie dans le temple d'Apollon où il demande à être purifié. S'engage alors une lutte entre Apollon et les Érinyes, ces dernières estimant qu'Oreste doit payer son crime, alors qu'Apollon, lui, estime qu'Oreste a vengé avec raison son père. On demande à Athéna d'intervenir pour arbitrer ce conflit entre les Érinyes et Apollon. Elle remettra le soin de décider à un tribunal humain dont les membres prêteront serment et jugeront selon l'équité.

Aux lois anciennes incarnées par les Érinyes qui condamnaient le meurtre «de sang» (ainsi le meurtre d'une mère par son enfant)

comme le plus grave de tous les crimes s'oppose Apollon qui justifie ce meurtre en disant qu'il a été voulu par Zeus. Comme le dit Paul Mazon dans la notice précédant les Euménides, dernière des trois tragédies formant *l'Orestie* : « Il ne s'agit donc point ici de présenter des arguments de droit, mais bien plutôt de proclamer un droit nouveau en face du droit ancien; et Apollon s'en tiendrait là, si les sarcasmes du Chœur ne provoquaient son irritation et ne l'amenaient à révéler sur quel sentiment se fonde ce droit nouveau. Ce sentiment, c'est une révolte contre l'affirmation qu'il n'existe pas de lien plus fort que celui du sang : celui du mariage n'est-il donc pas tout au moins aussi fort? C'est là l'idée essentielle du drame.»

Une fois les débats clos, on passe au vote, le nombre de voix est égal mais ce qui fait pencher la balance en faveur de l'acquittement d'Oreste, c'est le vote d'Athéna. Ainsi parle Athéna : «C'est à moi qu'il appartient de prononcer la dernière. Je joindrai mon suffrage à ceux qui vont à Oreste. Je n'ai point eu de mère pour me mettre au monde. Mon cœur toujours — jusqu'à l'hymen du moins — est tout acquis à l'homme : sans réserve je suis pour le père. Dès lors je n'aurai pas d'égard particulier pour la mort d'une femme qui avait tué l'époux gardien de son foyer.»

À cette histoire très ancienne ont fait longtemps écho des réalités juridiques qui, quant aux femmes, n'était pas loin de la vision qui se dégage de *l'Orestie*. Les enseignements qu'on peut tirer de cette trilogie sont de trois ordres : on y reconnaît d'abord l'importance du lien matrimonial, la reconnaissance de la filiation patrilinéaire, et on y assiste à l'élaboration d'une idée selon laquelle la justice ne relève plus que des dieux mais qu'elle peut être rendue par des hommes. *L'Orestie* implique d'une certaine façon le dépassement de l'idée d'une justice immanente et l'appropriation par les hommes du pouvoir de juger leurs semblables. Si cette œuvre d'Eschyle a pu contribuer à libérer ses contemporains de l'idée d'une justice trop étroitement liée au destin, elle affirmait par ailleurs une hiérarchie au sommet de laquelle se situait le père et le mari.

## II. LA PUISSANCE PATERNELLE OU LE PLAISIR RÉSERVÉ DU POUVOIR À L'ÉTAT PUR

Dans un remarquable article paru en 1974, dans les cahiers de droit<sup>1</sup>, E. Deleury, M. Rivet et J.M. Neault ont refait l'historique du

1. De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de retrouver sa vraie finalité. *Les Cahiers de droit*, vol. 15, n° 4, 1974.

concept de puissance paternelle, en remontant jusqu'à la Loi des XII tables qui fut promulguée vers l'an 206 a.v. Jésus-Christ et ils ont étudié cette institution en droit positif québécois. Après avoir spécifié que le mariage n'était pas l'unique fondement de la famille en droit romain et que l'adoption pouvait être également à l'origine de la famille romaine, les auteurs de cet article décrivent brièvement les divers modes de mariages qu'on retrouvait à Rome lors de la fondation de la république. Ainsi apprend-on que le mariage, contrat consensuel, s'appelait, selon le rite entourant la célébration soit : confarréation, cœmption ou usus.

Les auteurs de l'article précité<sup>2</sup> décrivent ainsi les divers types de mariage :

«La confarréation, faite de plusieurs cérémonies solennelles, en présence de dix témoins, était suivie dans les familles patriciennes et était destinée à donner au culte domestique une postérité sacerdotale. La cœmption représentait l'achat de la femme romaine par le citoyen qui voulait l'acquérir pour épouse. Ce contrat employait la forme solennelle de la mancipation, un mode d'acquisition de la propriété en droit romain.

Ce rite, selon A. Boucher-Leclerq, laisserait à penser que les consentements des futurs époux n'étaient pas toujours, à l'encontre de celui des chefs de famille, un élément essentiel de ce type d'union. En vertu de la confarréation et de la cœmption, la femme tombait sous la puissance absolue de son mari (*in manum convenit*) et rompait tous liens domestiques et religieux avec sa famille d'origine. Quant au troisième type de célébration du mariage appelé usus (*sine manu*) il laissait à l'épouse une plus grande autonomie vis-à-vis de son mari, en lui permettant suivant certaines conditions, d'éviter de passer sous sa puissance. Ce type d'union peut d'une certaine façon être comparé à l'union libre, quoique les enfants qui en étaient issus étaient considérés comme légitimes. Toutes les personnes qui composaient la famille romaine étaient assujetties par un lien de soumission au titulaire de la *patria potestas* (puissance paternelle).»

