

GEORGES DUBY • MICHELLE PERROT

H I S T O I R E  
DES *f*EMMES



L E X I X <sup>e</sup> S I È C L E

*Sous la direction de GENEVIÈVE FRAISSE ET MICHELLE PERROT*

Paris: Plon, 1997

*Nicole Arnaud-Duc  
Chargée de recherche  
au CNRS*

*CHAPITRE 4 LES CONTRADICTIONS DU DROIT*

La cité interdite .....	87
Citoyenne ou femme et fille de citoyen ? 89 - Une double oppression : l'inégalité dans l'instruction et le travail, 94 - La femme et le droit pénal, 98	
Le piège de la famille .....	102
La soumission aux fins du mariage, 103 - <i>Le devoir d'obéissance</i> , 103 - <i>La valorisation de la famille légitime</i> , 105 - <i>Les droits sur l'enfant</i> , 108 - L'incapacité civile de la femme mariée, 109 - La femme sans homme, 112	

Discours juridique et discours moral s'unissent pour délimiter raisonnablement les espaces masculin et féminin. Par son rôle symbolique de régulation, le droit fixe la norme d'une société et détermine les rôles sociaux. Les victoires féminines remportées sur ce terrain de lutte privilégié peuvent-elles être entendues comme une rupture dans l'histoire des rapports de sexe ? Lieu de conflits internes, le droit se heurte aussi dans sa mise en œuvre à la résistance des mentalités, à l'ignorance ou au désintérêt du plus grand nombre pour le juridique, faisant de ce domaine si sensible la chasse gardée des techniciens. Les rapports de force masculin/féminin font

partie d'un jeu d'échanges, d'interpénétrations entre système social et système juridique, au cœur même des contradictions.

Depuis Aristote, l'égalité juridique se pose en termes d'inégalités estimées naturelles parce que dérivant de la nature des choses qui, pour les femmes, implique infériorité physique et faiblesse de raisonnement. Le droit dominant au XIX<sup>e</sup> siècle est théoriquement fondé sur la libre volonté de l'individu. Mais, en France, c'est l'autoritarisme qui caractérise la législation. La fiction de l'autonomie de la volonté, exaltée par le libéralisme individualiste, engendre l'idée de l'adhésion de la femme au statut qui en fait un être relatif, n'existant que comme fille, épouse et mère, figure secondaire définie par rapport à l'homme, seul véritable sujet de droit. Le droit doit cependant adapter son discours, sinon son contenu, à l'évolution des mœurs liée aux bouleversements économiques et politiques. Les juristes vont donc chercher à légitimer l'inégalité de traitement suivant le sexe, en affirmant que les femmes souhaitent au fond être protégées contre elles-mêmes, laissant entrevoir la possibilité de réformes quand elles seront aptes à gérer des affaires... dont on les écarte d'emblée : encore une inconséquence. On comprend que celles qui revendiquent des droits assurent le faire dans le seul but de devenir de meilleures épouses et mères.

Apparaît alors une nouvelle contradiction. Il est certain que la plupart des femmes demeureraient attachées à l'image idéale qu'on leur renvoyait d'elles-mêmes, faite de douceur et de compassion, bâtie sur le modèle de la mère de famille - bourgeoise -, persuadée que le droit n'est pas son affaire. Pour les femmes les plus favorisées, la pesanteur de l'habitude ne poussait guère à l'abandon d'un statut sécurisant, dont elles rejeteront seulement certaines contraintes en s'émancipant sur le plan des mœurs à la fin du siècle. Quant à la majorité des femmes, celles du peuple, leur désintérêt pour le droit, qui n'est d'ailleurs pas conçu pour elles, vient de leur condition sociale. Écrasées par la lourdeur de leur tâche, trop tôt usées, elles sont au centre d'une formidable mutation économique qui en fait souvent des enjeux, voire des victimes. Est-ce leur problème de n'être point électrices ou de ne pouvoir gérer des biens qu'elles ne possèdent pas ? Objet de pouvoir, arbitrairement surprotégée par le droit si elle est mariée, la femme devient vite une solitaire délaissée quand elle vit hors de la cellule familiale. Elle se place ainsi au centre des ambivalences du droit, conséquence du hiatus entre le discours juridique et la réalité sociale qu'il prétend ordonner. Quel(s) droit(s) pour les femmes au XIX<sup>e</sup> siècle ? Comment les exercer dans le cadre de ce carrefour des sphères publique et privée que constitue la famille, lieu privilégié des rapports de sexe et fondement de l'ordre social ?

## Le piège de la famille

A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la question de la capacité juridique civile des femmes agite les instances parlementaires, la littérature, le théâtre et les féministes, beaucoup plus que la rue ou l'usine. Partout, dans le monde occidental, la femme est soumise au mari. Comment expliquer cette contradiction qui fait d'une fille majeure, capable, un être exclu de la vie juridique, à placer entre les fous et les mineurs dès qu'elle rejoint la foule des femmes mariées ? Comment aussi justifier la place prise par l'État dans ce domaine du droit qui régit les rapports entre les individus ? On ne peut douter de l'importance accordée à la famille comme fondement de l'ordre social : « C'est par la petite patrie qui est la famille, que l'on s'attache à la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens<sup>17</sup>. » En France, il est impossible d'écarter les règles qui organisent le mariage et la famille, car elles sont d'ordre public.

