



Méléte

ISSN : En cours d'attribution

01 | 2025

Inégalités de genre : approche historique et anthropologique des normes, discours et pratiques juridiques

Directeur de publication Claire Laborde-Menjaud,
Alexandrine Nedelec et Maxime Tourette

🔗 <https://publications-prairial.fr/melete/index.php?id=69>

Référence électronique

« Inégalités de genre : approche historique et anthropologique des normes, discours et pratiques juridiques », *Méléte* [En ligne], mis en ligne le 03 juin 2025, consulté le 19 juin 2025. URL : <https://publications-prairial.fr/melete/index.php?id=69>



SOMMAIRE

Ralph Évêque, Claire Laborde-Menjaud et Étienne Lamarche
Éditorial

Dossier

Claire Laborde-Menjaud, Alexandrine Nedelec et Maxime Tourette
Introduction

Prune Decoux et Hélène Duffuler-Vialle
Déceler le genre dans les textes juridiques. Outils méthodologiques

Nicolas Siron
Nicarète, mère d'Euxithéos

Clarisse Meykiechel
L'usage du droit comme argument dans les discours antiféministes en France
(1918-1944)

Maxime Tourette
« Une méchante sorcière de l'Ouest » ?

Marie Dry
Analyse critique d'une disposition sexo-spécifique : le délai de viduité de 1804 à
2004

Romain Facchini
Le droit d'être marchande à Marseille dans la seconde moitié de l'Ancien Régime

Juliette Guiot
Des femmes indignes d'être protégées ?

Oona Le Meur
Ethnographie du consentement lors des procès pénaux pour viols en Belgique

Article *Jeune recherche*

Diane Baudoin
Finances féminines et privilèges vestaliens : *stipendium* et *immunitas*

Diffusion de connaissance

Julien Constantin
Repenser le pouvoir constituant par l'histoire du droit : théories et pratiques de
l'autorité constituante en France (1789-1962)

Notes de lecture

Claire Laborde-Menjaud

Caroline Husquin, *L'intégrité du corps en question : perceptions et représentations de l'atteinte physique dans la Rome antique*

Clarisse Meykiechel

John O'Brien, Marc Schachter (dir.), *Sedition, The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland, c. 1550–1610*

Éditorial

Ralph Évêque, Claire Laborde-Menjaud et Étienne Lamarche

TEXTE

- 1 L'équipe de *Mélété*. *Cahiers d'histoire et d'anthropologie du droit* a le plaisir de vous présenter son premier numéro. Cette nouvelle revue souhaite mettre en valeur l'étude du droit et du phénomène juridique de manière pluridisciplinaire.
- 2 *Mélété* s'attache à étudier les développements et variations des normes dans l'espace et dans le temps. Il s'agit d'envisager le phénomène normatif au sens large et donc de s'intéresser au processus créatif de la norme ainsi qu'à sa réception. Replacer une norme dans son contexte d'origine permet de dépasser l'exégèse juridique et d'envisager les différentes voix et intérêts qui étaient en jeu lors de sa création. Cette prise en compte de la diversité d'opinions met en lumière comment le droit fonctionne, par quel mécanisme il parvient à traduire les intérêts et points de vue en catégories abstraites représentant (ou transformant) la réalité. L'attention portée à la réception de la norme, à sa compréhension voire à sa contestation est un moyen d'appréhender la relation des justiciables avec les textes juridiques et leurs discours justificatifs. L'interprétation ou la tentative de remplacement d'une norme par la réforme ou par le recours à un ordonnancement concurrent montre alors la compréhension qu'ont les individus de leur agentivité par rapport à un discours dominant. La revue s'attache donc à l'étude des modèles de normativités développés en dehors, en marge ou au cœur même des États passés ou modernes, offrant ainsi une place importante aux travaux sur les systèmes normatifs alternatifs ou concurrents à celui de l'État. L'étude du discours juridique et de l'utilisation de ses catégories et de ses concepts par différents acteurs doit permettre de comprendre en quoi le droit peut être vu tant comme un moyen de domination que d'émancipation.
- 3 *Mélété* souhaite aussi insister sur l'importance de l'anthropologie et des sciences humaines en général pour comprendre les normes et leurs concepts. Pendant longtemps, l'anthropologie juridique a été

cantonnée à l'étude de l'*Ailleurs* et de l'*Autre*, à savoir l'extra-occidental. Ces objets ont empêché d'approfondir l'étude du phénomène juridique dans les pratiques ordinaires et courantes, d'interroger les impensés et les implicites dans nos discours juridiques occidentaux. En décloisonnant la matière juridique et en invitant des spécialistes d'autres disciplines à s'en saisir, l'objectif est d'interroger les logiques sous-tendant nos systèmes, de mieux connaître notre passé et de comprendre l'influence que peut avoir une variation juridique (même minime en apparence) sur la société.

- 4 Cet objectif de décloisonnement disciplinaire dans la recherche s'accompagne d'une volonté d'une meilleure transmission des résultats de celle-ci. La matière juridique, souvent technique et nécessitant diverses interprétations, est inévitable. En ce sens, il est essentiel que les analyses effectuées ne restent pas enfermées au sein d'une discipline, voire d'une sous-branche de cette dernière. Ainsi, *Mélété* présente à chaque numéro un article de diffusion de connaissances résumant un travail individuel ou collectif. Le but est de permettre aux personnes n'étant pas spécialistes du sujet (voire étrangères à la discipline) de mieux saisir les enjeux d'une norme ou de montrer les débats actuels au sein d'une matière.
- 5 Finalement, *Mélété* laisse une place importante à la « jeune recherche » tant dans son organisation que dans la construction du numéro. En considérant que de nouvelles approches et de nouveaux questionnements peuvent être portés par des personnes au début de leur carrière, la revue espère que leurs contributions sauront montrer l'actualité de certains thèmes ou en faire émerger de nouveaux.

AUTEURS

Ralph Évêque

Ralph Évêque est maître de conférences en Histoire du Droit à l'université Paris Nanterre depuis 2021. Il a soutenu une thèse intitulée : *L'enseignement du droit dans l'empire Romain – Les transmissions du savoir juridique* à l'Université Paris Nanterre, sous la direction du Professeur Soazick Kerneis. Membre-chercheur du Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD), il travaille à la fois sur la civilisation romaine et sur l'empire inca. Ses thèmes de recherche concernent

l'enseignement du droit, le traitement juridique des marginalités et le statut de l'animal.

IDREF : <https://www.idref.fr/166575453>

ISNI : <http://www.isni.org/000000039982479X>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/17109515>

Claire Laborde-Menjaud

Claire Laborde-Menjaud est doctorante au sein du Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD) de l'université Paris Nanterre. Ses travaux portent sur la condamnation de la mémoire sous l'Empire Romain. Elle rédige une thèse intitulée « *Damnatio memoriae*. Les politiques antiques de la mémoire » sous la direction de la Professeure Soazick Kerneis.

IDREF : <https://www.idref.fr/285211889>

Étienne Lamarche

Étienne Lamarche est maître de conférences en histoire du droit à l'université Paris Nanterre. Rattaché au Centre d'Histoire et d'Anthropologie du droit (CHAD), ses travaux portent sur les usages militants du droit au sein des mouvements socialistes.

IDREF : <https://www.idref.fr/266627293>

Dossier

Introduction

Claire Laborde-Menjaud, Alexandrine Nedelec et Maxime Tourette

PLAN

Prologue méthodologique

Axe 1 — Des discours juridiques légitimant une bicatégorisation à la défaveur des femmes

Axe 2 — Des pratiques juridiques exposant les catégories de genre

TEXTE

- 1 Le 23 janvier dernier, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la notion de devoir conjugal¹ « est à la fois contraire à la liberté sexuelle et au droit de disposer de son corps et à l'obligation positive de prévention qui pèse sur les États contractants en matière de lutte contre les violences domestiques et sexuelles »². En effet, la préservation du devoir conjugal par la jurisprudence — alors que les textes légaux n'en font pas mention — montre les limites de l'égalité de genre dans le droit formel alors même que la plupart des victimes de violences conjugales sont des femmes³. Le fait qu'un tel devoir ait subsisté aussi longtemps souligne l'importance d'une lecture genrée des textes juridiques afin de comprendre les enjeux et les rapports de force qui les sous-tendent.
- 2 L'utilisation du genre⁴ comme outil d'analyse semble aujourd'hui bien installée dans les études juridiques. Toutefois, cela n'a pas toujours été le cas, le droit étant établi sur un principe d'universalité et formulé dans un langage qui se veut neutre. Les dispositions inspirées des sociétés antérieures, fondées par des hommes, sont écrites sur un modèle masculin. L'évolution des mœurs aurait permis de comprendre que le masculin représente le neutre et qu'il inclut les femmes quand elles sont situées dans la même situation que les hommes⁵. Les inégalités éventuelles ne seraient que des archaïsmes hérités et en attente d'être corrigés. Ce discours est fragilisé par les innovations de la théorie du droit, portées par le réalisme juridique qui dépasse la simple analyse de la norme pour observer les effets et les conséquences sociales de l'application des

normes. En considérant le droit *in action*, « le droit en pratique », et non seulement le droit *in books*, « le droit dans les livres »⁶, il s'agit de sortir du simple énoncé et de remettre en cause la vocation universaliste du droit malgré ses formulations présentées comme neutres. Si les normes sexo-spécifiques sont supposées être un vestige ancien, l'approche critique du droit permet de s'attarder sur les effets d'une règle présentée comme *gender blind*, soit aveugle au genre. Ainsi, une interprétation jurisprudentielle peut contribuer à instaurer une différenciation malgré l'égalité formelle⁷.

- 3 La fameuse distinction entre *law in books* et *law in action* trouve à s'appliquer notamment en ce qu'elle critique cet historicisme du droit relativement aveugle aux distinctions de genre. Par sa rigidité et sa désuétude inévitable sans adaptation, « le droit dans les livres » finit par rendre compte d'un ensemble de règles à dépasser pour les justiciables soumis aux imprécations liées aux catégories genrées. A *contrario*, « le droit en pratique » par l'action des tribunaux doit compenser voire rejeter les prescriptions textuelles incompatibles avec les réalités sociales. C'est sans compter le fait que l'agentivité du personnel judiciaire est elle-même empreinte des stigmates portés par les catégorisations genrées et contribue ainsi à les entretenir. Il appartient dès lors aux sujets de droit, selon la place sociale qui leur est accordée, de maintenir ou de s'échapper des carcans genrés.
- 4 La remise en cause d'une apparente « neutralité » juridique s'est développée dans les années 1970, notamment outre-Atlantique avec le mouvement des *critical legal studies*. Le droit apparaît comme un lieu de reproduction des dominations⁸ mais aussi comme un outil d'émancipation. Le concept s'installe aux États-Unis⁹, et plus largement dans la sphère anglophone, comme en témoigne par exemple la création en 1993 de la revue *Feminist Legal Studies*, hébergée par l'université du Kent en Angleterre, mais qui se revendique en tant que revue européenne. Cette revue témoigne d'une époque où il était encore difficile de faire publier des travaux critiques dans une perspective féministe dans les publications juridiques traditionnelles reconnues dans le champ. Ainsi, la réception de ces approches critiques est plus tardive en France, où de telles publications ne vont pas encore de soi. La mobilisation du concept de genre se fait d'abord dans les disciplines historique et sociologique. Pour les études historiques, la recherche sur les normes

s'intéresse à la mise à l'écart des femmes de la vie politique¹⁰ et à la lutte pour l'égalité des droits¹¹. L'analyse du droit positif s'est ensuite emparée de ce concept. Ainsi, le programme REGINE (Recherche et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe), dirigé par Stéphanie Hennette-Vauchez, Diane Roman et Marc Pichard, et lancé en 2011 au sein de l'université Paris Nanterre, contribue à intégrer le paradigme du genre au sein de la recherche francophone. Ces travaux ont permis de montrer que le droit est porteur de valeurs et de stéréotypes reflétant la pensée des personnes à son origine, majoritairement des hommes.