Dans la première section de cet article portant sur la constitution de la famille romaine, selon la Loi des XII tables, on trouve une description de la condition juridique de ses membres et, à propos de la femme mariée on lit<sup>3</sup>: «Le mari ou le beau-père, selon le cas, avait

2. *Ibid.*, pp. 784-785.

3. *Ibid.*, p. 787.

sur la femme mariée *cum manu* un pouvoir absolu qui allait, aux premiers temps de la République, jusqu'au droit de vie ou de mort sur sa personne. La Loi des XII tables leur conférait également le droit de la vendre et de la donner en gage. En cas de décès du mari, la femme mariée *cum manu* passait sous la tutelle de l'agnat le plus proche. Elle n'avait elle-même aucun droit à l'exercice de la tutelle de ses enfants mineurs et impubères. Elle pouvait encore moins devenir titulaire de la puissance paternelle, la *patria potestas* étant un attribut exclusivement masculin.»

Bien sûr, la situation de tous ceux qui étaient assujettis au *pater familias* n'était guère plus enviable, et le sort des femmes romaines ne peut être compris qu'à la lumière d'un contexte social dont les femmes n'étaient pas les seules victimes. Cependant, et nous citons un autre extrait de l'article ci-haut mentionné<sup>4</sup>:

«L'émancipation, nous l'avons dit, permettait à l'enfant mâle de mettre fin quant à lui, à la domination de son père ou de l'aïeul. Les personnes de sexe féminin, enfants ou adultes, ne pouvaient être émancipées, car en vertu de la Loi des XII tables, leur statut les confinait à demeurer soit sous la puissance de leur père, de leur mari ou de leur beau-père, soit sous la tutelle d'un agnat.»

Mais la *patria potestas* et tout ce que cette institution comporte d'excessif fut battue en brèche et, avec le temps, on limita les pouvoirs du *pater familias* en lui enlevant d'abord son droit de vie et de mort sur ceux qui lui étaient assujettis, puis en limitant son droit de correction sur les enfants. Enfin, on chercha à faire disparaître le droit de vendre, de donner, de laisser en gage les enfants.

Par ailleurs, la pratique du mariage *per usum* se répandit, entraînant à sa suite, la facilité du divorce. L'influence du christianisme milita en faveur de la restauration du mariage et pour soutenir cette institution, on se mit à distinguer entre enfants légitimes et enfants naturels. L'empereur Constantin interdit aux parents de faire des libéralités en faveur de leurs enfants naturels par donations entre vifs ou par testament. Puis subséquemment, on permit aux parents naturels de donner selon certaines conditions une partie de leurs biens à leurs enfants naturels. Ce type de mesure favorisant le mariage par le biais de distinctions entre enfants légitimes et enfants naturels existait encore en droit québécois, il n'y a pas si longtemps. Notre propos n'est cependant pas de refaire l'historique du concept

4. *Ibid.*, p. 795.

de puissance paternelle, rappelons simplement que la conception de la famille depuis l'époque romaine a évolué de façon telle que le centre du pouvoir s'est déplacé de l'aïeul vers le père de famille.

En droit québécois on a hérité de ce concept de puissance paternelle qui émane du mariage. L'article 243 du Code civil du Bas-Canada édictait : «Il (l'enfant) reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation, mais c'est le père seul qui exerce cette autorité durant le mariage.» Les auteurs ont trouvé de nombreuses justifications à ce parti pris du législateur en faveur du père : on a dit que la mère manquerait à ses devoirs d'obéissance et de respect vis-à-vis de son mari si elle intervenait dans le gouvernement de la famille. On a dit aussi que cette centralisation du pouvoir assurait et facilitait l'unité de direction de la famille. C'est en vertu de ces principes qu'on a enlevé à la femme mariée toute capacité juridique.

### III. BREF RAPPEL HISTORIQUE DU DROIT DES FEMMES AU CANADA

Pour procéder au rappel historique qui va suivre, nous avons utilisé un article paru dans the *McGill Law Journal*<sup>5</sup> auquel nous référons tout lecteur désireux d'avoir une vue plus complète de la question.

Les femmes ont joui un certain temps du droit de vote au Canada, mais en 1849 on leur a spécifiquement retiré ce droit.

En 1866, lors de la codification du droit applicable au Bas-Canada, on faisait de la femme mariée une incapable au même titre que les mineurs, les interdits et les imbéciles. Le mari avait seul le pouvoir d'administrer les biens communs. Lorsque les époux étaient mariés en séparation de biens, la femme n'avait pas le pouvoir de disposer des biens qui lui appartenaient personnellement. La mère n'avait le droit de corriger les enfants qu'à défaut du père. Elle ne pouvait agir seule à titre de tuteur de ses enfants mineurs.

En 1872, l'Ontario adoptait The Married Women's Property Act, 1872, 35 Vict., c. 16, qui permettait à une femme mariée de détenir et de disposer de ses biens personnels comme si elle n'était pas mariée et de même on lui reconnaissait le droit de passer des contrats.

En 1885, le Canada adoptait The Electoral Franchise Act, 48-49 Vict., c. 40, loi qui définissait les personnes ayant le droit de

5. Chronology of Some Legal Landmarks in the History of Canadian Women, Aitschul, S and Carron, C., in the *McGill Law Journal* 21, 1975, 476.

vote aux élections fédérales comme devant être des personnes du sexe masculin et cette définition incluait les Indiens mais excluait toute personne d'origine mongolienne ou chinoise.

En 1892, le Québec permit aux célibataires et aux veuves de voter relativement aux questions scolaires et municipales.