Il convient de bien distinguer entre la possession d'un droit et son exercice : la femme n'est incapable que de l'exercer, subtilité juridique importante. Le discours juridique sur le fondement de l'autorité maritale mérite de figurer parmi les plus belles pages universellement écrites par la doctrine juridique. L'autorité du mari a une fin pratique : administrer la société conjugale, diriger la femme et les enfants, dans une distribution des rôles conforme à la tradition. A la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, les philosophes estiment cette puissance conforme au droit de la nature, mais certains la souhaitent modérée par l'équité naturelle (Burlamaqui). Rousseau, au contraire, ne peut imaginer la femme que dépendante de l'homme. Dans ce domaine aussi les acquis révolutionnaires sont ambigus : reconnaissance de la femme en tant qu'individu, abolition du principe de la puissance maritale tyrannique, sans reconnaissance de l'égalité entre époux. La solution française peut

s'en séparent en partie, car le rôle dévolu à l'épouse est sensiblement le même dans toutes les sociétés de type patriarcal. Et cela d'autant plus que le système juridique français a une origine mixte, même si le Code de 1804 fait la part belle au droit coutumier prérévolutionnaire de la coutume de Paris. Ce sont donc des maximes romaines revisitées par les juristes du XVIII<sup>e</sup> siècle et des maximes coutumières d'inspiration germanique qui organisent la dépendance de la femme et son incapacité. La femme mariée (le modèle) n'existe que dans et par la famille ; le droit est partout pensé pour des femmes bourgeoises. Et ce droit va régir la personne de la femme et ses biens, même après le mariage.

### La soumission aux fins du mariage

La suprématie maritale est un hommage rendu par la femme au pouvoir qui la protège<sup>18</sup>. Le mari tire en effet sa supériorité de l'idée de fragilité du sexe féminin. Venue du droit romain, la *fragilitas* n'est pas vraiment une infirmité naturelle, mais plutôt le motif de protection d'un mineur. C'est ce qui rend encore plus éclatantes les incohérences du droit qui répugne à affirmer sans ambages la suprématie maritale et la justifie par une infériorité physique qui n'existe que chez les femmes mariées ! Le mari doit être réputé juge souverain et absolu de l'honneur de la famille<sup>19</sup>.

Ainsi, par exemple, peut être retenue comme injure grave constitutive d'une cause de divorce toute communication de la syphilis par l'épouse s'il est prouvé (?) qu'elle était la première atteinte, parce qu'elle est forcément adultère. Au contraire, le mari ne sera réputé coupable que s'il a transmis la maladie sciemment et d'une manière répétée à une femme irréprochable. De même, des faits imputés à la femme avant son mariage mais non révélés (grossesse, inscription sur les registres de la police comme prostituée) sont retenus contre elle.

### Le devoir d'obéissance

« Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari », dit l'art. 213 du Code civil français. Et il n'est pas le seul en Occident ! Certains droits ont un style moins direct : en Norvège, dans les codes italiens et allemands de la fin du siècle. Mais, explicite ou non, cette idée est à la base de toutes les législations. « Ces mots sont durs, ils sont pourtant pris dans saint Paul, et cette autorité en vaut bien une autre », estime l'un des rédacteurs du Code civil<sup>20</sup>... Dans les pays de tradition judéo-chrétienne, la conception fondée sur la primauté de la création de l'homme et la culpabilité de la femme dans la faute originelle a fait des ravages. Il faut faire une lecture publique de ce texte au moment du mariage, disait Bonaparte, car il importe,

dans un siècle où les femmes - oublient le sentiment de leur infériorité, de leur rappeler avec franchise la soumission qu'elles doivent à l'homme qui va devenir l'arbitre de leur destinée<sup>21</sup>. L'antiféminisme du Premier Consul est connu. Mais il serait faux de ne voir dans ces propos que le caprice et la vengeance d'un général trompé et vaniteux, et rien d'autre. Au contraire, on a là une manière toute militaire de formuler ce que pensent les hommes, ce qu'acceptent presque toutes les femmes.

La femme prend en principe la nationalité du mari, sauf intérêt contraire de l'État. C'est le cas en France à partir de 1899, où l'on craint pour la pureté de la race. En Angleterre, la législation devient également plus stricte à la suite d'abus - liés à la prostitution. La femme française perd son nom de jeune fille, sans qu'aucun texte juridique l'y oblige expressément. Après le divorce, le mari peut lui interdire l'usage de son propre nom : il le lui avait en quelque sorte prêté. Le contraire prévaut dans les pays anglo-saxons. Dans d'autres existe la pratique du nom double.