- 5 Par ailleurs, le système juridique ne se contente pas uniquement de véhiculer les représentations collectives genrées mais aussi de les produire en transmettant un idéal-type des individus hommes et femmes¹². Ainsi, même lorsque le droit est utilisé comme un outil d'émancipation et porteur de libertés, il peut participer, en creux, au renforcement de la distinction de genre et à la bicatégorisation de sexe¹³.
- 6 L'histoire du droit a aussi progressivement reçu ce concept. Ainsi, certains travaux précurseurs¹⁴ ont ouvert la voie pour la création en 2022 du programme de recherche HLJPGenre (Rapports sociaux de sexe et systèmes juridiques et judiciaires), dirigé par Hélène Duffuler-Vialle, qui propose une analyse des textes français depuis la Révolution au prisme du genre¹⁵. La multiplication des études a mis en lumière l'importance du genre pour comprendre les différentes sociétés. Il ne s'agit pas de simplement faire une « histoire des femmes » mais bien de relire les sources à la lumière de nos questionnements actuels, afin d'appréhender et d'interpréter ce que disent (ou ne disent pas) les normes. Par exemple, si une branche d'un système juridique parle exclusivement des hommes, cela nous permet de comprendre — en partie — le régime de genre de cette époque¹⁶. La masculinité ou la féminité ne se construisent que par distinction, dans leur rapport à l'autre. De plus, interroger nos sources « masculines » nous amène à réaliser que la norme écrite est le résultat de discussions, de négociations et de diverses influences auxquelles les femmes peuvent prendre part malgré leur absence dans les institutions. Même si des hommes peuvent défendre les droits des femmes, il convient de sortir des méthodologies

habituelles et de reconnaître une écriture multiple du droit (par sa formulation, son application et son interprétation).

- 7 L'histoire du droit permet de révéler les changements sociaux qui contribuent à apporter des variations aux représentations collectives de genre. Elle permet aussi de s'interroger sur le rôle du droit au sein de ces évolutions. Si le droit positif tend vers une formulation neutre, aveugle au genre, il ne peut échapper au différentialisme pour les situations particulières. Ceci conduit les juristes à marcher sur une ligne de crête, car la formulation d'une distinction tend, en creux, à une légitimation des catégories. Le droit, en tant que discours situé, est un moyen de comprendre le régime de genre d'une société. Cependant, il doit nécessairement être étudié en mobilisant d'autres sources. Le texte juridique recense des manières d'agir possibles selon l'appartenance à un groupe (pour l'essentiel bicatégorisé : masculin ou féminin) mais cela ne signifie pas que les individus s'y conforment. Les différentes contributions de ce dossier montrent comment le droit reflète et façonne le régime de genre de différentes sociétés à travers le temps et l'espace. Toutefois, l'analyse de ces normes et de leur place dans la société étudiée reflètent les limites et les incapacités à envisager l'ensemble des comportements. Être homme ou femme n'est pas quelque chose de fixe, dicté par un texte, mais recouvre une diversité de stratégies d'action et de possibilités par rapport à la norme. Cette perspective constructiviste souligne que le genre se forme au cours des actions des individus et se transforme en fonction des situations plutôt que de correspondre à un idéal-type posé par le texte juridique¹⁷.
- 8 Ce dossier propose donc une lecture du droit sous l'angle du genre en envisageant d'une part comment les catégories ont évolué et, d'autre part, quelle a été leur place dans la détermination des actes individuels. Il ne s'agit pas de soutenir l'idée d'une transformation graduelle et continue vers une forme d'égalité sociale des groupes statutaires, mais d'appuyer la fin d'un mythe évolutionniste concernant le statut des femmes. Ce mythe évolutionniste a notamment été largement invalidé par l'ancienne présidente de la Cour suprême du Royaume-Uni, Brenda Hale, dont le parcours jusqu'au sommet du système judiciaire britannique lui a conféré un point de vue unique sur la perpétuation des inégalités femmes-hommes par le droit et la nécessité pour le droit et les systèmes

juridiques de prendre la question de l'égalité de genre à bras le corps¹⁸. Au-delà de la jurisprudence sur laquelle elle a laissé sa marque, ses prises de position publiques — fréquentes chez les juges de *common law* — ont toujours réaffirmé son engagement en faveur des mesures pour l'égalité. Sur cette question, elle était notamment en opposition assez frontale avec le positionnement de Lord Sumption, lorsqu'elle était encore la seule femme juge à la Cour suprême, y compris par voie de presse¹⁹. Ce dernier, également membre de la plus haute juridiction britannique, arguait que l'égalité viendrait « naturellement », qu'il fallait simplement faire preuve de patience, et que les mesures introduites pour remédier aux inégalités femmes-hommes pouvaient être néfastes²⁰. Or, dans un double mouvement tenant ensemble volonté d'émancipation et *backlash* contre cette émancipation, les droits des femmes ont été à la fois promus et limités de manière constante (et parfois simultanée) à travers l'histoire, ce qui contredit factuellement l'approche du « laissez-faire ».

- 9 Le premier numéro de la Revue *Mélété* est consacré aux inégalités de genre. Il propose une approche historique et anthropologique des normes, des discours et des pratiques juridiques. En guise de **prologue**, avant le déploiement des deux axes principaux qui structurent le dossier, un article préliminaire est dédié à la mise en place d'une méthodologie permettant de faire émerger des documents d'archive les visions genrées du droit. Le premier axe s'intéresse ensuite aux discours genrés et à ceux sur le genre que le droit produit (**Axe 1 — Des discours juridiques légitimant une bicatégorisation à la défaveur des femmes**). Après cette analyse du discours, le second axe du dossier investigate les pratiques des actrices et acteurs du droit confronté·es aux catégories genrées, qu'elles leur soient imposées ou qu'elles révèlent le poids juridique inégal attaché à l'une ou à l'autre des deux catégories principales découlant de la bicatégorisation de sexe traditionnelle, à savoir femmes et hommes (**Axe 2 — Des pratiques juridiques exposant les catégories de genre**).

Prologue méthodologique

- 10 À la suite de de l'ANR-REGINE lancé en 2011, les analyses juridiques féministes dans la sphère académique française cherchent à s'appuyer sur des éléments méthodologiques solides afin de relever les inégalités de traitement que le droit fait subir aux femmes. Si les *feminist legal studies* construisent un appareil critique depuis les années 1970 au sein du monde anglo-saxon²¹, la recherche française en histoire du droit manque encore cruellement d'outils épistémologiques pour concevoir les catégories genrées dans le domaine juridique. La grille de lecture élaborée par l'ANR-HLJPGenre depuis 2022 et présentée dans ce numéro par **Prune Decoux** et **Hélène Duffuler-Vialle** constitue à ce titre une contribution nécessaire en la matière (**Article 1**). La démarche de l'ANR-HLJPGenre vise à remédier à l'acculturation tardive des études de genre en droit. Ce projet collectif propose une analyse des systèmes juridique et judiciaire au prisme du genre. Il a mis au point un instrument de lecture qui se trouve par la même occasion « pensé, discuté, testé et retesté par une équipe de recherche ». La finalité de cette proposition heuristique et de l'article qui en résulte est double : offrir à d'autres chercheurs et chercheuses un outil opérationnel clé en main et soumettre cet outil à une analyse critique. Cette démarche s'avère d'autant plus bienvenue que, même parmi les pays francophones, la France ne fait pas office de précurseuse concernant les questions féministes en droit. En effet, voilà trente ans qu'outre-Atlantique, les *Cahiers de droit* consacraient leur numéro spécial à « L'influence du féminisme sur le droit au Québec » (1995)²². Quatre ans plus tard, les actes de la journée d'étude intitulée « Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales » étaient publiés à Bruxelles²³. La lecture de ce numéro spécial et des actes de cette journée d'étude fait apparaître clairement que le droit, au-delà de constituer lui-même une catégorie genrée, participe à la reproduction des catégorisations de genre²⁴.

Axe 1 – Des discours juridiques légitimant une bcatégorisation à la défaveur des femmes

- 11 L'histoire tend à démontrer l'influence du droit tant en matière de création que de garantie des catégorisations genrées. L'étude des textes juridiques fait apparaître combien les impensés concernant le genre sont prégnants quelle que soit la branche mobilisée. Du point de vue des droits, la *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* publiée en 1791 par Olympe de Gouges constitue un jalon moderne de la reconnaissance des distinctions genrées et de l'infériorité infondée des femmes par rapport aux hommes²⁵. L'affirmation, qui se veut une prise de conscience sociale au lendemain de la Révolution, s'illustre particulièrement au sein de l'article 1^{er} du texte : « La femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits ». Le droit post-révolutionnaire, déterminé à tirer un trait en pointillés sur celui de l'Ancien Régime, vient au contraire entériner les inégalités de genre et, en ne déterminant que deux sexes légaux, y attacher des fonctions sociales bien précises. Les articles 213 et suivants du Code civil de 1804 constituent à ce titre des exemples datés mais éclairants. La perspective maritale napoléonienne, voulant faire table-rase du droit antérieur, continue pourtant à envisager les femmes uniquement sous l'angle de l'incapacité juridique, à ne penser leurs droits que par rapport à ceux des hommes.
- 12 Cette considération des femmes uniquement par rapport aux hommes a guidé en grande partie notre lecture des sources anciennes, qu'il est nécessaire de complexifier. L'historiographie a eu tendance à considérer que les femmes n'étaient pas nommées dans les discours judiciaires grecs afin de préserver leur pudeur et leur image, les femmes n'étant pas censées interférer avec le monde masculin. Ainsi, **Nicolas Siron** montre que, dès les discours juridiques de l'Athènes classique, il s'avère difficile de nommer les femmes indépendamment des liens qu'elles entretiennent avec le monde masculin (**Article 2**). À la place, elles sont désignées par une périphrase, indiquant leur lien de filiation ou encore de mariage.

L'analyse du discours *Contre Euboulidès* montre une pratique plus complexe, relevant des stratégies argumentatives des orateurs. La femme est ici désignée comme mère, car le lien de filiation est au centre de l'enjeu. Les hommes ne sont pas systématiquement nommés mais le sont lorsque cela sert les intérêts de l'argumentation. Par ailleurs, l'insistance sur le lien de filiation permet aussi de légitimer les serments testimoniaux, prêtés sur la tête des enfants.

- 13 Historiquement, le droit n'est pas exempt des présupposés de genre qui visent à entretenir des catégories genrées et les inégalités qui en découlent. Au fondement des organisations sociales humaines, il influence la vision des personnes en matière de genre et se font les relais, parfois involontaires, des déséquilibres juridiques existants. Ainsi, l'analyse proposée par **Clarisse Meykiechel** des discours antiféministes dans la France de la première moitié du xx^e siècle met en lumière l'utilisation orientée du droit comme argument en soutien aux dites théories (**Article 3**). L'idée sous-jacente est de maintenir les femmes dans un état d'infériorité persistant dans les sources juridiques et de les cantonner aux rôles induits par des catégories de genre verrouillées. L'utilisation des discours juridiques au service de l'antiféminisme durant l'entre-deux-guerres s'intensifie à mesure que les revendications féministes se font entendre et sont reconnues par la société française. Outre les normes institutionnalisant clairement les inégalités de genre, telles celles liées au régime matrimonial et contenues dans le Code civil depuis 1804, l'apparente neutralité du droit dans sa rédaction n'empêche pas son détournement afin de conserver des hiérarchisations genrées. L'acmé est atteinte lorsque les pouvoirs publics, comme le gouvernement de Vichy, se font le relais de l'antiféminisme et l'intègrent pleinement dans le discours juridique.
- 14 La conception juridique française des catégorisations genrées s'exporte au-delà des frontières métropolitaines pour trouver outre-mer un cadre original d'application. Au sein de la fédération de l'Afrique occidentale française (AOF), le droit colonial illustre particulièrement les différences genrées qu'il admet sur le sol français lorsqu'il se trouve confronté aux actes sorcellaires ayant cours à l'époque coloniale. L'administration française se présentait alors comme apportant la civilisation aux populations colonisées. Dans les territoires ultramarins de l'Afrique occidentale française à

l'époque coloniale, la puissance publique s'efforce de lutter contre les actes sorcellaires commis par les populations colonisées en raison des troubles à l'ordre public colonial que leur usage cause (**Maxime Tourette – Article 4**). La documentation issue des administrateurs coloniaux fait état de l'attention particulière portée à la sorcellerie féminine, qui laisse entrevoir de multiples dilemmes propres à l'action civilisatrice, entre émancipation et persistance des inégalités de genre. Il en ressort que dans sa lutte contre les pratiques sorcellaires réprimées, l'administration coloniale ne se préoccupe qu'à la marge du genre des personnes présumées sorcières.

- 15 Loin de rejeter les conceptions classiques et celles, modernes, qui s'en inspirent quant à la place des femmes en société, le droit français contemporain persiste à vouloir les faire dépendre de leurs pendants masculins. Les discours à leur sujet poursuivent l'idée d'une relative incapacité juridique liée à la féminité et, par là, celle d'une infériorité face à la domination masculine. Le droit matrimonial post-révolutionnaire est particulièrement éclairant concernant la domination des hommes à l'encontre des femmes ; l'un des exemples les plus frappants en la matière reste le délai de viduité, introduit dans le Code civil de 1804. Cette disposition, initialement conçue comme non spécifique à un genre, impose en l'occurrence aux femmes un certain temps avant de pouvoir se remarier à la suite d'une séparation ou un décès. Si l'objectif initial du droit est de limiter les incertitudes filiales, **Marie Dry** montre bien que les discours mobilisés afin de conserver la norme dans le régime matrimonial visent à maintenir une hiérarchie et des inégalités entre femmes et hommes (**Article 5**). Alors même que les tests ADN permettent d'établir avec certitude la filiation, il faut attendre 2004 en France pour que le délai de viduité soit abandonné. Il ne s'agit donc pas là d'une disposition juridique sexospécifique en raison de caractéristiques biologiques liées à l'accouchement, mais une façon d'assigner les femmes à un rôle déterminé, celui de la maternité. Le droit se conçoit alors comme un plein instrument de légitimation de la domination masculine à l'encontre des femmes.