De 1916 à 1918, diverses provinces (l'Alberta, le Manitoba, la Saskatchewan, la Colombie Britannique et l'Ontario) adoptaient des lois qui permettaient aux femmes de voter aux élections provinciales.

En 1918, le Canada accordait également ce droit de vote aux femmes. Il est intéressant de noter que cet élargissement des droits des femmes correspond à la Première Guerre mondiale.

En 1930, une décision du conseil privé renversait la décision rendue par la Cour suprême du Canada qui avait décidé que les femmes n'étaient pas des personnes qualifiées pour devenir membres du Sénat<sup>6</sup>.

De 1931, le Québec amendait le Code civil en créant la catégorie des biens réservés et donnait aux femmes mariées en communauté de biens un certain contrôle sur les gains provenant de leur travail, de même que sur les sommes reçues à titre d'indemnité pour des blessures par elles subies. Les femmes mariées en séparation de biens obtenaient la liberté de disposer de leurs biens meubles et les femmes séparées de corps retrouvaient leur pleine capacité légale.

Fait incroyable, en 1935, un projet de loi était présenté à l'assemblée législative et ce projet de loi entendait interdire aux femmes de travailler ailleurs que sur une ferme, dans les bois ou dans leur maison, mais ce projet de loi fut défait.

En 1940, les femmes québécoises obtenaient le droit de vote.

En 1941, les femmes mariées obtenaient le droit de voter aux élections municipales et une loi était adoptée qui leur permettait d'être membres du barreau.

Le droit de devenir notaire ne sera acquis aux femmes qu'en 1956. En 1946, *The Canadian Citizenship Act*, 10 Geo. VI, c.15, permettait aux femmes qui mariaient un étranger de retenir la nationalité canadienne, alors qu'avant cette date, de ce fait même, elles perdaient leur citoyenneté. Au Québec, ce n'est qu'en 1954 qu'était aboli le double-standard en vertu duquel les femmes ne pouvaient

6. In the matter of a reference as to the meaning of the word «Persons», in section 24 of the British North America Act, 1897 (1928) S.C.R., p. 276.



demander la séparation que dans la mesure où leurs maris avaient commis l'adultère et gardé leur maîtresse dans le foyer matrimonial.

Quant aux hommes, ils pouvaient demander la séparation dès que leurs femmes s'étaient rendues coupables d'adultère, peu importait le lieu. La commission Dorion n'avait pas jugé nécessaire de demander l'abolition de ce double-standard en prétendant que les femmes pardonnaient plus facilement et que le ridicule de la situation était plus pénible pour les hommes.

En 1956, le Canada adoptait une loi qui prônait un salaire égal pour un travail égal.

En 1960, entrait en vigueur la Déclaration canadienne des droits de l'homme. On sait que la Cour suprême a adopté une interprétation pour le moins étrange du sens de cette Déclaration, quand on pense à la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Lavell*<sup>7</sup>.

Enfin, en 1964, les femmes québécoises retrouvaient leur pleine capacité juridique, sujet cependant aux restrictions qui pouvaient découler de leur régime matrimonial.

En 1968, la Cour supérieure du Québec acquérait la juridiction en matière de divorce.

En 1969, le Code criminel était amendé de façon à reconnaître à certaines conditions cependant l'avortement dit thérapeutique.

En 1969, le Code civil était amendé pour faire de la société d'acquêts le régime matrimonial «légal».

En 1971, le Québec amendait la loi sur les jurés en retirant la disposition suivant laquelle un juré devait être de sexe masculin.

En 1975, est adoptée au Québec la Charte des droits et liberté de la personne. En 1980, la loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille était sanctionnée. Le Code de procédure civile a fait aussi l'objet de certains amendements. Enfin, le Code criminel a été amendé notamment pour abroger les dispositions relatives au viol qui ont été remplacées par l'infraction d'agression sexuelle. Cette infraction a été insérée dans le chapitre portant sur les infractions contre la personne.

En avril 1982, lors du rapatriement de la Constitution, le Canada se dotait d'une déclaration des droits de l'Homme ayant force constitutionnelle. Ainsi se sont succédées ces lois comme

7. Le procureur général du Canada et Jeannette Lavell et Yvonne Bédard (1974) R.C.S. 1349.

autant d'étapes menant à la reconnaissance de la femme comme personne puis comme être autonome jouissant de la pleine capacité juridique. Mais avant d'analyser les conséquences des changements apportés à la condition juridique des femmes, nous nous arrêterons d'abord sur la notion d'incapacité juridique dont il a été question à de nombreuses reprises pour en expliciter le contenu.

#### IV. L'AUTORITÉ MARITALE ET L'INCAPACITÉ JURIDIQUE DES FEMMES MARIÉES

On le sait, la femme mariée fut jusqu'en 1964 une incapable au sens juridique du terme. Le Code civil la classait donc avec les autres incapables et notamment avec les mineurs, les interdits, les aliénés et les faibles d'esprit. Louis Marceau dans un article intitulé «La sanction du défaut d'autorisation maritale»<sup>8</sup> cite le Français Demolombe<sup>9</sup>: «Cette inexpérience de la femme est, quoiqu'on en dise, le fait le plus ordinaire, le fait général; elle n'est pas telle, sans doute, qu'on ait dû, comme autrefois le droit romain, mettre toutes les femmes en tutelle et jeter ainsi dans les affaires civiles une foule d'entraves et de complications. Mais lorsque la femme est mariée, lorsqu'il y a près d'elle un tuteur naturel et tout trouvé, eh bien! Je dis qu'il était sage d'en profiter et de baser l'autorisation maritale sur le droit du mari à l'obéissance de sa femme comme sur le droit de la femme à la protection du mari.» M<sup>c</sup> Marceau commente cette citation de Demolombe, en disant qu'au Québec, la puissance maritale découle d'une conception beaucoup plus saine et je le cite<sup>10</sup>:

«L'incapacité de celle-ci n'apparaît que comme le corollaire de cette puissance du mari, ou mieux comme technique juridique destinée à assurer l'exercice par celui-ci de sa qualité de chef à l'intérieur du ménage.»