Le mari est investi du noble devoir de surveiller la conduite de son épouse. Le - magistrat domestique [doit pouvoir] avec modération, joindre la force à l'autorité pour se faire respecter<sup>22</sup>. Et on ne peut toujours condamner - les actes de correction ou de vivacité maritale... L'autorité que la nature et la loi donnent au mari a pour but de diriger la femme dans sa conduite<sup>23</sup>. Jusqu'en 1870, si les maris anglais ne sont sans doute pas plus cruels que les autres, ils jouissent en revanche d'une impunité née de l'impuissance absolue de la femme mariée. En 1840, un juge, citant Bacon, autorise un mari à battre et séquestrer son épouse sans cruauté<sup>24</sup>. Après la publication de l'article - Wife Torture in England - et plusieurs années de propagande de l'*English Women's Review*, un Act de 1878 permet à la femme anglaise de demander la séparation de corps pour sévices graves (*assaulting his wife*). Un autre Act de 1893 étend cette faculté à la *cruauté persistante*, cause de divorce que les tribunaux interprètent assez largement, comme l'*injure grave* en France et les *faltas* en Espagne.

Le mari doit - connaître l'esprit général des conversations tenues, des influences exercées en dehors et indépendamment de lui -. Ainsi, un échange de lettres est - une infraction au contrat, une sorte d'infidélité morale [et le mari peut] mettre obstacle à des actes de particularisme<sup>25</sup>. Il peut donc intercepter les lettres écrites ou reçues par sa femme, interdire à l'administration de les lui délivrer et se les faire remettre. Si le mari s'est emparé de cette correspondance par autorité, ou s'il l'a soustraite par ruse, il peut s'en servir dans une instance en divorce, à la différence de l'épouse. Cette dernière n'a pas le droit de se faire remettre une lettre par un domestique ni d'utiliser une correspondance entre le mari et un tiers<sup>26</sup>. La jurisprudence française a cependant évolué, refusant notamment de tenir compte de lettres écrites par la femme à une amie qui les avait sollicitées



pour les remettre au mari, procédé jugé indélicat. La question du secret de la correspondance se pose par ailleurs pour les avocates, les médecins, les commerçantes, les fonctionnaires. Le droit français demeure cependant très éloigné des principes anglo-saxons qui, reconnaissant l'individualité de l'épouse, admet le principe du secret de la correspondance, au moins depuis les années 1870 en Angleterre. Beaucoup de juristes français estiment que de telles règles nient l'autorité et minent le fondement de l'unité de la famille<sup>27</sup>.

Les époux se doivent mutuellement assistance et secours, mais la soumission de la femme a pour effet de rendre le mari débiteur de l'essentiel de l'obligation. C'est un devoir de fournir à l'épouse des *necessaries* (nourriture, logement, vêtements, remèdes). On y comprend l'argent de poche, comme pour l'enfant (*nadelgeld*, - épingles - en Suisse). Séparée de biens, la femme contribue par ses revenus aux charges du ménage. En Angleterre, elle ne peut exercer aucune action civile contre le mari pour obtenir une quelconque pension jusqu'en 1857, date à laquelle on l'autorise à retenir pour se nourrir une part des biens qu'elle aurait éventuellement acquis après avoir été abandonnée. Depuis 1886, le mari peut être condamné au paiement d'une maigre pension hebdomadaire. A partir de 1895, en cas de cruauté persistante ou d'absence d'entretien, une juridiction rapide dispose du même pouvoir. La pratique est identique aux États-Unis. En France, l'abandon de famille ne fut pénalement sanctionné qu'en 1924.

L'épouse doit habiter le domicile choisi par le mari, à condition que le logement soit conforme au statut social du ménage. Cela doit lui permettre de maintenir du moins sa dignité au-dehors, quand elle perdrait tout son bonheur au-dedans<sup>28</sup>. Le mari peut user de la contrainte pour faire revenir sa femme au domicile. De nombreux jugements ordonnent qu'elle soit ramenée *manu militari*, accompagnée par un huissier qui peut faire appel à la force armée, afin de ne pas faire dépendre des caprices et même du crime de l'épouse, un nouveau genre de séparation de corps subversif des droits généraux du corps social<sup>29</sup>. Le juge, qui n'a pas à examiner les mobiles, peut ordonner la saisie des revenus de la femme, voire celle de ses vêtements. Quant au mari, il est autorisé à lui refuser dans ce cas des aliments. En Allemagne, l'exécution forcée, autorisée jusqu'en 1900, est alors remplacée par une action en rétablissement de la vie conjugale. Sous des formes diverses, les maris ont partout des armes pour obliger les femmes à résider au domicile qu'ils ont choisi.

### *La valorisation de la famille légitime*

Le devoir conjugal autorise le mari à user de violences, dans les limites tracées par la nature, par les mœurs et par les lois, dès qu'il ne s'agit pas

d'actes contraires à la *fin légitime du mariage*<sup>30</sup>. Il ne peut donc y avoir viol, attentat aux mœurs ou à la pudeur si le mari force sa femme à avoir des rapports sexuels normaux sans tomber dans les sévices graves<sup>31</sup>. A la fin du siècle, les tribunaux insistent sur le fait que le mari ne doit pas traiter sa femme « comme une fille », la souillant par des « attouchements contre nature »<sup>32</sup>. Est ainsi considérée comme injurieuse l'utilisation de préservatifs contre la volonté de la femme et pendant plusieurs années<sup>33</sup>.