Axe 2 — Des pratiques juridiques exposant les catégories de genre

- 16 Toujours dans la lignée des travaux de Pound, la seconde partie de ce dossier s'intéresse donc au droit en pratique. Elle met en lumière la façon dont les justiciables emploient le droit pour modifier ou contredire les catégorisations genrées dont découlent un certain nombre d'inégalités. Tout comme les usages sociaux déterminent le contenu du droit, l'activité jurisprudentielle pose un cadre nécessaire à l'élaboration d'un droit à proximité des justiciables. Les tribunaux doivent alors composer avec les catégorisations genrées auxquelles sont assujettis les justiciables, qu'ils aient ou non des liens avec le monde judiciaire. Dans une société où le droit peut géographiquement diverger, l'étude de la prise en compte des catégories de genre d'une instance à l'autre s'avère d'autant plus intéressante.
- 17 C'est ce que se propose de faire **Romain Facchini** en appréciant la place occupée par les femmes-marchandes dans la sphère provençale de l'Ancien Régime (**Article 6**). L'étude des mémoires d'avocats montre les limites des opportunités offertes aux femmes dans l'exercice de la pratique commerçante. Malgré la possibilité qui leur est reconnue par les textes d'exercer ce métier, les femmes sont contraintes par d'autres normes, tel le régime matrimonial ou les règlements des corporations. À partir de l'étude des mémoires d'avocat (*factums*), cet article présente l'encadrement des femmes marchandes marseillaises dans la seconde moitié de l'Ancien Régime. Malgré leur possibilité d'exercer, la pratique commerçante est souvent gênée par la réglementation de corporations ou encore par le lien conjugal, pour la jouissance des bénéfices du commerce ou l'engagement de la responsabilité. Ainsi, la mise en relation de ces différentes normes dans les affaires judiciaires nuance un discours d'autonomie relatif au commerce, qui se trouve amoindri par la représentation des femmes dans les textes sur le mariage. La pratique s'avère évidemment bouleversée par les changements sociaux importants qui peuvent survenir, bien que le dépassement des catégories genrées et des rôles qu'elles induisent reste une gageure dans l'histoire juridique française.

- 18 Dans la droite ligne des développements qui ont su montrer comment le droit reproduit les catégorisations traditionnelles de genre et par conséquent les inégalités femmes-hommes, **Oona Le Meur** intègre l'étude ethnographique d'une juridiction belge de première instance en matière pénale. Elle met ainsi en lumière les mécanismes juridiques de ladite reproduction et les outils permettant de les déceler (**Article 7**). Pour ce faire, son travail interroge la dimension genrée du raisonnement juridique, et en particulier les paramètres qui structurent le raisonnement juridique dans les affaires de viol ; notamment la production située de la notion de « crédibilité ». Son approche ethnographique permet la mise au jour d'éléments récurrents qui sont systématiquement discutés au cours des échanges. Il devient alors possible de montrer, en prenant appui sur des exemples concrets, à quel point les catégories genrées jouent un rôle structurant dans le raisonnement scientifique, d'une part, et d'autre part à quel point ces catégories genrées fonctionnent de façon binaire et antagoniste.
- 19 Enfin, la doctrine joue un rôle conséquent en ce qu'elle peut constater, voire anticiper les préoccupations juridiques qui peuvent peser sur les femmes et leur statut. Ainsi, la doctrine n'influence pas uniquement les instances judiciaires en matière de prise en compte par le droit des catégorisations genrées, de même que celles-ci ne sont pas les seules à relever les inégalités de traitement selon le genre dans la sphère juridique. L'administration se voit régulièrement confrontée aux différences de statut qui dépendent des déséquilibres attachés au genre. Il lui revient dès lors de dépasser ces catégories et d'appliquer un droit le plus neutre possible quant au traitement des administré·es. L'exclusion de certaines femmes du droit d'asile par les autorités compétentes est-elle revêtue de justifications objectives quant au genre des requérant·es, comme le relève **Juliette Guiot** (**Article 8**) ? Comme le rappelle son article, le genre est désormais un critère essentiel dans la reconnaissance d'une protection internationale, tout comme il l'est dans la mise en œuvre des clauses d'exclusion. L'autrice s'attarde sur les représentations sociales attachées aux femmes et montre comment ces représentations font osciller les juges entre clémence et sévérité. Elle se demande notamment si les stéréotypes de genre empêchent les juges de reconnaître que les femmes peuvent être coupables d'actes d'une

grande violence, ou comment le modèle masculin influence la jurisprudence alors même que le texte est plus neutre²⁶. Elle revient également sur la demande formulée par la Cour de justice de l'Union européenne quant à la création d'un « groupe social des femmes » pour permettre une meilleure application du droit d'asile²⁷.

- 20 L'ensemble de ces travaux, qu'ils soient entièrement précurseurs ou qu'ils poursuivent des questionnements ébauchés au sein des approches critique du droit ces dernières années, font la force de ce premier numéro de la revue *Mélété*. Ils soulignent également combien l'histoire juridique en France doit encore se saisir pleinement des questions liées au genre et aux inégalités de traitement affectant négativement les femmes.

NOTES

1 Cela recouvre une obligation à une activité sexuelle au sein du couple.

2 CEDH H.W c. France, n° 13805/21, § 89.

3 En 2022, 373 000 femmes en moyenne ont été victimes de violences physiques, sexuelles et/ou psychologiques par leur conjoint ou leur ex-conjoint. Pour les chiffres, consulter : <https://arretonslesviolences.gouv.fr/j-e-suis-professionnel/chiffres-de-referance-violences-faites-aux-femmes> (consulté le 31/01/2025).

4 Épistémologiquement, le genre a d'abord été utilisé comme un synonyme de sexe puis son sens s'est modifié pour recouvrir l'ensemble des comportements et représentations sociales sur le modèle d'une bicatégorisation entre les sexes. Cependant, cette conceptualisation a été nuancée par certains penseurs. Par exemple, Thomas Laqueur met en lumière l'importance culturelle dans la conception autonome du sexe féminin par rapport au masculin. T. Laqueur, *La fabrique du sexe : essai sur le corps et le genre en Occident*, Paris, Gallimard, 1992 ; S. Hennette-Vauchez, « Analyse juridique du genre », R. Encinas de Muñagori, S. Hennette-Vauchez, C. Miguel Herrera, O. Leclerc (dir.), *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Paris, Kimé, 2016, p. 115-116.

5 À rebours de cette conception, certains articles de ce dossier (ainsi que la présente introduction) valorisent l'emploi de l'écriture inclusive dans ses formes multiples. En effet, que ce soit le point médian, la forme épïcène ou

la double flexion (la juxtaposition du masculin et du féminin), ce type d'écriture permet de préciser les formulations et de pointer les impensés de la langue. Voir à ce sujet la bibliographie sélective proposée par la Bibliothèque nationale de France, *Trouble dans la langue. De la féminisation à l'écriture inclusive*, mars 2022, https://www.bnf.fr/sites/default/files/2022-03/Biblio_trouble_dans_la_langue_mars22.pdf (consulté le 31/01/2025).

6 Selon les termes de Roscoe Pound dans son article précurseur du réalisme américain, « Law in books and law in action », *American law review*, n° 44, 1910, p. 12-38. Une traduction en français réalisée par Prune Decoux est disponible en ligne : R. Pound, « Le droit des livres et le droit en pratique », *Clio@Themis*, n° 11, 2016, p. 1-23, <http://journals.openedition.org/cliothemis/1124> (consulté le 31/01/2025).

7 Par exemple, même si le père et la mère disposent de l'autorité parentale, il est commun pour le juge d'accorder la garde à la mère à qui on prête plus facilement, dans la société occidentale, des devoirs familiaux.

8 À cet égard, le genre n'est qu'un des nombreux prismes au moyen desquels il est possible d'étudier les dominations entretenues par le droit. L'intersectionnalité permet d'envisager l'action simultanée de différentes discriminations (âge, genre, race, classe sociale...). Voir à ce sujet K. Crenshaw, « Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics », *University of Chicago Legal Forum*, n° 1, 1989, p. 139-167.

9 Citons la création de la *Harvard Journal of Law and Gender* en 1977 et A. C. Scales, « The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay », *Yale Law Journal*, vol. 95, n° 7, 1986, p. 1373-1403.

10 Par exemple : G. Fraisse, *Muse de la raison. La démocratie exclusive et la différence des sexes*, Aix-en-Provence, Éditions Alinea, 1989.

11 Sur ce sujet : C. Cardi et A.- M. Devreux, « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du Genre*, n° 57, 2014, p. 7.

12 Par exemple, la loi Veil de 1975 relative à l'IVG renvoyait à l'état de détresse de la femme enceinte (cette disposition perdure jusqu'à 2014). Une telle formulation invite à une vision uniformisante des femmes, sans distinction au sein du groupe.

13 Citons l'article 34 de la Constitution de 1958, modifié le 8 mars 2024. Il dispose : « La loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de

grossesse. ». En protégeant l'IVG, il l'associe aux femmes. Les femmes sont ici associées au groupe assigné féminin à la naissance, les femmes cisgenres. En outre, l'emploi du singulier renforce l'uniformisation et la stéréotypisation. Une formulation plus inclusive impliquerait d'employer le pluriel et de remplacer « femme » par « personnes pouvant enfanter ».

14 Entre autres : P. Charlot et É. Gasparini (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, Dijon, EUD, 2008, p. 93-121 ; C. Bontemps, *Mariage – Mariages*, Paris, PUF, 2001 ; Y. Thomas, « La division des sexes en droit romain », G. Duby et M. Perrot (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, P. Schmitt Pantel, Tome 1 : *l'Antiquité*, Paris, Plon, 1991, p. 103-168 ; V. Demars-Sion, *Femmes séduites et abandonnées au XVIII^e siècle. L'exemple du Cambrésis*, Hellemmes, Ester, 1991.

15 Le projet est coordonné par Hélène Duffuler-Vialle (Université d'Artois) et publiera un ouvrage collectif en 2025. Site de l'ANR : <https://hljgenre.hypotheses.org/le-projet-anr-hljgenre/presentation-de-lequipe> (consulté le 31/01/2025).

16 « Un régime de genre peut être défini comme un agencement particulier et unique des rapports de sexe dans un contexte historique, documentaire et relationnel spécifique ». D. Lett, « Les régimes de genre dans les sociétés occidentales de l'Antiquité au XVII^e siècle », *Annales. Histoire, sciences sociales*, vol. 67, n° 3, 2012, p. 565-566.

17 C'est d'ailleurs en ce sens que se comprend la célèbre citation de Simone de Beauvoir « on ne naît pas femme, on le devient » dans S. de Beauvoir, *Le Deuxième Sexe*, tome 2, Paris, Gallimard, 1976 [1949], p. 13.

18 R. Hunter, E. Rackley (dir.), *Justice for everyone: The jurisprudence and legal lives of Brenda Hale*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

19 O. Bowcott, « Lady Hale: Supreme Court should be ashamed if diversity does not improve », *The Guardian*, 6 novembre 2015, <https://www.theguardian.com/law/2015/nov/06/lady-hale-supreme-court-ashamed-diversity-improve> (consulté le 15/02/25).

20 M. Bentham, Entretien avec Lord Sumption, « Rush for gender equality with top judges 'could have appalling consequences for justice' », *The Standard*, 21 septembre 2015, <https://www.standard.co.uk/news/uk/rush-for-gender-equality-with-top-judges-could-have-appalling-consequences-for-justice-a2952331.html> (consulté le 15/02/25).

21 A. Revillard, K. Lempen, L. Bereni, A. Debauche et E. Latour, « À la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones »,

Nouvelles Questions Féministes, vol. 2, n° 28, 2009, p. 4-10, <https://doi.org/10.3917/nqf.282.0004> (consulté le 15/02/25).

22 L. Langevin (dir.), « L'influence du féminisme sur le droit au Québec », *Cahiers du droit*, vol. 1, n° 36, 1995, p. 3-320.

23 A. Devillé et O. Paye (dir.), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Presses Universitaires de Saint-Louis, 1999.