Ainsi donc, au Québec, législateurs et auteurs s'entendaient pour prétendre que l'incapacité de la femme mariée découlait d'un principe général suivant lequel l'unité de la direction de la famille la justifiait. Toujours au sujet de l'incapacité de la femme mariée, Réjeanne Laberge Colas écrivait<sup>11</sup>: «De l'état de subordination de la femme mariée découle un certain nombre de conséquences : la

8. In *la Revue du barreau de la province de Québec*, t. 23 (1963), p. 569-575.

9. Demolombe cours de Code Napoléon, t. 4 (1874), n. 117, p. 137.

10. *Ibid.*, note 8, p. 571.

11. L'incapacité de la femme mariée. Laberge-Colas, R. In *la Revue du Barreau de la province de Québec*, t. 23 (1963), p. 579-580.

femme est obligée d'habiter avec le mari, de le suivre partout où il juge à propos de résider; elle ne peut exercer la puissance paternelle qui appartient au mari pendant la durée du mariage, elle ne peut ester en jugement sans l'autorisation et l'assistance de son mari, même si elle est séparée de biens ou marchande publique. En un mot, le mari «contrôle» l'activité personnelle de sa femme, il doit être présent lorsqu'elle accomplit tous les actes de la vie civile.

Les anciens articles 176 et 177 du Code civil du Bas-Canada obligeaient la femme mariée à obtenir le consentement de son époux pour ester en justice, donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, de même que pour effectuer toutes autres opérations juridiques pour lesquelles l'exigence de l'autorisation maritale résultait soit de l'incapacité ou d'un texte du Code (le prêt, l'emprunt, le cautionnement, le bail, l'acceptation d'une succession, la transaction).

Comme on vient de le voir, cette notion d'incapacité de la femme mariée, quelles que soient les justifications idéologiques qu'on utilisait pour la défendre, était intimement liée à une structure subordonnant la femme à son mari. Cette organisation hiérarchique des rapports entre mari et femme a commencé à être démantelée au Québec alors qu'on entraînait dans ce qu'il est convenu d'appeler la Révolution tranquille.

## V. APERÇU DE LA CONDITION ÉCONOMIQUE DES FEMMES

Les deux dernières décennies ont donc profondément bouleversé la condition juridique des femmes québécoises: elles ont été «émancipées»; mais le mot a été tellement galvaudé qu'il vaut la peine d'en rappeler l'étymologie et le sens premier. Le Petit Larousse nous dit que le mot vient du verbe latin *mancipare* qui signifie vendre. On a vu que le contrat de cœmption (forme de mariage à Rome) utilisait la mancipation qui était un mode d'acquisition de la propriété. Le Petit Larousse nous dit encore : «Émancipé c'est mettre hors de tutelle, hors de la puissance paternelle.» On peut donc dire de façon figurée, qu'une femme émancipée est une femme qui est passée du rang d'objet au statut de sujet.

Si le passage est théoriquement acquis, il reste qu'au plan économique les femmes sont par rapport aux hommes nettement défavorisées. En 1979, le Conseil national du Bien-Être social publiait un rapport intitulé «Les femmes et la pauvreté». On y note qu'entre 1968 et 1970 deux commissions canadiennes ont tenu des auditions

publiques l'une portant sur le statut de la femme et l'autre sur la pauvreté.

La Commission royale d'enquête sur le statut de la femme a estimé que l'importance de la pauvreté chez les femmes était l'une de ses découvertes les plus significatives. Par ailleurs, le comité sénatorial qui s'est penché sur la pauvreté a consacré quatre pages dans son rapport de 224 pages à la discussion des problèmes féminins. Pourtant, trois adultes pauvres sur cinq au Canada sont des femmes. Une femme sur six au Canada vit dans la pauvreté. Les auteurs de ce rapport écrivent : «*Widows and other formerly married women living alone are most likely to be poor : 54 % have incomes below the poverty line. Single-parent mothers come next (44 % of them are poor), and then never-married women living on their own (34 % are poor)*<sup>12</sup>.

Les récents changements qui ont été apportés à notre système juridique n'ont manifestement pas suffi à redresser les torts économiques qui affligent les femmes. En effet, depuis 1960, si beaucoup de choses ont changé, le Conseil national du Bien-Être social conclut : «*In most cases, women are poor because poverty is a natural consequence of the role they are still expected to play in our society. The foundation of the great financial vulnerability of women is the belief that most of them will always have a father or husband on whom they can count*<sup>13</sup>.» Le fait que les femmes aient obtenu des gains sur le plan de leur condition juridique n'a pas entraîné pour elles des gains équivalents sur le plan économique. Toujours selon le Conseil national du Bien-Être social : «*One dangerous current myth is that the situation of women has greatly improved in the last few years and will continue to do so unassisted in the years to come. Objective factors show this to be untrue. In spite of the dramatic rise in the labour force participation of women in the last ten years, the proportion of female workers occupying low paying clerical, sales and service jobs has remained unchanged. Education statistics show a similar picture : even though women's education level is higher, the vast majority continue to be streamed into traditional «women's jobs»*<sup>14</sup>.» Nous partageons pleinement cette conclusion du Conseil et nous pourrions certainement l'appliquer au domaine juridique : les

12. Women and poverty. A report by the national council of welfare, october 1979, p. 7.

13. *Ibid.*, note (12), p. 51.