Pour s'assurer que la reproduction sera « bonne », l'infidélité féminine est fortement pénalisée. Le droit se méfie d'ailleurs des affections hors mariage : l'amitié passionnée d'un mari pour un homme avec lequel existait seulement une « communion spirituelle », mais dans laquelle l'ami fait preuve d'une « sensibilité malade », « d'une sorte d'hystérie du cerveau » est une *injure grave*<sup>34</sup>. On le voit, le droit se défie aussi de la sexualité masculine déviante. L'infidélité de la femme risque cependant de faire entrer un étranger dans la famille, troublant la juste répartition des biens. Elle est donc beaucoup plus sévèrement punie que celle du mari. L'adultère est un délit dont l'initiative de la plainte n'appartient qu'aux conjoints. Il n'en demeure pas moins que si l'adultère est présenté comme cause de divorce ou de séparation de corps, le fait pour un magistrat civil de prononcer une peine constitue un cas absolument unique dans la procédure française. L'adultère est à peu près partout reçu comme une cause de séparation en justice, mais il n'est un délit que dans certains pays, notamment dans les pays latins. Les codes modernes (Allemagne, 1900), les pays anglo-saxons et scandinaves ont tendance à le dépénaliser.

Les différences de traitement selon le sexe concernent le mode de preuve, l'inégalité des peines encourues par l'auteur comme par son complice, l'existence de droits reconnus seulement au mari. Ainsi, jusqu'en 1884 en France, l'adultère de la femme est un acte instantané, que l'on peut prouver par tout moyen (notamment des lettres détournées). Le délit du mari en revanche doit être continu, car il n'est punissable que si sa concubine est entretenue au domicile conjugal : presque une bigamie dans ce lieu sacré ! Les seules preuves contre lui sont le flagrant délit ou la production d'une correspondance tombée par hasard entre les mains de l'épouse. Une controverse existe sur le point de savoir si l'entretien de la concubine doit ou non être contemporain de la plainte de l'épouse légitime. Par domicile conjugal, on entend le domicile commun au sens strict : ainsi, l'entretien d'une femme dans un lieu tenu secret n'est pas punissable, mais la jurisprudence va considérer un tel comportement comme une *injure grave*. Dans tous les pays latins, la faute du mari n'est prise en compte par le droit que si elle constitue un scandale public ou s'il existe une circonstance aggravante. En Angleterre, à l'adultère masculin doit s'ajouter la bigamie, l'inceste, un « crime contre nature », un rapt, un viol.

L'art. 337 du Code pénal français prévoit contre la femme adultère une peine de trois mois à deux ans de prison. Si la peine maximale est souvent prononcée pendant une grande partie du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>35</sup>, la moyenne se situe entre quinze jours et quatre mois vers 1880, à quinze jours vers 1890, à une simple amende vers 1910<sup>36</sup>. Jusqu'en 1870 où l'art. 463 du Code pénal est modifié, on considère que le minimum de trois mois est incompressible, les circonstances atténuantes ne pouvant être accordées à un délit qui outrage la loi, la morale publique et la religion. Comme pour tout délit, le procureur a qualité pour faire appel s'il estime que la sentence est trop clémente.

Le mari adultère, lui, risque seulement une amende de 100 à 2 000 francs (art. 339) ; le complice de la femme adultère, pris en flagrant délit ou désigné dans les écrits de sa main, risque la même peine de prison que la femme et une amende de 100 à 2 000 francs (art. 338). Le procureur n'est en principe pas autorisé à déclencher l'action si le mari trompé ne porte pas plainte contre son épouse, mais le problème demeure très discuté. De plus, en l'absence de textes, beaucoup d'auteurs estiment que la concubine ne peut être punie, contre l'avis de la jurisprudence qui établit par un savant calcul quel est l'honneur le plus bafoué, du mari de la concubine ou de l'épouse trahie, au cas où l'époux de la femme adultère s'oppose aux poursuites dirigées contre sa femme. On tranche en faveur de l'épouse outragée : la concubine n'a pas, comme ordinairement la femme adultère, l'excuse d'une séduction ou d'une faute isolée, car sa vie se passe résolument dans l'oubli de ses devoirs<sup>37</sup>. Le mari se voit déléguer le pouvoir souverain de faire grâce, puisqu'il peut arrêter l'effet de la condamnation en reprenant sa femme auprès de lui<sup>38</sup>. Ce pardon ne s'étend pas au complice.