24 S. Hennette-Vauchez et C. Girard, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, vol. 2, n° 20, 2012, p. 55.

25 O. de Gouges, « Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne [1791] », *Les Cahiers du CREDEF*, n° 2, 1996, p. 280. En amorce de l'annexe du hors-série consacré à « La démocratie "à la française" ou les femmes indésirables », Olivier Blanc précise que ce « pastiche de la *Déclaration* [...], rédigé dans l'indignation du moment, sur le mode de la dérision, sans prétention, [...] donna donc lieu à plaisanterie, comme elle l'avait prévu, mais aussi à réflexion, comme elle le souhaitait ».

26 Il faut attendre des décisions tardives pour changer la donne : CJUE, 16 janvier 2024, aff. c. 621/21 : « les femmes, dans leur ensemble, peuvent être regardées comme appartenant à un "certain groupe social", au sens de l'article 10, paragraphe 1, sous d), de la directive 2011/95, lorsqu'il est établi que, dans leur pays d'origine, elles sont, en raison de leur sexe, exposées à des violences physiques ou mentales, y compris des violences sexuelles et des violences domestiques. »

27 Poursuivant ainsi une réflexion entamée il y a quelques années par Alexandra Korsakoff. Voir à ce sujet A. Korsakoff, *Vers une définition genrée du réfugié. Étude de droit français*, Paris, Mare & Martin, 2021.

AUTEURS

Claire Laborde-Menjaud

Claire Laborde-Menjaud est doctorante au sein du Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD) de l'université Paris Nanterre. Ses travaux portent sur la condamnation de la mémoire sous l'Empire Romain. Elle rédige une thèse intitulée « *Damnatio memoriae. Les politiques antiques de la mémoire* » sous la direction de la Professeure Soazick Kerneis.

IDREF : <https://www.idref.fr/285211889>

Alexandrine Nedelec

Alexandrine Nedelec est maîtresse de conférences en civilisation britannique à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Ses travaux portent sur l'articulation entre droit et genre au Royaume-Uni, en particulier au prisme de l'intersectionnalité et concernant les questions reproductives et les professions juridiques.

IDREF : <https://www.idref.fr/149400810>

ORCID : <http://orcid.org/0009-0005-4814-7604>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/alexandrine-guyard-nedelec>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000012338923X>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/17028973>

Maxime Tourette

Maxime Tourette est doctorant au sein du Centre d'histoire et d'anthropologie du droit (CHAD) à l'université Paris Nanterre. Il rédige actuellement une thèse intitulée « Les crimes rituels en Afrique occidentale. Les pratiques traditionnelles pénalement répréhensibles pour le colonisateur français (1903-1945) » sous la direction de la Professeure Soazick Kerneis.

IDREF : <https://www.idref.fr/285212265>

Déceler le genre dans les textes juridiques. Outils méthodologiques

Detecting Gender in Legal Texts: Methodological Tools

Prune Decoux et Hélène Duffuler-Vialle

DOI : 10.35562/melete.82

PLAN

- I. La première étape : L'analyse formelle du texte normatif
 - A. L'analyse textuelle
 - B. L'analyse transtextuelle
- II. L'analyse du paratexte et de ses biais
 - A. Les biais explicites
 - B. Les biais implicites
 - C. Les biais en creux
- III. L'analyse diachronique
- IV. Les finalités et justifications de la norme

TEXTE

- 1 L'acculturation des études de genre¹ en France en droit, et encore davantage en histoire du droit, se réalise beaucoup plus tardivement que dans d'autres disciplines des sciences humaines et sociales. S'il existe quelques travaux de recherche en histoire du droit qui se sont intéressés directement à la condition des femmes², à la sexualité³ ou aux violences conjugales⁴, rares sont les travaux qui interrogent la dimension construite de la différenciation sexuelle, à l'exception notable des travaux d'Yan Thomas⁵ et de ceux, résolument ancrés dans le champ des études féministes, de Michèle Bordeaux⁶. Ce n'est qu'en 2015 qu'une thèse en histoire du droit mobilise, pour la première fois, le genre comme catégorie d'analyse du droit⁷ et que quelques historiennes et historiens du droit tels qu'Arnaud Paturet⁸, Florence Renucci⁹ ou Alain Wijffels¹⁰ s'emparent de ce concept. Dans le sillage du projet ANR REGINE¹¹ qui a permis de légitimer ce champ d'études au sein de la science juridique, le projet ANR HLJPGenre¹² a débuté en février 2022 et a pour ambition d'enrichir et diffuser les études de genre au sein de l'histoire du droit. C'est dans ce cadre

qu'un colloque international de trois jours s'est tenu sur le thème « Discours juridiques, genre et histoire »¹³ et qu'est prévue la publication de l'ouvrage *Sous l'universel, le genre. Le discours juridique au prisme du genre* en 2025. En parallèle, *Clio@Themis*, une des principales revues en histoire du droit a consacré un dossier au thème « Genre, histoire et droit »¹⁴.

- 2 Le projet HLJPGenre analyse les systèmes juridique et judiciaire au prisme du genre, de la Révolution à nos jours. Deux axes sont privilégiés : l'un concerne l'étude de la jurisprudence et se fonde sur le dépouillement des archives. Chaque strate de la chaîne judiciaire est analysée pour y vérifier la présence — ou non — de biais de genre, éventuellement corroborés par les biais de « race », de « classe », d'âge et de handicap, afin d'identifier l'absence ou la présence de mécanismes de différenciation dans l'application du droit. L'autre axe, qui nous retiendra plus longuement dans le présent article, a vocation à étudier la loi formelle. Or, l'histoire du droit ne s'est pas saisie, autrement que de manière empirique, des outils méthodologiques issus des études de genre ; il s'agissait donc de créer nos propres grilles d'analyse. Notre équipe a élaboré, collectivement, un instrument de lecture susceptible de servir à toutes celles et ceux souhaitant introduire une dimension genrée dans leurs travaux.
- 3 Notre méthode d'analyse s'inspire de travaux existants, notamment de l'apport de l'interdisciplinarité dans l'étude des textes juridiques telle que théorisée par Véronique Champeil-Desplats¹⁵, ainsi que de la grille d'analyse élaborée dans le cadre du projet ANR REGINE¹⁶. La spécificité de notre approche genrée du droit par rapport à celle de REGINE réside dans notre choix, à première vue paradoxal, d'élaborer un outil d'analyse du droit formel, malgré notre inscription dans une perspective réaliste du droit. Le paradoxe évoqué n'est toutefois qu'apparent : nous ne cherchons pas à mesurer l'impact concret des textes juridiques étudiés. Les résultats obtenus à l'aide de notre grille d'analyse mettent en lumière les représentations genrées qui sous-tendent le système juridique, conçu ici comme un discours symbolique. Une autre distinction relève de notre ancrage disciplinaire en tant qu'historien·nes du droit, qui nous a conduit·es à placer la perspective diachronique au cœur de notre démarche.

- 4 L'analyse des textes de loi que nous proposons se place dans la continuité d'une étude très classique du droit, à savoir l'exégèse du droit formel. Il s'agit de procéder, en guise de première étape, à une analyse littérale du texte primaire afin d'en extraire la « lettre de la loi ». Ensuite, cette étape est corroborée par une deuxième étape, l'analyse du paratexte – les débats législatifs et les interprétations doctrinales de référence, dont l'autorité permet d'infléchir le sens de la loi –, afin de saisir le fameux « esprit de la loi ». Ici, l'originalité de l'approche méthodologique du projet HLJPGenre par rapport aux analyses formalistes classiques du droit consiste à faire une exégèse genrée du texte de loi.
- 5 Cette démarche permet d'interroger la neutralité et l'universalité de la « Loi » et d'étudier la fabrique du genre à l'œuvre dans le droit c'est-à-dire la manière dont le droit entérine, produit, invisibilise ou neutralise les rapports sociaux binaires et hiérarchisés entre les individus. La grille de lecture du genre, à chacune de ses étapes, est appréhendée dans une approche intersectionnelle c'est-à-dire en précisant si les rapports sociaux de sexe sont, ou non, imbriqués dans d'autres rapports sociaux : classe, race, âge, handicap...
- 6 En outre, dans une perspective diachronique, la troisième étape de l'analyse consiste à interroger la trajectoire genrée du droit. Lorsque le même texte évolue, existe-t-il une continuité ou une rupture dans la manière dont le genre est appréhendé dans les différentes versions du texte ? La quatrième et ultime étape consiste à s'interroger sur les objectifs genrés de la loi, dont les justifications peuvent varier selon les différent-es protagonistes qui interviennent dans le processus législatif.
- 7 La grille offre une trame aisée à suivre et permet de décortiquer un texte et ses paratextes sous l'angle du genre. Quatre étapes invitent donc le chercheur ou la chercheuse à répondre à une série de questions afin d'en tirer des conclusions : l'analyse formelle du texte (I), l'analyse des biais du paratexte (II), l'analyse diachronique (III) et l'analyse des finalités de la norme et des justifications de ses acteurs et actrices (IV).

I. La première étape : L'analyse formelle du texte normatif

- 8 Cette première étape se réalise au sein d'une analyse textuelle (1) et transtextuelle (2).

A. L'analyse textuelle

- 9 De manière simple, nous entendons par texte normatif le texte pourvu de l'autorité de la règle de droit, la loi au sens large : une loi constitutionnelle, un traité international, un article de loi, un règlement, une circulaire... La première étape consiste en une analyse formelle de ce texte normatif grâce à une étude terminologique. Il s'agit ici de procéder à une analyse littérale des mots ou expressions du texte, en se posant la question suivante : contient-il des termes sexo-spécifiques, c'est-à-dire qui renvoient au sexe¹⁷ des personnes ? Par exemple, le mot « mari » est un terme sexo-spécifique, à la différence de « l'individu ».
- 10 Dans le cadre de cette analyse terminologique, il s'agit d'interroger la langue du droit, volontiers décrite comme générale et abstraite. Les textes emploient des formes passives, des tournures impersonnelles, des verbes constatifs qui entraînent un effet de neutralisation et d'universalisation¹⁸. L'une des principales questions que se posent les chercheur·euses qui travaillent sur le genre porte sur le masculin utilisé dans la langue du droit. À l'instar de la langue française en général, le masculin est dit « neutre », à savoir un masculin générique incluant les individus, quelle que soit leur assignation de sexe. Néanmoins, ce masculin universel de la langue du droit ne survit pas toujours à l'analyse genrée du droit. Si le masculin de la langue française est réputé universel et si la règle grammaticale selon laquelle « le masculin l'emporte » paraissent être des règles et des usages immuables et apolitiques de la langue, leur historicisation met à nu ces mythes linguistiques. Ainsi, les travaux d'Éliane Viennot prouvent que cet usage du masculin générique et ces règles de grammaire datent en réalité du ^{xvii}^e siècle¹⁹ et constituent une véritable politique de masculinisation de la langue destinée à fermer aux femmes l'accès de certaines professions ou fonctions²⁰. De plus,

le masculin français ne peut être qualifié de « neutre » puisque contrairement aux véritables catégories neutres de l'allemand, du suédois ou du latin, il désigne un groupe sexo-spécifique. Olympe de Gouges soulève cette ambiguïté en soulignant qu'alors que la Déclaration des droits de l'Homme proclame que les hommes naissent libres et égaux en droit, elle exclut les femmes de la citoyenneté politique. Ce faisant, elle prend le terme « homme » de la DDHC pour ce qu'il est, c'est-à-dire un masculin particulariste qui ne concerne, en réalité, que certains individus : ceux identifiés comme étant de sexe mâle. En miroir, elle rédige sa « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne » qui reconnaît la liberté et l'égalité des femmes et des hommes²¹.

- 11 Ainsi, face au postulat du masculin universel de la langue du droit, l'analyse genrée invite les chercheur·euses à s'interroger : le masculin utilisé dans le texte étudié est-il générique ou genré ? Prenons, par exemple, l'article 9 de la Constitution de 1791 dispose que « Les citoyens qui composent chaque commune, ont le droit d'élire à temps, suivant les formes déterminées par la loi, ceux d'entre eux qui, sous le titre d'Officiers municipaux, sont chargés de gérer les affaires particulières de la commune ». Dans ce texte, les termes masculins utilisés « citoyens », « eux » et « Officiers municipaux » ne sont pas inclusifs et ne renvoient pas au masculin universel. Au contraire, ils sont sexo-spécifiques car les femmes sont dépourvues de la citoyenneté politique et sont, *de facto*, exclues de l'application de ce texte.
- 12 Le genre ne pouvant être détaché d'autres rapports sociaux, des questions complémentaires sont également à se poser et les termes, selon les cas, pourront également être qualifiés de :
 - aetato-spécifique, c'est-à-dire en lien avec l'âge. L'article 144 du Code civil, en vigueur de la loi du 27 mars 1803 jusqu'à la loi du 4 avril 2006, disposait que « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ». Les termes de ce texte sont à la fois sexo-spécifiques et aetato-spécifiques.
 - socio-spécifique, en lien avec la classe sociale, comme dans l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1906 : « Il est interdit d'occuper plus de six jours par semaine un même employé ou ouvrier dans un établissement industriel ou commercial ou dans ses dépendances [...] ».