14. *Ibid.*, note (12), p. 51.

changements survenus dans la législation canadienne et québécoise n'ont pas produit les effets escomptés, premièrement, parce que les tribunaux ont joué plus souvent qu'autrement le rôle de «gardien des valeurs traditionnelles», deuxièmement, parce que le législateur tenant compte d'intérêts sociaux divers n'a pas la volonté ou l'audace d'aller aussi loin qu'il le pourrait en matière de droit des femmes.

## VI. ÉTUDE DE QUELQUES DÉCISIONS RENDUES EN DROIT MATRIMONIAL

Sur le plan juridique il n'existe d'ailleurs rien de tel que le «droit des femmes». Le sens de cette expression doit donc être explicite; en effet, si pendant très longtemps les femmes comme on l'a vu précédemment, n'ont pas joui des mêmes droits que les hommes, on peut affirmer maintenant que la déclaration canadienne des droits de l'homme, la charte québécoise des droits et libertés de la personne du Québec, la législation en matière de travail, les amendements au Code civil du Bas-Canada et la récente entrée en vigueur de la loi 89 ont concouru d'abord au rétablissement de l'égalité entre hommes et femmes, égalité maintenant garantie par la déclaration et la charte.

Le régime juridique qui nous régit n'est donc plus censé faire de distinction entre hommes et femmes. De ce point de vue, l'idée même de «droit des femmes» est anachronique et même, à la limite, contraire à l'idée d'égalité revendiquée.

Est-ce à dire qu'on devrait abandonner l'expression et admettre que le régime commun dont si longtemps ont été exclues les femmes leur est et leur soit appliqué sans autre forme de «procès»?

Pour répondre à cette question nous utiliserons certaines décisions rendues en droit matrimonial pour mieux faire apparaître l'état du droit en cette matière, de même que ses implications immédiates relativement à la condition juridique des femmes confrontées à un divorce.

Lorsque les tribunaux doivent se prononcer à l'occasion d'un divorce, ils examinent d'abord la preuve qui leur est soumise quant à l'acte reproché donnant ouverture à la requête en divorce et ils déterminent s'il y a lieu le montant de la pension alimentaire. Lorsque les époux sont régis par un régime de séparation de biens, les tribunaux devraient-ils tenir compte de facteurs comme l'équité alors que les époux étaient censés connaître les conséquences de leur choix, au Québec du moins, où ce choix existait.

Bien souvent au cours du mariage des biens sont acquis au seul nom du mari. Ce n'est que lors du divorce, qu'un des conjoints (et le plus souvent c'est la femme), entend plaider qu'il a existé entre eux une société de fait ou encore que l'époux détenait à titre de fiduciaire des biens dans lesquels l'épouse aurait un droit de bénéficiaire. Quel choix les tribunaux ont-ils lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur de pareilles prétentions? Ils peuvent d'abord reconnaître que l'épouse en *common law* n'avait aucun choix quant au régime matrimonial puisque jusqu'à tout récemment dans les provinces de *common law*, les époux ne pouvaient se marier qu'en séparation de biens (ce qui, depuis 1978, n'a plus tout à fait, en cas de divorce, les mêmes conséquences dans le cas de l'Ontario, entre autres provinces, dans la mesure où elle a adopté The Family Law Reform Act en vertu duquel un des conjoints peut demander le partage des *family assets*).

Ils peuvent constater par ailleurs que les époux n'ont pas par la suite acquis les biens ensemble mais qu'ils ont été achetés au seul nom du mari. Enfin, vu l'extrême dénuement dans lequel cette série d'actes juridiques risque de laisser une épouse divorcée, on comprend que ladite épouse plaide société de fait ou encore qu'elle ait recours à la notion de fiducie.

Les tribunaux pour autant devraient-ils et peuvent-ils lui donner raison? Dans deux décisions récentes, la Cour suprême du Canada s'est prononcée de façon différente bien que les arguments de droit soumis à son attention étaient très similaires.

Dans *Murdoch vs Murdoch*<sup>15</sup>, l'appelante qui avait plaidé sans succès devant le juge de première instance qu'une société de fait existait entre elle et son mari, a prétendu devant la Cour suprême que le droit des fiducies pouvait être appliqué aux faits de l'affaire et partant qu'on devait lui reconnaître un droit dans le domicile familial de même que dans les autres biens de l'intimé son mari. Madame Murdoch au soutien de ses arguments prétendait avoir contribué tant financièrement que sur le plan du travail à l'acquisition des biens mis au nom de l'intimé. La Cour suprême a rejeté ses prétentions tant parce que, selon elle, on n'avait pas démontré l'existence de l'intention commune qui doit être prouvée pour qu'il existe une fiducie résultante et également parce qu'elle a jugé que les contributions de l'appelante étaient celles de *any ranch wife*.