A toutes ces inégalités s'ajoute un scandale : le meurtre commis par le mari sur l'épouse ou sur le complice surpris en flagrant délit au domicile conjugal (étendu par les tribunaux au domicile de fait), est excusable, dit l'article rouge du Code pénal français (art. 324). Cela signifie que, légalement, le mari ne risque rien. Ce meurtrier, plus malheureux que coupable, ne doit être puni que d'un léger châtement<sup>39</sup>, ce qui correspond bien aux mentalités des pays méditerranéens. En Colombie, dans le Code civil de 1893, le père de l'épouse ou le mari ne sont pas coupables en pareil cas. On connaît l'affaire rappelée par Gabriel García Márquez dans *Chronique d'une mort annoncée*. Alors que les pays européens se dotent de nouveaux codes, la France conserve seule cette inégalité, jusqu'en 1975<sup>40</sup>. L'excuse légale profite aux deux époux en Belgique, en Italie, en Espagne, au Portugal, au Tessin. Dans la mesure où de nombreuses législations prohibent le remariage entre complices, les facilités accordées aux maris dans l'administration de la preuve constituent une pénalité supplémentaire pour les femmes. La mesure est supprimée en 1904 en France.

### *Les droits sur l'enfant*

Si, à la veille de la Première Guerre mondiale, les milieux libertaires européens prônent l'union libre, ce modèle n'a les faveurs que d'une élite intellectuelle et artistique, et de la bourgeoisie libérée. Le droit, au contraire, ignore totalement le concubinage. La fidélité des épouses devant être présumée, il existe une présomption de paternité légitime du mari de la mère. L'action en désaveu, qui appartient au père et à ses héritiers, est restreinte et réservée au cas où l'impossibilité de paternité est évidente, voire publique. Le *paterfamilias* est ainsi - propriétaire - de l'enfant à naître de son épouse. Jusqu'en 1964, la France connaît, avec quelques autres pays, le *curateur au ventre*, institution destinée à protéger l'enfant posthume d'un homme contre la mère. Le mari peut s'abstenir d'intenter une action en désaveu pour empêcher sa femme et le vrai père de légitimer l'enfant après divorce et remariage. La présomption est si forte que si l'amant reconnaît officiellement son enfant né d'une femme adultère, l'aveu est considéré comme une preuve de culpabilité d'adultère et non de paternité<sup>41</sup>. Conséquence des droits reconnus au chef de famille, et même si l'on prétend qu'elle appartient aux deux parents, la puissance paternelle est exercée par le père seul pendant le mariage : toujours la subtile distinction juridique. S'il est absent, interdit, déchu de ses droits, la mère le remplace. S'il meurt, elle est en principe tutrice légale, en l'absence de toute disposition contraire du défunt. En Italie, la tutelle ne s'ouvre qu'au jour du décès des deux parents. En France, comme dans beaucoup de législations, le père peut nommer un conseil à sa veuve, et si elle se remarie, le conseil de famille (masculin) devra l'autoriser à conserver sa charge, en nommant le nouvel époux subrogé tuteur. Le droit français limite les pouvoirs de la mère qui ne jouit que d'une puissance réduite. Si la garde lui est confiée après le divorce, le père conserve un droit de surveillance sur l'éducation et son consentement est déterminant pour autoriser le mariage des enfants. En Allemagne, le père coupable dans un divorce ne perd pas le droit d'administrer les biens du mineur. En Angleterre, avant 1870, la toute-puissance paternelle rend dramatique la situation des femmes, dépouillées de tout droit sur leurs enfants et soumises au chantage de leur époux (Thackeray, *Barry Lindon*). Le père y possède le droit absolu d'enlever les enfants pour les confier à qui bon lui semble. Une première et timide mesure, en 1839, qui autorisait le juge à ordonner une enquête avait fait scandale.

Contrepartie de cette exaltation de la famille née du mariage, la filiation naturelle jouit d'un fort discrédit. Les féministes réclament une protection pénale et civile des filles séduites et la libre recherche de la paternité. Aux États-Unis, grâce à l'action politique des femmes, rendue possible par l'obtention des droits civiques, la *séduction* est sévèrement punie et c'est un

devoir pour l'homme d'épouser sa complice en cas d'adultère. En France, une lecture très partielle de la pratique judiciaire de l'ancien droit fait interdire à partir de la période révolutionnaire la recherche de la paternité naturelle. Avant 1789, en effet, si la fille séduite désignait le « père », le juge ne reconnaissait pas pour autant une filiation complète et l'enfant n'entrait pas dans la famille paternelle ; il ne s'agissait que d'une phase préliminaire. Quand il existait des présomptions, on accordait une pension minimale, difficilement recouvrable. Au XIX<sup>e</sup> siècle, si les preuves sont sérieuses, les tribunaux autorisent peu à peu la fille séduite à réclamer à son séducteur la réparation du préjudice, sur la base de l'art. 1382 du Code civil. A la fin du siècle, la preuve de la filiation naturelle et la recherche de paternité sont possibles dans la plupart des pays d'Europe, même en Espagne. La France doit attendre le 16 novembre 1912 pour qu'une loi très restrictive modifie le droit en vigueur. La grossesse doit être le résultat d'un viol ou d'un enlèvement, d'un concubinage notoire, d'une tromperie, d'un abus d'autorité évident, et être suivie d'une reconnaissance sans équivoque et écrite de la paternité ou de l'entretien de l'enfant en qualité de père. Cette loi ne s'applique pas aux colonies – ce qui en dit long sur le traitement réservé aux « petites épouses » –, et l'action est rejetée si la moralité de la mère n'est pas irréprochable.