- racio-spécifique, natio-spécifique, culturo-spécifique et religio-spécifique²² : nous avons groupé ces différentes catégories pour ne pas complexifier outre mesure le propos, en sachant qu'un même terme, selon la manière dont il est utilisé dans un texte, pourra renvoyer à l'une ou l'autre des catégories voire à plusieurs des qualificatifs susmentionnés. La série d'exemples listés ci-dessous permet d'illustrer concrètement notre propos.

- 13 L'article 1^{er} de la loi du 3 octobre 1940 dispose : « est regardé comme juif, pour l'application de la présente loi, toute personne issue de trois grands-parents de race juive ou de deux grands-parents de la même race, si son conjoint lui-même est juif ». Dans ce texte, le terme « juif » est racio-spécifique, mais dans d'autres textes ce terme pourrait être religio-spécifique ou culturo-spécifique²³.
- 14 L'alinéa 1^{er} de l'article 12 de loi du 1^{er} janvier 1889 dispose que « [l]'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari ». Les termes « étrangères » et « Français » sont tous deux à la fois natio-spécifique et sexo-spécifique, là où le terme « mari » est seulement sexo-spécifique. Notons que « Français » n'est pas un masculin générique car le « mari » d'une étrangère, dans une approche binaire et hétéronormée, ne peut être qu'une personne identifiée et assignée homme²⁴.
- 15 Le dernier alinéa de l'article 2 de la loi du 4 février 1919 sur l'accession des indigènes de l'Algérie aux droits politiques dispose que « la femme d'un indigène devenu citoyen français postérieurement à son mariage pourra demander à suivre la nouvelle condition de son mari ». Dans ce texte, l'analyse genrée et intersectionnelle permet de relever des termes sexo-spécifiques tels que « la femme » et « son mari », culturo-spécifiques voire racio-spécifiques comme « indigène » et natio-spécifique, « français »²⁵.
- 16 Dans le même corpus, à l'article 3, « l'indigène musulman algérien qui désire bénéficier de la présente loi doit adresser au juge de paix, ou à l'autorité qui le remplace, une demande en deux exemplaires ». Ici, le terme « indigène » relève du racio ou/et culturo-spécifique tandis que « musulman » est religio-spécifique ; le débat reste ouvert sur l'utilisation du terme « algérien » qui est ici culturo voire racio-spécifique, mais qui dans un autre contexte que celui d'une loi coloniale, serait un terme natio-spécifique.

- 17 Dernier exemple, l'article 14 de la loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) relative à l'organisation des cultes dispose que « [l]e Gouvernement assurera un traitement convenable aux évêques et aux curés dont les diocèses et les paroisses seront compris dans la circonscription nouvelle ». L'analyse genrée et intersectionnelle met en exergue les vocables « évêques » et « curés » comme religio-spécifiques et sexo-spécifiques. En effet, le masculin est exclusif car aucune personne assignée femme ne peut être concernée par ce texte²⁶.
- 18 La nécessité de l'historicisation s'impose déjà à ce stade puisque selon les époques, un terme peut être devenu neutre alors qu'il était initialement sexo-spécifique. Tel est le cas avec le terme « sévices ». L'article 4 du paragraphe 1 de la loi du 20 septembre 1792 énumère les motifs de divorce, notamment les « crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ». Selon la 4^e édition de l'Académie française, qui date de 1762, les sévices sont d'abord et avant tout définis comme un « rude traitement que fait un mari à sa femme, et qui va jusqu'aux coups. Il n'est en usage qu'au Palais ». Les sévices renvoient donc à un terme juridique qui désigne des violences conjugales genrées, à savoir des violences exercées par un mari sur sa femme. C'est la loi de 1792 qui universalisera ces violences par l'ajout de la mention « de l'un envers l'autre ». « Sévices » est donc un terme juridique initialement genré qui visait directement les violences commises contre les femmes, dans le cadre conjugal, et qui est devenu neutre²⁷.

B. L'analyse transtextuelle

- 19 Certains textes seront porteurs d'une autre interprétation à la lumière d'une analyse croisée des textes issus d'un même corpus ou d'un même système juridique. Une fois de plus, l'approche classique d'interprétation du droit issue de la dogmatique juridique prend une dimension nouvelle en étant repensée à travers une grille d'analyse genrée et intersectionnelle.
- 20 Par exemple, l'article 29 de la section 1 du titre II du Code pénal de 1791 dispose que « [l]e viol sera puni de six années de fers »²⁸. Dans ce texte, le viol n'est pas défini et une lecture anachronique du texte pourrait laisser penser que ce n'est pas un terme sexo-spécifique. Or, son historicisation démontre que, dans le langage courant, le viol est un terme qui désigne des violences sexuelles hétérosexuelles, et

même, pour plus de précisions, la pénétration d'un vagin par un pénis et donc une relation sexuelle assimilée à la pratique procréative. Néanmoins, l'usage juridique de la langue peut être différent du sens commun puisque la langue du droit use et abuse de la déformation usuelle du sens classique des mots pour l'ériger en langue de spécialiste. Aussi peut-on, d'un point de vue théorique, s'interroger sur le sens juridique du mot viol. L'analyse transtextuelle est alors éclairante et confirme le sens commun du mot. En effet, l'article 30 de la section 1 du titre II du Code pénal de 1791 dispose que « [l]a peine portée en l'article précédent sera de douze années de fers, lorsqu'il aura été commis dans la personne d'une fille âgée de moins de quatorze ans accomplis [...] »²⁹. Dans cet article, qui précise les circonstances aggravantes du viol, l'analyse genrée et intersectionnelle permet de relever des termes sexo-spécifiques et aetato-spécifiques. Le viol n'est toujours pas défini, mais il est commis sur une fille âgée de moins de 14 ans, ce qui implique donc que le viol est pensé de manière genrée : la victime est nécessairement une « fille ». S'il est question de viol aggravé dans ce texte, ce n'est pas du fait de violences qui seraient genrées, mais pour une question d'âge. *A contrario*, il est évident que le viol ne saurait être constitué si la victime est une personne identifiée comme garçon.

- 21 Les silences peuvent également être révélateurs du sujet de droit envisagé. Ainsi, la circulaire du 15 novembre 1945 du garde des Sceaux aux Directeurs régionaux de l'Administration pénitentiaire dit :

« il m'est apparu qu'il convenait de ne pas se laisser se distendre les liens d'affection qui unissent le détenu à sa famille, et j'ai décidé en conséquence d'autoriser à l'avenir les condamnés définitifs à conserver sur eux les photographies de leurs proches (père, mère, femme et enfants) »³⁰.

- 22 Le terme masculin « détenu » devrait être appréhendé comme un masculin universel, dans le sens où les femmes détenues — certes moins nombreuses — sont aussi concernées par le texte ; il serait inimaginable que seuls les hommes détenus puissent conserver les photographies de leurs proches. Néanmoins, la liste des proches énumérés dans la circulaire montre que la personne détenue est pensée au masculin genré dans une approche hétérocentrée : époux

d'une femme, la personne condamnée ne peut être qu'un homme. Les femmes ne sont pas sciemment écartées de l'application de la circulaire, elles sont « juste » oubliées.

II. L'analyse du paratexte et de ses biais

- 23 La deuxième étape réside dans l'analyse du paratexte et des biais qu'il comporte. Après avoir étudié le texte normatif, il s'agit désormais d'étudier la production qui entoure ce texte et la présence, ou non, de biais de genre.
- 24 La question du paratexte est importante. En effet, nous considérons qu'un texte normatif ne peut être pleinement analysé qu'en le replaçant dans son contexte de production : si l'étude porte sur une loi ou un article de loi, les débats parlementaires qui lui sont relatifs sont des paratextes tout indiqués. De nombreux travaux invitent à des réflexions épistémologiques poussées sur la manière dont les débats parlementaires peuvent être étudiés³¹. Les retranscriptions donnent accès à l'élaboration de la loi et aux débats qui l'ont modelée³² : c'est là que l'analyse de discours intervient et qu'elle va permettre de déceler les représentations qui sous-tendent les mots employés. Repérer les biais de genre et les biais intersectionnels sera ici la tâche principale et à ce titre, l'élaboration et la conception d'un logiciel d'analyse textuelle, à l'instar d'*Alceste*, d'*Iramuteq* ou de *Tropes*³³, mais dédié aux thématiques du genre et de l'intersectionnalité, serait extrêmement profitable. En outre, la contextualisation du débat permet de montrer l'androcentrisme institutionnel de l'instance de production de la norme dans le sens où l'exclusion des femmes et, jusqu'à récemment, leur présence moindre, crée un déséquilibre genré préalable.
- 25 Les biais de genre, comme d'autres biais cognitifs, sont souvent inconscients et font partie de l'activité normale du cerveau humain : pour prendre des décisions ou porter un jugement rapidement dans un monde social très complexe, nous activons une série de raccourcis mentaux. Or, ces processus cognitifs sont largement influencés par notre exposition à différents préjugés ou stéréotypes, notamment genrés, également racialisants ou classistes. Les biais de genre ou

relevant d'autres marqueurs sociaux sont nombreux et innervent toutes les activités sociales, sans épargner l'activité législative : des biais de genre ou/et intersectionnels se retrouvent dans le paratexte qui entourent un texte normatif. Ils peuvent être de trois types : explicites (1), implicites (2) ou en creux (3).

A. Les biais explicites

- 26 Les biais explicites affirment, formulent, de manière claire et précise : une différenciation sociale entre les sexes³⁴ et/ou l'hétéronormativité, la racialisation des questions sociales, les différenciations sociales d'âge ou de classe... Ils sont faciles à déceler justement en raison de leur littéralité et du fait qu'ils emploient souvent des termes sexo-spécifiques, aetato-spécifiques ou encore racialisés-spécifiques. Les exemples abondent au XIX^{ème} siècle, notamment quand les députés font état de l'obéissance naturelle que la femme doit à son mari dans le cadre du mariage. Pour autant, les biais explicites ne sont pas forcément dépréciatifs, ni même cantonnés à une époque révolue. Les débats sur la parité en politique ont récemment suscité des propos censément flatteurs pour les femmes, en louant par exemple leur douceur et leur capacité à apaiser les conflits. Il s'agit, là également, de biais explicites. Cette approche qui renvoie aux éthiques de la sollicitude révèle un ordre juridique de genre différentialiste.

B. Les biais implicites

- 27 Les biais implicites reposent sur des sous-entendus et sont parfois plus subtils. Ils nécessitent de redoubler de précautions pour ne pas se méprendre sur une expression qui serait, réellement, employée innocemment. Néanmoins, considérer que les procédés rhétoriques n'existent pas ou ne sont pas étudiables serait faire preuve d'irénisme. Une attention particulière apportée au contexte et aux acteurs et actrices permettra de lever les ambiguïtés. Les biais peuvent être implicites par présupposition, par analogie, par référence ou par silence.
- 28 Les biais implicites par présupposition reposent sur une supposition préalable et non formulée. Par exemple, la plupart des références à la sexualité dans les débats législatifs présupposent des relations

sexuelles exclusivement hétérosexuelles. Les biais implicites par analogie procèdent également par sous-entendus, mais ils apparaissent en comparaison avec une situation inverse ou analogue.

- 29 Les biais implicites par référence renvoient à un ensemble normatif ou à des représentations socioculturelles. Les biais implicites par référence socioculturelle pourront alors être collectifs ou ciblés. Ils sont collectifs dans cet exemple : si sont évoquées « les personnes travaillant dans le domaine de la petite enfance », il s'agira très probablement de références aux femmes, étant donné que de manière socioculturelle, ce sont elles qui sont poussées à investir ces champs. Les biais implicites par référence ciblée recouvrent, quant à eux, le procédé rhétorique dit de « l'appel du pied » ou *dog whistle* en anglais. Une formulation, d'apparence neutre pour la majorité des individus, prend un tout autre sens pour ses véritables destinataires. Ainsi, l'emploi des expressions « valeurs familiales » ou « théorie du genre » dans certains contextes est un signe d'appartenance aux idéologies antiféministes, homophobes et transphobes.
- 30 Les biais implicites par silence sont des biais qui n'impliquent pas de sous-entendus : l'implicite est ici poussé à son maximum, mais le silence est très lourd de sens. Certains discours autrefois librement tenus ne sont plus dicibles ni audibles et s'y livrer provoquerait une levée de boucliers. Néanmoins, cela ne les empêche pas d'imprégner l'ambiance et de donner le ton aux débats. En effet, les arguments explicitement sexistes ont tendance à disparaître³⁵, aussi ce sera par des formes détournées, des rires ou des silences opposés à certaines questions qu'il est possible d'en observer les réminiscences. En outre, le silence subi ou silence imposé est explicité par les femmes politiques qui reviennent sur leur prise de parole dans le cadre du débat parlementaire³⁶.
- 31 À l'instar des biais implicites, ces analyses sont délicates et demandent une grande finesse d'analyse. Souvent amorcées par l'intuition du ou de la chercheur-se, elles sont éminemment subjectives et d'une fiabilité très faible. Néanmoins, ce sont ces éléments diffus qui, quand ils sont saisis, apportent nuances, complexité et profondeur à une analyse qui sinon risque d'être trop superficielle, voire naïve.