Madame Murdoch avait affirmé dans son témoignage qu'elle faisait la fenaison, le ratelage, le fauchage, la moisson, qu'elle con-

15. *Murdoch vs Murdoch* (1974) R.C.S., p. 367.

duisait des camions, des tracteurs, qu'elle sortait et ramenait le bétail, qu'elle l'écornait, le vaccinait, etc.

Le Juge Laskin, dissident dans cette affaire, trouvait, lui, que les contributions de l'appelante avaient été prouvées, qu'elles dépassaient le cadre des obligations incombant à un époux dans le cadre du mariage et que, par le biais de l'application de la fiducie par détermination de la loi, on aurait dû faire droit à sa demande.

En 1978, l'affaire Rathwell ramène encore une fois ce débat devant la Cour suprême. Le Juge Dickson écrit <sup>16</sup>: «Le pourvoi offre à la Cour l'occasion d'examiner à nouveau les principes juridiques applicables aux litiges portant sur des biens matrimoniaux. Le règlement de ces litiges a été entravé par des théories contradictoires et un conflit continu entre l'école «de justice et d'équité»... et l'école de l'«intention»... Plusieurs facteurs, *juridiques et autres*, sont venus modifier les théories du passé. Parmi ces facteurs on peut citer une attitude plus ouverte à l'égard du statut de la femme, une évolution des modes de vie et les progrès sociaux-économiques. On reconnaît de plus en plus la contribution économique à l'unité familiale que constitue le travail de la femme dans la direction du foyer et l'éducation des enfants en tant qu'épouse et mère.» Dans cette affaire-ci, on reconnaît la contribution de Madame Rathwell et son travail à la ferme, aidé en cela sans doute par le fait, qu'en plus de ce travail, l'acquisition des biens du ménage avait été faite à même un compte conjoint (ce qui n'était pas le cas dans Murdoch).

Quant au droit des fiducies, il a été jugé applicable dans les circonstances de l'affaire, sous les espèces de la fiducie par interprétation, que le Juge Dickson distingue des fiducies par déduction.

Les éléments requis pour prouver une fiducie par interprétation sont très similaires, pour ne pas dire identiques, à ceux qui sont requis pour prouver le concept d'enrichissement sans cause qu'on retrouve en droit québécois. Et le Juge Dickson fait droit à la demande de Madame Rathwell.

Le Juge Martland qui avait rendu la décision majoritaire dans l'affaire Murdoch est dissident avec trois de ses collègues dans l'affaire Rathwell. Il écrit <sup>17</sup>: «J'aimerais ajouter que je ne souscris pas, dans les affaires de ce genre, à l'application de la doctrine de la fiducie par interprétation afin d'empêcher l'enrichissement sans cause.»

16. Rathwell vs Rathwell (1978) 2, S.C.R., p. 442.

17. *Ibid.*, Rathwell vs Rathwell, p. 471.

Pour le Juge Martland, il semble que la position de la majorité dans Rathwell constitue une «tentative d'exercer un pouvoir discrétionnaire incommensurable dans des différends matrimoniaux». Le juge Martland utilise l'expression «dans des affaires de ce genre» pour parler d'affaires matrimoniales, comme si elles se distinguaient des autres affaires juridiques, mais il ne dit pas pourquoi et comment elles s'en distingueraient. On ne voit pas pourquoi, en droit matrimonial comme en tout autre matière, les concepts d'enrichissement sans cause et de fiducie ne pourraient pas recevoir application.

Depuis, le débat a été modifié par l'introduction de nouvelles lois. Notamment, l'Ontario en 1978, adoptait The Family Law Reform Act et introduisait le concept de «*family assets*», ces biens familiaux pouvant faire l'objet d'une décision en vertu de l'article 4 de la Loi ontarienne lors d'un divorce, de l'annulation d'un mariage ou de la séparation des époux. Par ailleurs, en vertu de l'article 8 de cette Loi, un époux peut également, à certaines conditions, réclamer certains droits à l'encontre de biens autres que les *family assets*. En décembre 1982, la Cour suprême rendait un jugement portant sur l'interprétation des articles 4 et 8 du Family Law Reform Act dans *Leatherdale vs Leatherdale*<sup>18</sup>. Forte de cette loi, l'appelante avait obtenu le partage des *family assets* mais demandait de surcroît le partage des biens «non familiaux», soit près de 40 000,00 \$ en actions détenues par son mari et 10 000,00 \$ déposés dans un régime d'épargne-retraite. Elle invoquait aussi la doctrine de la fiducie par interprétation.

La Cour suprême devait donc évaluer les contributions alléguées par l'appelante en l'occurrence, le travail ménager accompli et l'éducation d'un enfant, de même que des revenus provenant d'un emploi qui avait duré neuf ans. Les revenus d'emploi ont valu à l'appelante d'obtenir une somme de 10 000,00 \$ quant aux biens acquis par le mari et qui ne faisaient pas partie du patrimoine familial. Par ailleurs, la Cour n'a pas considéré comme un apport valable le travail effectué au foyer par l'épouse qui s'était occupé de l'enfant des parties.

Cette décision de la Cour suprême trouvait récemment écho dans une décision de la Cour supérieure du Québec<sup>19</sup> rendue par le juge Maurice Lagacé, qui était appelé à se prononcer sur la presta-

18. *Leatherdale vs Leatherdale* (1983) *Jurisprudence-Express*, p. 83-24.

19. *Jurisprudence-Express*, p. 83-134.



tion compensatoire. Comme on le sait, ce nouveau mécanisme mis en place par la loi 89, permet à un époux qui a contribué à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint de recevoir une prestation compensant cet enrichissement.