### L'incapacité civile de la femme mariée

Jusqu'à la veille de la Seconde Guerre mondiale (et jusqu'en 1965 en France), la femme doit en général demander l'accord de son mari pour exercer une profession, « parce que nul au monde ne peut mieux connaître la portée de son intelligence »<sup>42</sup>. Vers 1900, que l'autorisation soit expresse comme en France, ou tacite comme dans les codes plus modernes (le mari doit faire opposition), la femme peut recourir à la justice ou à une autorité tutélaire en cas de refus, mais les tribunaux évoquent rapidement l'intérêt de la famille pour la désapprouver. L'épouse ne peut, sans autorisation, se présenter à un examen, s'inscrire dans une université, ouvrir un compte en banque, faire établir un passeport, passer un permis de conduire, se faire soigner dans un établissement. La liste n'est pas limitative. Elle ne peut non plus agir en justice. En droit français, on va jusqu'à exiger que la femme qui veut faire annuler son mariage ne soit pas dispensée de « cet acte de déférence et de soumission »<sup>43</sup>. Elle ne peut pas davantage citer son mari devant un tribunal correctionnel. Pour passer un acte juridique, elle doit demander une autorisation spéciale, sauf au cas où elle exerce un commerce séparé et autorisé. Depuis 1896 en Italie et dans les législations contemporaines, cette autorisation peut être générale. La femme a un recours en justice (impossible en Espagne, en principe). Depuis 1867 au Portugal, elle est

associée au mari dans la plupart des actes importants pour les deux époux. Si le mari est empêché, interdit ou absent, la femme retrouve en général sa capacité.

Dans les pays occidentaux ont toujours existé historiquement deux types de rapports patrimoniaux entre les époux : les pratiques coutumières d'inspiration germanique, qui réunissent tous les biens sous la direction du mari, et le droit romain, qui admet l'indépendance de l'épouse en l'entourant de précautions qui en ruinent souvent la réalité<sup>44</sup>... Les régimes matrimoniaux s'organisent ainsi autour de deux principes : la communauté ou la séparation de biens, intégrale ou partielle. De la même manière qu'on ne saurait confondre, en droit, le fait d'être titulaire d'un droit et la faculté de l'exercer, une ventilation s'opère dans les actes juridiques entre actes de *disposition* (qui peuvent modifier la valeur du patrimoine), et d'*administration* (destinés à conserver la valeur des biens). Exercer son droit de propriété, c'est être capable de disposer de ses biens, de les administrer, d'en percevoir les revenus, voire de les détruire. Dans un régime de communauté non universelle, aucun des époux ne perd la propriété de ses immeubles ni de ceux qui proviennent d'une donation ou d'une succession après le mariage. La masse commune comprend les revenus des immeubles, les meubles, les valeurs mobilières, les salaires. Dans un régime séparatiste, les époux gardent la propriété de leurs biens et participent aux charges du ménage. Le régime dotal est un régime séparatiste qui a pour but de conserver pendant le mariage une partie de la fortune de la femme.

En général, il existe un régime légal très majoritairement répandu qui dispense de passer un contrat de mariage. Sous un régime de communauté (France, code Napoléon), le mari en est le chef. Il a tous pouvoirs sur les biens communs (quelquefois restreints quant aux donations). Il administre aussi le patrimoine de son épouse mais il ne peut en disposer qu'avec son autorisation. En Suède et en Écosse, la femme acquiert des pouvoirs d'administration de la communauté. En Italie, en Russie (code de 1833), dans la plupart des pays anglo-saxons, le régime le plus connu est la séparation de biens.

L'évolution de l'Angleterre constitue néanmoins une exception et mérite qu'on s'y arrête. Jusqu'en 1870, suivant le *common law*, la femme perd son individualité par le mariage, absorbée dans celle du mari (*feme covert*). Suivant l'expression de Blackstone, « the husband and wife are one and that one is the husband ». Le mari devient propriétaire des biens et revenus de l'épouse (*personal property*), sans avoir à rendre compte. Face à ce système, il en existe un autre fondé sur l'*equity*, création des tribunaux. La femme a ainsi une propriété équitable (*use*) dont elle jouit en toute liberté (*separate use*). L'augmentation de ses pouvoirs se fait de la sorte par l'extension des biens soustraits, et non dans la limitation des pouvoirs du mari. L'idée