C. Les biais en creux

- 32 Les biais en creux sont le troisième type de biais. Ils ne sont ni explicites ni implicites car ils relèvent de l'impensé, de situations qui n'ont même pas été envisagées ni conceptualisées. Dans des sociétés genrées, les cloisonnements entre les sphères des masculins et des féminins sont étanches. Les hommes occupent les postes de pouvoir et de prestige et reproduisent, parfois à leur insu et « de bonne foi », des schémas androcentriques qui oublient totalement les femmes. De la même manière, le modèle hétéronormatif omniprésent invisibilise les autres sexualités et les occultent.
- 33 Les biais en creux sont donc à chercher dans l'absence, notamment dans l'absence de mention des individus de l'autre sexe³⁷. Ainsi, dans le débat parlementaire du 19 septembre 1791 au sujet du futur article 26 du Code pénal sur les violences commises par un enfant envers ses père et mère, il n'est en réalité question que des violences commises par le fils envers son père³⁸. Lorsqu'il est question, dans un texte qui concerne les parents et les enfants, uniquement du père et du fils, comme dans ce débat, les représentations sont celles d'une violence physique exclusivement pensée dans un affrontement entre hommes. Les cas du fils qui lève la main sur sa mère ou de la fille qui se retournerait contre ses père et mère ne sont pas envisagés par les députés lorsqu'ils débattent de la loi.
- 34 Au terme de cette deuxième étape, précisons un élément important. Si nous avons indiqué que les débats parlementaires étaient les supports privilégiés de l'analyse, le paratexte analysé englobe également les débats doctrinaux, ainsi que tout texte relatif au projet ou à la proposition de loi et participant au processus législatif, à l'instar des textes préparés par des associations en amont ou aux avis du Conseil d'État au stade des projets. Quand ils se trouvent en amont de la rédaction de la norme, ils servent en effet à éclairer les enjeux juridiques des choix terminologiques textuels. En outre, quand elles sont produites une fois la norme adoptée, donc « en aval », les interprétations doctrinales sont parfois dotées d'une autorité qui peut infléchir le texte et bousculer, éventuellement, l'ordre juridique de genre.

- 35 Une fois ces études faites, les mots de la norme ont été analysés et elle a été replacée dans son contexte d'énonciation, ce qui a permis de révéler certaines représentations. Intervient alors une troisième étape, l'analyse diachronique.

III. L'analyse diachronique

- 36 Quand elle s'y prête, c'est-à-dire quand un texte normatif existe sur le temps long, cette étape confère un caractère évolutif à l'analyse et met au jour les dynamiques qui animent ses évolutions. L'analyse diachronique révèle la sensibilité des textes face au genre, de manière objective : comment les changements de termes nous renseignent-ils sur l'appréhension du genre et de ses variations ?
- 37 L'ordre juridique de genre recouvre trois composantes qui s'articulent ou se distinguent. En premier lieu, les sexes sont binaires et assignés : le système juridique impose d'être un homme ou une femme et c'est ce même système qui pose les critères de catégorisation ; l'individu n'est pas libre de s'auto-déterminer. En deuxième lieu, il impose une hétéronormativité, c'est-à-dire qu'il pose l'hétérosexualité en modèle dominant et supérieur aux autres types de sexualités. Enfin, l'ordre juridique de genre établit une distinction — et parfois une hiérarchie — entre les hommes et les femmes. La perspective diachronique révèle des tendances évolutives différentes de ces trois composantes du genre.
- 38 La différenciation formelle entre les hommes et les femmes est progressivement remise en question depuis la fin du ^{xix}^e siècle. Depuis la fin du ^{xx}^e siècle, dans une perspective d'égalité réelle, des politiques de quotas ou de discriminations positives sont établies juridiquement de manière à prendre en compte des inégalités systémiques et à les corriger.
- 39 Une autre variation du genre, l'hétéronormativité est également progressivement remise en question. Depuis 1982, les lois pénales ne répriment plus de manière discriminatoire les pratiques homosexuelles par rapport aux pratiques hétérosexuelles et des politiques pénales de lutte contre l'homophobie ont été mises en place. En outre, en 2013, le mariage pour les couples de même sexe ³⁹ a permis l'inclusion et la reconnaissance légale des couples gays

et lesbiens⁴⁰. Néanmoins, l'hétéronormativité n'est toujours pas totalement neutralisée dans l'ordre juridique, comme en témoignent bon nombre de textes relatifs à la filiation. Par exemple l'article 56 du Code civil dispose :

« La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sage-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. L'acte de naissance sera rédigé immédiatement »⁴¹.

40 Enfin, la troisième déclinaison de l'ordre juridique de genre, la binarité, reste prégnante dans l'ordre juridique. Ainsi, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, mentionne en son article 3 que « [l]a loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme »⁴², excluant ainsi les personnes intersexes ou non-binaires, ou plutôt leur imposant une assignation de sexe. Cette binarité n'est pas remise en question par les textes les plus récents : la dernière loi constitutionnelle qui modifie l'article 34 du 8 mars 2024 dispose que « [l]a loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse »⁴³. Même si le Conseil d'État entend inclure les hommes trans enceints dans cette disposition, les termes utilisés dans le texte normatif essentialise « la femme » dans un rôle procréatif. Les termes choisis ne neutralisent pas le genre.

41 Cependant, malgré la binarité structurelle du système juridique, il est possible d'identifier certains textes agenrés, dans le sens où ils pourraient être extraits du système juridique genré dans lesquels ils se trouvent et être employés tels quels dans un système juridique agenré, sans nécessiter de nouvelles relectures. Cette indifférence au genre doit s'apprécier d'un point de vue diachronique : les textes en question n'emploient aucun terme sexo-spécifique, ne modifient aucune norme genrée préexistante et ne produisent pas, *a priori*, de différenciation⁴⁴. C'est le cas par exemple de celui-ci : « [l]'insulte publique est punie de 50 euros d'amende », dont la formulation est restée stable dans le temps.

- 42 D'autres textes sont genrés et prévoient un traitement différencié sur le fondement de conceptions sociales liées à la binarité de sexe. Par exemple, la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employé·es dans l'industrie introduit des distinctions genrées qui n'existaient pas antérieurement dans le système juridique. Dans cette loi de protection sociale, les règles sont les mêmes pour tou·tes jusqu'à seize ans. À partir de cet âge, la loi introduit une distinction de genre explicite : si les garçons sont uniquement concernés par une interdiction générale du travail de nuit jusqu'à seize ans, les filles âgées de seize à vingt-et-un ans se voient elles aussi interdites de travailler la nuit dans les usines et manufactures. De même, l'interdiction formelle faite aux enfants de moins de douze ans de travailler dans les mines s'étend de manière absolue aux femmes de tout âge⁴⁵.
- 43 D'autres types d'évolutions font intervenir pleinement l'analyse diachronique et historique. Ainsi, la norme peut être dégenrée : alors qu'elle marquait une distinction entre les sexes, elle ne le fait plus, au moins formellement. Cela a été le cas pour l'article 144 du Code civil relatif à l'âge du mariage qui disposait que « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage »⁴⁶. Cette règle sexo-spécifique et aetato-spécifique, qui fabrique un ordre juridique de genre avec des rapports asymétriques et asynchroniques au sein d'un couple nécessairement hétérosexuel, va évoluer en deux temps. En 2006, la différenciation genrée est supprimée : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus »⁴⁷. Néanmoins, la dimension hétérocentrée reste présente dans cette norme, qui est donc partiellement dégenrée. En 2013, à l'occasion de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, l'article 144 du Code civil est à nouveau modifié. La nouvelle rédaction du texte est la suivante : « le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus »⁴⁸. En 2013, à ce niveau d'analyse textuelle, le genre a été neutralisé dans la norme, dans le sens où il pourrait être utilisé tel quel dans un système juridique agenré reconnaissant la non-binarité des sexes. Néanmoins, une étude transtextuelle montre que l'ordre juridique de genre dans sa dimension binaire reste enraciné puisque les règles relatives au mariage imposent une inscription à l'état-civil en tant qu'homme ou femme. La binarité de sexe reste ancrée dans le

système juridique français alors que d'autres pays ont remis en question cette construction sociale⁴⁹.

44 De manière inverse, il est possible d'imaginer le cas d'une norme qui serait regenrée : alors qu'elle visait des situations censément universelles, elle serait modifiée dans un sens sexo-spécifique. Ce serait le cas si une circonstance aggravante de meurtre des femmes parce qu'identifiées comme femmes était désignée par le terme « féminicide » dans le Code pénal.

45 Actuellement, la tendance semble aller dans le sens d'un « dégenrement » des textes en ce qui concerne la différenciation hiérarchisée entre les individus selon leur assignation de sexe, comme en témoignent les changements terminologiques à propos des époux ou des parents. Cette évolution paraît en conformité avec la progression de l'égalité des droits : pour beaucoup de personnes, l'égalité est atteinte en lissant les différences entre les individus ou en les faisant disparaître. Toutefois, les dynamiques genrées qui imprègnent les normes n'ont pas toute la même finalité.

IV. Les finalités et justifications de la norme

46 L'étude des objectifs de la norme en termes d'égalité de traitement des individus fait partie intégrante de l'analyse genrée. Il est nécessaire d'identifier le but explicite de la norme — celui que ses auteur·ices lui ont intentionnellement attribué. Une norme peut ainsi être agenrée, regenrée, ou dégenrée, en partie ou en totalité, pour des finalités variées. Cette analyse repose sur une méthode combinant la lecture du texte juridique, l'examen de ses paratextes (préambules, exposés des motifs) et l'étude des travaux préparatoires (débats parlementaires, commentaires doctrinaux). La question essentielle reste alors : pourquoi une norme est-elle agenrée, regenrée ou dégenrée, et quel objectif cherche-t-elle à atteindre ? Il est entendu que les termes genrés peuvent avoir été utilisés « par inadvertance » et ne pas poursuivre de finalité autre que la perpétuation du système existant.

47 Une norme poursuit un objectif égalitaire lorsqu'elle vise explicitement à établir une égalité entre les individus. Prenons

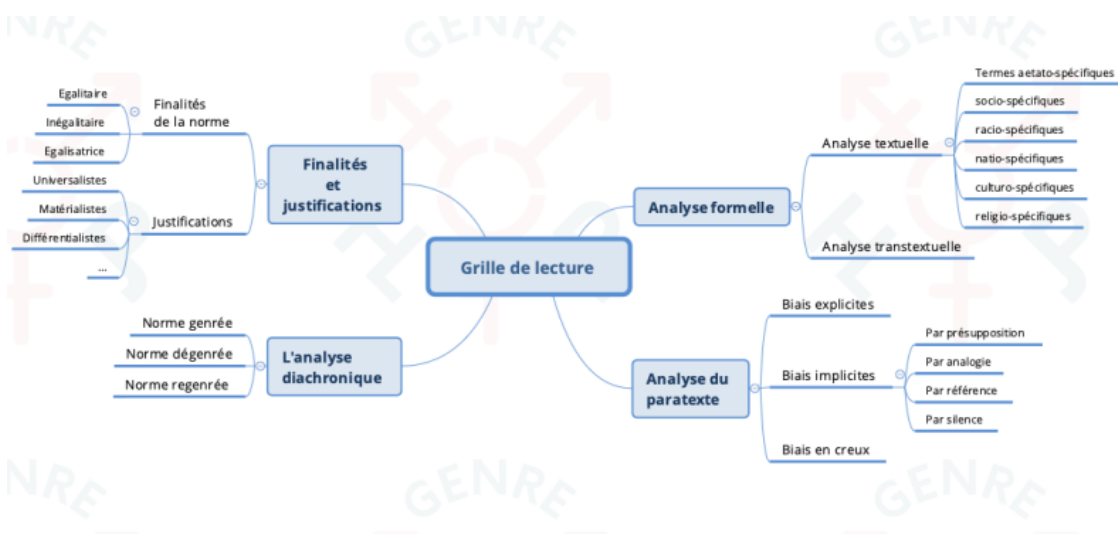
l'exemple de l'article 148 du Code civil, qui dispose que « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère »⁵⁰. Bien que les termes soient sexo-spécifiques, la disposition place le père et la mère sur un pied d'égalité juridique. Cependant, la logique binaire et hétérocentrée sous-jacente reflète les présupposés de l'époque, ce qui limite la portée égalitaire de la norme. La finalité égalitaire ici, inscrite dans le texte, apparaît dans l'analyse des travaux préparatoires et de la doctrine⁵¹.