Mais le juge Lagacé a estimé conformément à la décision rendue dans *Leatherdale* que le travail ménager et l'éducation des enfants ne constituaient pas un apport ayant une relation directe avec l'enrichissement du patrimoine du conjoint. Il a cependant accordé une somme globale qui ne peut être accordée aux termes de la loi sur le divorce qu'à titre alimentaire.

Le juge Lagacé cite dans son jugement une décision de la Cour d'appel rendue par le juge Martland qui écrit<sup>20</sup>: «Dans l'état actuel du droit, le labeur de deux époux peut n'enrichir que l'un d'eux sans récompense proportionnelle pour l'autre. C'est là le risque prévisible que les époux séparés de biens assument et que seul un amendement législatif ou une convention entre époux pourrait faire disparaître.»

La loi a effectivement été amendée, la prestation compensatoire existe mais il faut prouver qu'on y a droit et on sait désormais que le travail ménager, l'éducation et les soins apportés aux enfants n'y donnent pas ouverture. Une partie de cette citation reste par ailleurs actuelle et c'est celle qui fait ressortir le «risque» d'être marié en séparation de biens. Risque que l'on court les yeux fermés et sur lequel on ouvre les yeux trop tard. Pourtant la Cour suprême semblait avoir mitigé la portée de ce risque, le juge Dickson écrivait dans *Rathwell*<sup>21</sup>: «Les biens sont acquis pendant une période d'entente conjugale mais quand celle-ci cède le pas à la discorde, des problèmes surgissent au sujet du partage des biens. Il y a rarement une entente expresse préalable ou une entente ou une intention commune implicite, sauf l'intention générale de vivre ensemble. Il n'est pas normal pour de jeunes mariés d'envisager la rupture de leur union et le partage dans cette éventualité, des avoirs acquis par leur effort commun pendant le mariage.»

Cette opinion du juge Dickson semble plus près de la réalité que celle émise par le juge Martland. Il fait préciser cependant, qu'au Québec, le régime de société d'acquêts offre une solution réelle à ces problèmes : elle y coupe court en prévoyant qu'à la dissolution du régime chaque époux a droit à la moitié des acquêts de son conjoint.

20. *Lebrun vs Rodier* (1978) C.A., p. 380.

21. *Ibid.*, p. 447-448.

The Family Law Reform Act de même que la loi 89 portant réforme du droit de la famille ont mis en place des mécanismes susceptibles d'empêcher que d'autres femmes, à l'instar de Madame Murdoch, subissent ce que le juge Dickson lui-même qualifiait d'injustice.

Par ailleurs, des différences existent entre ces deux lois et l'une des plus importantes différences tient à ce que les femmes québécoises mariées en séparation de biens n'auront aucune réclamation contre les biens de leur mari eu égard à leur travail ménager et aux soins apportés aux enfants. Le risque dont faisait état le juge Mayrand a donc survécu en partie à l'entrée en vigueur de la loi 89.

Ce qui nous semble incontestable, c'est que ce risque n'est pas partagé par les hommes qui, à de rares exceptions, n'abandonnent jamais leur travail pour se consacrer aux soins des enfants. Si tel était le cas on imagine volontiers que le législateur et/ou les tribunaux trouveraient le moyen d'empêcher que ne soit préjudicié financièrement les hommes qui feraient un tel choix.

Ainsi la fonction maternelle survalorisée au plan symbolique est encore dévalorisée au plan économique ce qui est une façon indirecte de perpétuer la dépendance des femmes.

## VII. BREF COMMENTAIRE SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES, ET L'AGRESSION SEXUELLE

Le code criminel porte encore la marque de cet «imaginaire» social qui valorisait et protégeait la femme de façon toute particulière. Le chapitre portant sur les infractions sexuelles définit presque toujours l'homme comme agresseur et la femme comme victime, ainsi en va-t-il des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans, des rapports sexuels avec une «personne» faible d'esprit — cette faible «personne» aux termes de l'article 148 étant évidemment une femme — de la contrainte exercée sur une personne de sexe féminin dans le cadre de l'inceste, de la séduction sous promesse de mariage, de la séduction de passagères à bord de navires.

L'attentat à la pudeur sur une personne du sexe masculin est passible d'une peine plus sévère que l'attentat à la pudeur sur une personne du sexe féminin. Par ailleurs, le viol était jusqu'à tout récemment passible d'une peine beaucoup plus lourde que la sodomie.

Il ressort de ce chapitre du code criminel qu'on n'imaginait pas premièrement qu'il fut possible pour un garçon de faire l'objet d'ex-

ploitation sexuelle, deuxièmement qu'il fallait protéger de façon toute particulière les jeunes filles contre les abus sexuels en privilégiant les jeunes filles chastes dont la vertu devait être «gardée» jusqu'au mariage. Par ailleurs, il était impossible, en droit, pour le mari de violer sa femme.

Les amendements récents au code criminel ont aboli l'infraction de viol et l'ont remplacée par celle d'agression sexuelle plus neutre en ce qu'elle ne reconduit pas l'ancienne adéquation homme-agresseur, femme-victime. Le mari peut maintenant être reconnu coupable d'agression sexuelle. Enfin, le chapitre portant sur les infractions sexuelles devrait bientôt être remplacé par un chapitre portant sur l'exploitation sexuelle des jeunes.