## La femme sans homme

C'est bien en ces termes que le problème se pose. La femme qui n'a jamais eu de mari est une exception dans la société, même si le nombre des célibataires est très grand au XIX<sup>e</sup> siècle. La femme sans mari est donc dépourvue d'intérêt pour le droit. Mineure, elle dépend de son père. Si elle ne se marie pas, elle est une femme solitaire, au point de vue juridique civilement capable, socialement en marge, à l'exception des rares et brillants exemples rencontrés dans les milieux intellectuels et artistiques. On ne saurait oblitérer le tableau plutôt misérabiliste de la solitude féminine qui

vaut pour l'ensemble des sociétés occidentales, en rappelant la pratique sociale des États-Unis où les femmes seules regroupées dans des clubs constituent un véritable contre-pouvoir. Il faut également souligner la persistance, au moins de principe, de la tutelle perpétuelle des femmes qui se maintient parfois jusqu'au dernier tiers du siècle dans des pays scandinaves, en Allemagne et en Suisse. Les femmes retrouvent leur liberté juridique par la dissolution du mariage. Si l'on excepte les cas, fort rares, d'annulation de l'union, la règle s'applique aux divorcées et aux veuves. Pendant longtemps, les pays latins catholiques ne connaissent que la séparation de corps, qui ne fait que relâcher le mariage, laissant subsister les devoirs qui y sont attachés, notamment celui de fidélité, ce qui s'oppose à une politique nataliste. Tel est le droit, en France de 1816 à 1884, en Espagne, au Portugal, en Italie, en Amérique du Centre et du Sud. Ailleurs, le divorce est partout admis.

En France, la Constitution de 1791 laïcise le mariage et libère juridiquement la femme du poids de la tradition chrétienne. Déjà majeure à vingt et un ans comme les hommes et héritière au même titre que ses frères, elle se voit reconnaître le droit de passer un contrat et de le rompre. La loi des 20-25 septembre 1792 sur le divorce est remarquable car elle reconnaît l'égalité absolue des époux, en particulier dans le divorce par consentement mutuel. Mais ce mode de séparation est rapidement jugé menaçant pour la famille et on en restreint à tel point la pratique qu'il disparaît jusqu'en 1975. Le droit révolutionnaire reconnaît deux autres causes : l'incompatibilité d'humeur ou de caractère et les motifs déterminés (démence, condamnation à une peine afflictive et infamante, crimes, sévices, injures graves, dérèglement des mœurs notoire, abandon pendant deux ans, émigration). L'adultère non prévu peut réapparaître sous les notions de *mœurs déréglées* et *injure grave* surtout au détriment des femmes. Le Code civil, tout en rendant quasi illusoire le divorce par consentement mutuel, ne connaît plus que le divorce pour faute : adultère, sévices, et injures graves, condamnation à une peine infamante. Les différents codes se répartissent entre ceux qui énumèrent toutes les causes possibles de divorce et ceux qui préfèrent prévoir une cause suffisamment large (*injure*) pour permettre de les regrouper, laissant au juge un pouvoir d'appréciation.

On l'a vu, juridiquement mais aussi socialement, le divorce est traité avec plus ou moins de rigueur dans les sociétés du XIX<sup>e</sup> siècle. Non seulement on le rend difficile et judiciaire mais, outre des sanctions plus dures pour la femme, on prévoit des interdictions : les époux ne peuvent souvent pas se remarier entre eux ni, en cas d'adultère, épouser leur complice. Sur la femme pèse en outre l'impossibilité de se remarier dans un délai d'environ trois cents jours après la dissolution par mort ou divorce (délai de viduité), pour protéger la filiation légitime.

L'Italie connaît le divorce de 1796 à 1815. La France le supprime le 8 mai 1816, pour des raisons religieuses. Après une longue bataille, il réapparaît le 27 juillet 1884 (loi Naquet). Les causes (sauf consentement mutuel) sont les mêmes que dans le Code civil de 1804, mais l'égalité existe désormais dans l'adultère. La loi du 6 juin 1908 autorise la conversion de la séparation de corps en divorce si elle a duré trois ans. Dans les pays anglo-saxons, le divorce est inconnu jusqu'en 1857, sauf sous la forme d'une séparation de corps religieuse (aux effets limités) ou d'un divorce de luxe prononcé à titre exceptionnel par le Parlement. Le *Divorce Act* de 1857 en fait un acte juridique à la destinée remarquable par sa diffusion dans les anciennes colonies d'Amérique, où la législation diffère beaucoup suivant les États. En France, ce sont surtout les femmes qui ont utilisé le divorce, pour abandon et sévices, notamment pendant la Révolution et grâce à l'instauration de l'aide judiciaire en 1851 (à l'époque, il s'agissait de séparations de corps). Le divorce demeure cependant un acte rare, à peu près inconnu des campagnes et surtout pratiqué dans les classes moyennes. Il est vrai que, s'il libère une femme des excès d'un mari tyrannique, il en fait aussi une femme seule, même pensionnée, sans place spécifique dans la société. C'est l'un des paradoxes d'une situation dans laquelle les effets juridiques ne recouvrent pas les effets sociaux.