- 48 Une norme peut avoir pour objectif d'établir une différence de traitement, et donc être inégalitaire, si elle applique des règles distinctes à différentes catégories de personnes. Ainsi les articles 15 et 16 du Code pénal de 1810 disposent que « les hommes condamnés aux travaux forcés seront employés aux travaux les plus pénibles ; ils traîneront à leurs pieds un boulet, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail auquel ils seront employés le permettra »⁵². En revanche, l'article 16 établit que « [l]es femmes et les filles condamnées aux travaux forcés n'y seront employées que dans l'intérieur d'une maison de force »⁵³.
- 49 Une norme peut également avoir une finalité égalisatrice, dans le sens où l'établissement d'une différence de traitement poursuit un objectif égalitaire. Les lois sur la parité en politique ou les dispositifs visant à inciter l'accès égal des femmes et des hommes à certaines fonctions illustrent cette approche, car elles témoignent d'une volonté d'équilibrer une situation initialement déséquilibrée. Toutefois, leur mise en œuvre peut être influencée par des conceptions divergentes de l'égalité : tandis que les féministes différentielistes valorisent les qualités supposément féminines au service de la société, les féministes universalistes y voient une reconnaissance de droits égaux.
- 50 L'analyse des justifications apportées pour atteindre cet objectif égalitaire, inégalitaire ou égalisateur est donc également essentielle. Un texte normatif ne peut être pleinement compris sans examiner son contexte de production et les arguments justificatifs mobilisés par les acteur·ices impliqué·es. Cela passe par une étude croisée du texte, de ses paratextes et des travaux préparatoires, combinée à une approche prosopographique des auteur·ices qui interviennent dans le processus législatif. Cette méthode permet de révéler les intentions

sous-jacentes et les représentations véhiculées par « le » législateur, qui est lui-même loin d'être une entité abstraite. Ce dernier est incarné par des individus évoluant dans des réseaux sociaux et politiques, porteurs d'intérêts spécifiques et des représentations genrées de leur société.

- 51 L'étude des justifications des différent-es acteur-ices du processus législatif permet de mettre en lumière des contradictions : des courants opposés peuvent soutenir une même norme en lui attribuant des justifications différentes. Par exemple, la loi sur le port de signes religieux⁵⁴ a été défendue par des féministes universalistes en faveur de l'émancipation des femmes, mais également par des courants défendant une laïcité identitaire, parfois stigmatisante à l'égard des populations musulmanes. Ces justifications multiples, parfois paradoxales, éclairent la complexité des intentions normatives, du point de vue du genre pris en compte dans une perspective intersectionnelle. Cette démarche enrichit donc la compréhension des textes juridiques en tant que produits à la fois intentionnels et contextuels, révélateurs des tensions et compromis qui traversent une société à un moment donné.
- 52 En conclusion, nous pouvons présenter une synthèse schématique de notre grille de lecture.

Figure 1 : ANR HLJPGenre, Synthèse de la grille de lecture, 2025.



- 53 Cette présentation d'un outil heuristique pensé discuté, testé et retesté par une équipe de chercheur·euses principalement historien·nes du droit s'est inspiré de la démarche de l'ANR Régine et de la grille méthodologique, qui incluait analyse formelle des textes et réflexion sur leur application concrète. Notre grille d'analyse est différente : ses spécificités résident dans son bornage — le discours juridique à savoir les textes et paratextes du droit —, sa dimension intersectionnelle, son intérêt porté aux acteur·ices producteur·ices de la norme et surtout sa perspective diachronique.
- 54 Cette méthode d'analyse sera développée et justifiée dans l'ouvrage issu des travaux de l'ANR HLJPGenre, intitulé *Sous l'Universel le genre. Analyse du discours juridique au prisme du genre*, avec des exemples précis dans différents domaines du droit et à des périodes variées. Notre démarche d'exposer de manière aussi détaillée notre grille méthodologique est double. D'une part, elle permettra à tout chercheur·euse qui souhaite travailler sur le genre en droit et en histoire du droit d'avoir un outil opérationnel clef en main, en sachant que chacune des étapes présentées ne sera pas systématiquement mobilisée. D'autre part, en soumettant cette grille à une analyse critique, elle pourra être discutée, retravaillée, modifiée, dépassée dans le cadre des travaux ultérieurs sur le genre et l'intersectionnalité et des futurs débats doctrinaux qui ne manqueront pas d'être foisonnants en histoire du droit, à l'instar du dynamisme intellectuel suscité par l'acculturation des études de genre dans les différentes disciplines de sciences humaines et sociales.

NOTES

1 L'acculturation, définie comme l'ensemble des phénomènes et processus résultant de la rencontre entre deux cultures différentes, est un terme qui permet d'illustrer les interactions entre les études de genre et la recherche en droit. Traditionnellement fondé sur des catégories binaires et naturalisées du genre, le droit est confronté aux apports critiques des études de genre, qui remettent en question ces cadres normatifs en les analysant comme des constructions sociales. Ce processus d'acculturation se traduit par un choc épistémologique, une adaptation progressive du droit (intégration des notions de discrimination, reconnaissance des identités

LGBTQIA+, analyse des violences de genre) et un enrichissement mutuel de la recherche. Ce dialogue en tension illustre un phénomène d'hybridation avec une intégration de l'analyse du droit au sein des études de genre et un nouveau prisme d'analyse pour les sciences juridiques.

2 Voir par exemple : V. Demars-Sion, *Femmes séduites et abandonnées au XVIII^e siècle. L'exemple du Cambrésis*, Hellemmes, L'espace juridique, 1991 ; C. Bontems (dir.), *Mariage – Mariages*, Paris, PUF, 2001.

3 M. Boninchi, *Vichy et l'ordre moral*, Paris, PUF, 2005 ; J. Poumarède et J.-P. Royer, *Droit, histoire et sexualité*, Toulouse, Publications de l'Espace Juridique, 1987.

4 V. Vanneau, *La paix des ménages. Histoires des violences conjugales, XIX^e-XXI^e siècle*, Paris, Anamosa, 2016.

5 Par exemple : Y. Thomas, « À Rome, pères citoyens et cité des pères (II^e siècle av. J.-C. - II^e siècle ap. J.-C.) », A. Rousselle, G. Sissa, Y. Thomas (dir.), *La Famille dans la Grèce antique et à Rome*, Paris, Éditions Complexe, 2005, p. 195-219.

6 M. Bordeaux, « Femmes hors d'État français 1940-1944 », R. Thalmann (dir.), *Femmes et fascismes*, Paris, Tierce, 1986, p. 135-155 ; M. Bordeaux, « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », M. F. Brive (dir.), *Les femmes et la Révolution française*, Toulouse, Presses du Mirail, vol. 1, 1989, p. 427-440 ; M. Bordeaux, *La Victoire de la famille dans la France défaite : Vichy 1940-1944*, Paris, Flammarion, 2002. Michèle Bordeaux évoque le genre dans « Nouvelle et périmée : la loi du 19 mai 1874 sur le travail des enfants et des filles mineures employés dans l'industrie », J.-P. Le Crom (dir.), *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris, l'Atelier, 1998, p. 45-60.

7 H. Duffuler-Vialle, *La réglementation de la prostitution pendant l'entre-deux-guerres : l'exemple du Nord de la France*, Paris, Mare & Martin, 2018. Voir aussi H. Duffuler-Vialle, « Le féminicide excusé par le discours juridique. L'excuse d'adultère-article 324 du Code pénal napoléonien (1810-1975) », *Raison présente*, vol. 227, n° 3, 2023, p. 21-30 ; H. Duffuler-Vialle, « La dévirilisation de l'office d'avocat : la loi du 1^{er} décembre 1900 », *Lexbase avocats, La lettre juridique [Lexbase]*, n° 937, 2023, <https://www.lexbase.fr/article-juridique/93798215-lepointsurbnumerospecialfemmesavocatesegaliteetsororitebladevirilisationdelofficedav> (consulté le 21/03/2025) ; H. Duffuler-Vialle, « Le genre, un concept essentiel du champ lexical de l'égalité femme/homme. L'exemple de l'histoire du droit de la prostitution

au début du 20^e siècle », P. Demaye-Simoni, V. Mutelet, F. Vasseur-Lambry (dir.), *Le champ lexical de l'égalité femme-homme*, Arras, Artois Presse Université (APU), 2021, p. 331-348 ; H. Duffuler-Vialle, « Représentations proustiennes de l'homosexualité et réalités juridiques », *Droit & Littérature*, n° 4, 2021, p. 93-108 ; H. Duffuler-Vialle, « Une approche de la prostitution en histoire du droit sous le prisme des rapports sociaux de sexe », A. Darsonville, J. Léonhard (dir.), *La loi pénale et le sexe*, Nancy, PUN, 2012.

8 A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime : droit, société et idéologie », *Revue sociopoétique*, n° 6, 2021, <https://dx.doi.org/10.52497/sociopoetiques.1417> (consulté le 21/03/2025) ; A. Paturet, « Les mots de la différence. Jalons pour l'étude de la déficience physique dans le monde romain antique », E. Aubin, A. Cavagnol et al. (dir.), *Droits, protections, proximité*, Paris, PUP, 2020, p. 207-236 ; A. Paturet, « Le prodige ou l'intolérable différence » F. Faberon, M.-F. Arentsen (dir.), *Regards croisés sur le handicap en contexte francophone*, Clermont-Ferrand, PUBP, p. 39-47 ; A. Paturet, « Les études genres, la société antique et le droit : un nouveau regard », *Annals of Dimitrie Cantemir Christian University. Linguistics, Literature and Methodology of Teaching*, vol. XVIII n° 2, 2018, p. 127-143.

9 F. Renucci, « Les indigènes et les femmes, sujet·te·s de la République (xix^e-xx^e s.) », J. Le Mauff et R. Sénac (dir.), *Les Politiques de l'exclusion*, Paris, PUF, coll. « La vie des idées », 2024, p. 43-54 ; F. Renucci, « Les premières avocates du Maghreb (début du xx^e s.). L'émancipation au prisme de l'intersectionnalité », B. Dupret et N. Bernard-Maugiron (dir.), *Droits et sociétés du Maghreb*, Paris, Karthala, 2023, p. 73-86.

10 A. Wijffels, « De l'hermaphrodisme à l'intersexualité. Déjuridisation, médicalisation, rejuridisation », L. Brunori, F. Lekéal, A. Wijffels (dir.), *Gouvernance, justice et santé*, Lille, CHJ, 2020, p. 35-60 ; A. Wijffels, « The Legal History of Intersex », J.-M. Scherpe, A. Dutta, T. Helms (dir.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 181-200.

11 Site de l'ANR REGINE, https://regine.parisnanterre.fr/archives_site_2015/ (consulté le 02/02/2025).

12 Site de l'ANR HLJPGenre, <https://hljpgenre.hypotheses.org/le-projet-an-r-hljpgenre/a-propos> (consulté le 02/02/2025).

13 AAC « Discours juridiques, genre et histoire », 6-8 décembre 2023, faculté de droit de Douai, <https://hdgenre.sciencesconf.org> (consulté

le 02/02/2025).