Le travail amorcé en ce sens, il y a plusieurs années, devrait bientôt connaître son aboutissement. Et, comme on l'a dit, dans le cas du viol, les modifications au code criminel sont déjà en vigueur.

Le viol était défini comme un acte ne pouvant être commis que par un homme sur la personne d'une femme et consistait pour «cet» homme dans le fait d'avoir des relations sexuelles avec «cette» femme sans son consentement, ou avec son consentement, si ce consentement avait été arraché par la force, ou par menaces ou par l'emploi de fausses représentations. Les dispositions sur le viol étant abrogées, l'infraction d'agression sexuelle a été insérée dans le chapitre portant sur les infractions contre la personne; sur la question du consentement, on spécifie désormais qu'il n'y a pas consentement du seul fait que la victime se soit soumise ou n'ait pas résisté en raison de l'emploi de la force, de menaces, de fraude ou de l'exercice de l'autorité.

Autre modification importante: on a spécifié que dans les cas où l'accusé voudra utiliser la défense de la croyance quant au consentement de la victime, le juge devra, lorsqu'il sera convaincu qu'il y a une preuve suffisante quant à cette défense, demander au jury de considérer le caractère sincère et la présence ou l'absence de motifs raisonnables fondant cette croyance, eu égard au consentement.

Le cas ici est très analogue à ce qui s'est passé en droit civil: la décision rendue dans *Murdoch* démontrait clairement que la séparation de biens pouvait lors d'un divorce laisser une épouse sans ressources alors qu'elle avait travaillé pendant des années en collaboration avec son mari; or quelques années après cette décision, on adoptait en Ontario *The Family Law Reform Act*; au Québec, on créait le mécanisme de la prestation compensatoire; de façon similaire, donc, peu après que la Cour suprême ait rendu sa décision dans

Papajohn<sup>22</sup>, à l'effet qu'en matière de viol la croyance quant au consentement n'avait qu'à être sincère et que l'accusé n'avait pas en plus à démontrer que cette croyance était fondée sur des motifs raisonnables, peu après cette décision donc, le législateur écartait cette interprétation jurisprudentielle relative à la défense de croyance quant au consentement et en précisait les conditions d'admissibilité.

Ce parallèle démontre jusqu'à un certain point que l'insatisfaction créée par certaines décisions judiciaires peut trouver écho chez le législateur qui intervient alors pour changer le droit. Mais il va de soi que ce processus n'est pas achevé et qu'il reste beaucoup à faire. Tant que, soit en raison des lois, soit en raison de l'interprétation qu'en font les tribunaux, on admettra que le travail fait au sein du foyer ne mérite pas compensation, il faudra réclamer des changements au sein de notre système de droit.

#### CONCLUSION

Dans cet article nous avons évoqué l'historique du droit des femmes en remontant à l'institution de la *patria potestas*. Nous avons vu qu'au fur et à mesure cette institution a perdu de sa force, mais qu'au sein de la famille, le mari a continué d'être investi d'un certain pouvoir et d'une autorité qu'il pouvait exercer non seulement sur ses enfants mais aussi sur sa femme.

Nous avons rappelé les principaux jalons législatifs qui ont marqué les grandes étapes de l'évolution de la condition juridique des femmes. La perspective historique dans laquelle nous nous sommes placés a en grande partie déterminé le choix que nous avons fait d'analyser des décisions judiciaires portant sur des questions matrimoniales. En effet, on a toujours défini les femmes en fonction de leurs rôles d'épouse et de mère. En même temps, on a défini le mariage comme un cadre juridique à l'intérieur duquel la femme remettait entre les mains de son mari le pouvoir de prendre des décisions pour elle.

Le cadre de la famille a été utilisé au plan juridique comme moyen d'assujettissement des femmes et au plan idéologique comme lieu de réalisation, d'exaltation du destin féminin. La mise en place de cette structure hiérarchique à l'intérieur de laquelle l'homme dominait a été renforcée par la distinction que l'on faisait entre enfants légitimes et enfants naturels, ces derniers étant clairement

22. Papajohn V.R. (1980) 14 Criminal Reports (3d) 243.

défavorisés de par la loi. Les femmes qui donnaient naissance sans être mariées étaient mises au ban de la société.

Cette organisation sociale qui ne réservait aux femmes que le seul espace familial trouve également écho dans notre système de droit criminel qui cherchait à protéger les jeunes filles contre tout abus sexuel au moins autant par souci de leur garder leur «valeur d'échange» pour qu'elles puissent entrer «intactes» au foyer de leur mari que pour réprimer des conduites jugées répréhensibles en soi. Le fait qu'une femme mariée ne puisse être légalement violée par son mari démontre assez que le législateur n'était pas d'abord soucieux de réprimer la violence faite aux femmes, certaines violences passant pour «légitimes».

Entre droit civil et droit criminel apparaît un lien qui donne force et cohérence à un système à l'intérieur duquel les femmes valent par leur double rôle d'épouse et de mère. Enfin, en émancipant après des siècles les femmes mariées de la tutelle de leur mari, en reconnaissant le principe de l'égalité devant la loi, on n'a pas pour autant résolu le problème de l'infériorité économique des femmes. On a en quelque sorte surimposé une image nouvelle — celle de la femme émancipée — sur une image ancienne mais encore actuelle — celle de la femme comme mère. L'égalité devant la loi est un principe qui fait abstraction de la différence de nos conditions de vie et en soi il ne pourra jamais suffire à ce que notre façon particulière de concilier travail et famille nous donne accès à l'égalité économique, clef de voûte d'une émancipation réelle.