*A priori* la veuve devrait bénéficier d'un meilleur traitement. La littérature nous a habitués au personnage de la veuve abusive. La réalité est autre. Si de riches veuves, bien conseillées, ont pu donner cette impression comme chefs de famille dans les campagnes, ou comme « Veuve Untel », continuant un commerce commun aux époux, la plupart n'ont rien eu à partager et vivent plutôt mal car la famille contraignante est aussi une cellule protectrice de fait. La femme peut donc se retrouver brutalement aux prises avec des héritiers cupides et des créanciers exigeants. Le droit ancien et certaines législations contemporaines leur reconnaissent des avantages (en usufruit – douaire, *arras*, *morgengabe* – et communauté continuée). Le Code civil français ne s'occupe pas des droits du conjoint survivant jusqu'en 1891, au contraire de tous les codes du XIX<sup>e</sup> siècle. Jusqu'à cette date, le conjoint survivant est le dernier à hériter avant l'État. Quelques droits sont reconnus sur les pensions de retraite des fonctionnaires et sur les droits d'auteur (loi du 14 juillet 1866). La veuve a droit à des « aliments », au logement et à des vêtements pendant trois mois et quarante jours. Quand des droits successoraux sont reconnus, ce sont en général des droits viagers (usufruits), mais aussi des biens en toute propriété s'il n'y a pas d'enfant.

Pendant le mariage, comment la femme peut-elle se protéger d'une gestion maladroite ou malhonnête du mari tout-puissant ? On admet en général qu'elle s'adresse à la justice ou à une autorité de tutelle pour demander, souvent trop tard, que des mesures protectrices soient prises :

administration par un tiers, séparation de biens. La femme peut inscrire une hypothèque sur les biens du mari si la loi, comme c'est le cas en France, ne la prévoit pas. Mais ces sûretés paralysent l'activité de l'époux. Des textes vont donc autoriser la femme à renoncer à l'hypothèque au profit des acquéreurs de l'immeuble du mari ou de ses créanciers (lois des 23 mars 1855 et 13 février 1889 en France), ce qui amène les notaires à exiger la présence des deux époux pour passer un acte portant sur les biens du mari. En Angleterre, la femme peut stipuler une clause (*restraint on anticipation*) qui interdit tout acte portant sur les biens visés. Elle peut souvent rejeter le régime de la communauté à la dissolution ou ne l'accepter que dans la mesure où l'actif est suffisant pour régler le passif.

A la veille de la Première Guerre mondiale, si les législations modernes maintiennent en général l'inégalité des époux et la place prépondérante du mari, elles semblent aussi vouloir assurer une plus grande collaboration juridique, avec des méthodes différentes suivant le système juridique dominant. En présence de l'extraordinaire développement du crédit, de la mobilité des fortunes, de la rapidité des transactions, de l'augmentation du nombre des femmes qui travaillent, le droit ne peut demeurer inchangé. Mais il n'est pas prévu pour les femmes seules, un salaire d'appoint pour les ménages. Juridiquement, dans le domaine du droit privé, ce sont les pays anglo-saxons qui paraissent avoir résolu le plus équitablement le problème, en assurant une totale séparation des patrimoines. Il n'est pas sûr qu'il en soit de même socialement, dans une société de compétition qui n'arme pas les femmes pour se battre à égalité. A l'opposé, dans beaucoup de pays et notamment en France, il ne s'est agi que de « grignotages », et l'incapacité de la femme mariée a encore de beaux jours à vivre.

En droit public, les contradictions internes sont évidentes. C'est dans les pays scandinaves et surtout dans les anciennes colonies anglaises que les femmes se sont vu reconnaître des pouvoirs politiques, dépassant le modèle anglais.

Le statut juridique féminin est un excellent révélateur des tensions entre société et pouvoir. Du discours du droit ressortent aussi des incohérences internes, trahissant le doute qui s'empare d'un milieu conservateur et frileux. Il est vrai que l'infériorité juridique des femmes est choquante à une époque où elles envahissent en masse, aux postes les moins qualifiés, les nouveaux secteurs de production, tandis qu'une minorité de femmes instruites se voient barrer l'accès à des professions, sous le seul prétexte du sexe. La plupart des femmes luttent au quotidien, loin du droit. Tant que l'essentiel de leur activité consiste à travailler durement pour survivre, à vivre hors du mariage et sans patrimoine, la très grande majorité vit à côté du droit, ne le

croisant que dans son aspect coercitif. On ne peut cependant séparer le sort des femmes de celui des hommes, ne serait-ce que parce que leurs conditions juridiques sont liées. Mais aussi parce que le droit est d'abord régulateur de rapports sociaux et qu'il passe donc forcément par ceux de sexe. Une autre remarque s'impose : l'évolution a aussi développé l'idée de *complémentarité* des sexes, plus que celle d'*égalité*. L'exemple américain est là pour rappeler que ce « pouvoir matriarcal » qu'on a dénoncé est justement la conséquence d'une ségrégation sexuelle aboutissant – au nom de la spécificité des rôles sociaux dans une égalité juridique – à une inégalité sociale qui fait bien sentir la perversité du droit détaché de la réalité sociale et économique.