- 14 L. Chappuis, H. Duffuler-Vialle, M. Houlemare, F. Renucci et T. Shepard, « Expérimenter le genre en histoire du droit », *Clio@Themis*, n° 25, 2023, <http://journals.openedition.org/cliothemis/4453> (consulté le 02/02/2025).
- 15 V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, 3^e édition, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2022.
- 16 S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman, *La loi & le Genre, Etudes critiques de droit français*, Paris, CNRS Éditions, 2014.
- 17 Il ne faut pas comprendre ce terme comme renvoyant au sexe prétendument dit « biologique ». Nous nous inscrivons dans le sillon des études féministes matérialistes, croisées avec la théorie *queer*, pour lesquelles le genre précède le sexe. Lorsque nous évoquons le terme « sexe », il est question du « sexe social », qui est assigné à une personne par le monde extérieur en fonction de certains critères : apparence des organes génitaux externes ou détermination médicale selon un protocole controversé d'évaluation à partir de critères anatomiques, chromosomiques et hormonaux.
- 18 P. Bourdieu, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3-19.
- 19 Claude Favre de Vaugelas écrit que « parce que le genre masculin est le plus noble, il prévaut tout seul contre deux féminins ». Voir C. Favre de Vaugelas, *Remarques sur la langue françoise : utiles à ceux qui veulent bien parler et bien écrire*, Paris, Pierre Le Petit, 1647, p. 381.
- 20 Voir E. Viennot, *Non, le masculin ne l'emporte pas sur le féminin ! Petite histoire des résistances de la langue française*, Donnemarie-Dontilly, éditions iXe, 2022 ; E. Viennot, *En finir avec l'homme. Chronique d'une imposture*, Donnemarie-Dontilly, Editions iXe, 2021 ; E. Viennot, *Le langage inclusif : pourquoi, comment*, Donnemarie-Dontilly, Editions iXe, 2018 ; M. Candea, Y. Chevalier, S. Duverger, A.- M. Houdebine, d'A. Lasserre, E. Viennot, *L'Académie contre la langue française : le dossier « féminisation »*, Donnemarie-Dontilly, éditions iXe, 2016.
- 21 O. De Gouge, « Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne », O. De Gouge, *Les droits de la femme. À la Reine*, Paris, 1791, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64848397/f6.item> (consulté le 17/02/2025). Charles Bosvieux-Onyekwelu revient sur cet usage à propos du débat entre « les droits de l'Homme » et les « droits humains » dans C. Bosvieux-Onyekwelu, « “Droits humains” vs “droits de l'Homme”. Arguments en faveur de

l'inclusivité du langage des droits », *Cahiers du Genre*, vol. 69, n° 2, 2020, p. 131-150.

22 Merci à Florence Renucci pour ses précieuses relectures lors de la restitution de ces catégories.

23 Loi du 3 octobre 1940 portant statut des Juifs, *Journal officiel de la République française : lois et décrets*, vol. 72, n° 266, 18 oct. 1940, 1^{re} part. (« Lois »), texte n° 6, p. 5323.

24 Loi du 26 juin 1889 sur la nationalité, *Journal officiel de la République française : lois et décrets*, vol. 21, n° 35, 28 juin 1889, p. 2977.

25 Loi du 4 février 1919 sur l'accession des indigènes de l'Algérie aux droits politiques, *Journal officiel de la République française : lois et décrets*, vol. 51, n° 36, 6 février 1919, p. 1358.

26 Loi du 18 germinal an X (8 avril 1802) relative à l'organisation des cultes, J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil-D'Etat*, t. 13, Paris, 1826, p. 318.

27 Loi du 20 septembre 1792 sur le divorce, *Journal officiel de la Convention Nationale – La Convention Nationale (1792-1793), Procès-verbaux officiels des séances depuis le 21 septembre 1792, Constitution de la grande assemblée révolutionnaire, jusqu'au 21 janvier 1793, exécution du roi Louis XVI, seule édition authentique et inaltérée contenant les portraits des principaux conventionnels et des autres personnages connus de cette sublime époque*, Librairie B. Simon & Cie, Paris, 1884, p. 92-95.

28 Code Pénal de 1791, Art. 29, Section 1, titre II.

29 *Ibid.*, Art. 30, Section 1, titre II.

30 Circulaire du 15 novembre 1945 sur la conservation par les détenus de leurs photographies et alliance,
https://criminocorpus.org/media/filer_public/8f/61/8f613419-d202-435a-8a58-d90cdcd98c91/031_cp_1945.pdf (consulté le 02/02/2025).

31 Pour n'en citer que quelques-uns : C. de Galembert, O. Rozenberg, C. Vigour (dir.), *Faire parler le Parlement, Méthodes et enjeux de l'analyse des débats parlementaires pour les sciences sociales*, Paris, Lextenso éditions, 2013 ; P.-Y. Baudot, O. Rozenberg (dir.), « Désordres parlementaires », *Genèses*, n° 2, 2011, p. 2-5 ; E. Landowski, « Le débat parlementaire et l'écriture de la loi », *Revue française de science politique*, vol. 27, n° 3, 1977, p. 428-441.

- 32 B. Morel, « Ce que conte le compte rendu : l'institution d'un ordre parlementaire idéalisé », *Droit et société*, vol. 1, n° 98, 2018, p. 179-199.
- 33 L'analyse des données textuelles (ADT) mêle linguistique et calculs statistiques et s'applique généralement à un corpus constitué de plusieurs textes. En révélant les classifications, les concordances et co-occurrences — c'est-à-dire les particularités des textes, leurs thèmes et la manière dont les mots interagissent entre eux —, l'ADT propose de nouveaux angles de recherche et met au jour les différents niveaux d'interprétation des textes. Voir par exemple D. Mayaffre, B. Pincemin et C. Poudat, « Explorer, mesurer, contextualiser. Quelques apports de la textométrie à l'analyse de discours », *Langue française*, n° 203, 2019, p. 101-115.
- 34 Il est question de sexe social (cf. note 16).
- 35 Y. Sintomer, « Le paysage idéologique de la parité », *Travail, genre et sociétés*, vol. 18, n° 2, 2007, p. 147-152.
- 36 C. Oger, « Dialectique de la parole et du silence », *Communication*, vol. 25, n° 1, 2006, <http://journals.openedition.org/communication/1360> (consulté le 02/02/2025).
- 37 Cf. note 16.
- 38 Adoption de divers articles ajournés au projet du Code pénal, lors de la séance du 19 septembre 1791, *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 – Première série (1787-1799)*, t. XXXI – Du 17 au 30 septembre 1791, Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1888. p. 85-87.
- 39 Cf. note 16.
- 40 *Idem.*
- 41 Code civil, Art. 56.
- 42 Constitution du 27 octobre 1946, Préambule.
- 43 Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse.
- 44 Nous nous situons toujours, ici, au niveau de l'analyse formelle de la loi sans préjuger des éventuelles discriminations ou différentiations produites par son application concrète.
- 45 Loi du 19 mai 1874 relative au travail des enfants et des filles mineures dans l'industrie.

46 Code Civil, art. 144.

47 Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

48 Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

49 Comme c'est le cas en Allemagne, Australie, Pays-Bas, Malte, Etats-Unis, Canada, Colombie, Inde, Népal, Nouvelle-Zélande, Taiwan ou au Pakistan.

50 Code Civil, Art. 148.

51 H. Duffuler-Vialle, « Le vœu de la nature a rendu les filles plus précoces que les garçons, La justification de la fixation d'un âge de la nubilité différencié lors de la rédaction du Code civil », *Âge et droit*, Actes de colloque du CDEP, à paraître en 2025.

52 Code Pénal de 1810, Art. 15.

53 *Ibid.*, Art. 16.

54 Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics.

RÉSUMÉS

Français

Contrairement à d'autres disciplines, l'histoire du droit ne s'est que trop peu emparée des études de genre. Désireuse de pallier ce manque, l'équipe de l'ANR HLJPGenre a élaboré une grille de lecture permettant d'analyser le discours juridique au prisme du genre et de l'intersectionnalité. L'objet de l'article est de décrire cet instrument, ses fondements et la manière dont il a été élaboré et modifié afin de proposer un outil opérant aux chercheurs et chercheuses souhaitant intégrer ces champs à leurs travaux.

English

Unlike other disciplines, legal history has largely overlooked gender studies. Seeking to address this gap, the ANR HLJPGenre team has developed an analytical framework for examining legal discourse through the lens of gender and intersectionality. The aim of this article is to describe this tool, its foundations, and the way it was developed and refined to provide an effective resource for researchers wishing to incorporate these fields into their work.

INDEX

Mots-clés

genre, histoire du droit, grille de lecture, discours juridique, méthodologie

Keywords

gender, legal history, analytical framework, legal discourse, methodology

AUTEURS

Prune Decoux

Prune Decoux est chercheuse post-doctorale auprès de l'ANR HLJPGenre. Ses travaux portent sur la diffusion des études de genre et des humanités numériques au sein de l'histoire du droit.

IDREF : <https://www.idref.fr/178398764>

Hélène Duffuler-Vialle

Helène Duffuler-Vialle est maîtresse de conférences en Histoire du droit et des institutions à l'université d'Artois. Ses travaux portent sur l'analyse genrée du droit. Elle est coordinatrice de l'ANR HLJPGenre.

IDREF : <https://www.idref.fr/132504790>

ISNI : <http://www.isni.org/00000000140597110>

Nicarète, mère d'Euxithéos

Quand nommer une femme dans les discours judiciaires de l'Athènes classique ?

Nicarete, Mother of Euxitheos: When to Name a Woman in the Forensic Speeches of Classical Athens?

Nicolas Siron

DOI : 10.35562/melete.95

PLAN

- I. Qui nommer dans un discours ?
- II. Pourquoi nommer ces individus ?
- III. Quand nommer une femme citoyenne ?
- IV. Pourquoi ne pas nommer une femme ?
- Conclusion

TEXTE

« Pourquoi forces-tu la femme (*uxorem*) de ton compagnon [C. Malleolus], la belle-mère de ton compagnon, enfin la maison de ton compagnon tout entière, à porter témoignage contre toi (*contra te testimonium dicere*)? Ces femmes (*feminas*) d'une si grande réserve (*pudentissimas*), ces femmes d'élite, pourquoi les forces-tu à se produire, contre leur habitude et contre leur gré, au milieu d'une si grande assemblée d'hommes (*in tantum uirorum conuentum*)

insolitas inuitasque)? » Qu'on donne lecture des témoignages de tous. TÉMOIGNAGE DE LA MÈRE ET DE LA GRAND'MÈRE [du fils de Malleolus, pupille de Verrès]¹.

- 1 Au cours de la seconde action contre Verrès, Cicéron imagine le discours que pourrait tenir le questeur en Cilicie C. Publicius Malleolus, mort en 80 avant J.-C. et dont l'héritage (notamment de l'argenterie, une grande maison et des esclaves) a été dérobé par Verrès désigné tuteur du fils de Malleolus devenu orphelin de père. Il prête au mort des paroles qui désignent l'accusé comme la cause de la déposition des matrones de la famille de Malleolus (son épouse et sa belle-mère), ce qui constitue évidemment un tour rhétorique² : c'est bien l'orateur qui fait venir ces deux témoins au tribunal. Elles sont en effet les mieux placées pour attester les biens familiaux récupérés et en grande partie vendus par Verrès.
- 2 Le questionnement inventé par Cicéron illustre plusieurs aspects intéressants des discours judiciaires romains concernant le témoignage des femmes romaines. D'abord, celles-ci ne se rendent pas au tribunal d'elles-mêmes (*inuitae*). Si, sous la République, des Romaines peuvent faire une déposition dans le cadre des *iudicia publica* (Verrès est accusé de concussion)³, les cas conservés dans notre documentation sont rares. De plus, leur attitude de pudeur (*pudens*) est mise en avant : il est préférable qu'elles ne se produisent pas devant autant d'hommes (*in tantum uirorum*). Les faire paraître en public est en fait un moyen pour Cicéron d'insister sur la vulnérabilité de la famille du pupille, puisque tout ce passage vise à susciter la pitié des juges envers l'orphelin et, par suite, leur colère envers Verrès⁴. Enfin, ces deux femmes ne sont pas nommées, comme si le respect envers elle s'étendait à leur nom, qu'il faudrait taire. À l'inverse, Cicéron ne se prive pas de nommer certaines femmes pour les attaquer, comme Clodia dans le *Pro Caelio* ou Sassia dans le *Pro Cluentio*⁵.
- 3 S'il est impossible de tirer des conclusions générales à partir de quelques cas particuliers, un ensemble cohérent semble se dessiner : les femmes romaines, qui ne sont pas exclues formellement de la

sphère publique des procès, doivent faire preuve de retenue au point d'éviter de témoigner, sauf en cas de nécessité exceptionnelle. La bienséance s'appliquerait jusqu'à leur dénomination, passée sous silence.

- 4 Un tel paradigme a été mis en exergue en ce qui concerne les discours judiciaires de l'Athènes classique par David Schaps en 1977 : selon lui, le faible nombre de femmes nommées dans les discours conservés ne serait pas le résultat d'un accident, mais celui d'un choix délibéré : celui d'éviter de faire figurer les noms de certaines femmes libres⁶. Les plaignants nommeraient peu les femmes citoyennes, à l'inverse des esclaves et des prostituées : donner le nom d'une femme libre serait un moyen de la déprécier. Elles seraient donc plutôt désignées à travers le nom d'un proche pour leur témoigner du respect : « *the normal way to refer to a woman in court was to call her the relative of such-and-such a man* »⁷. Ne seraient dès lors désignées par leurs noms que les femmes de mauvaise réputation (comme Nééra dans le *Contre Nééra*), les femmes liées à l'adversaire (Plangôn dans le *Contre Bæotos*) ou les femmes décédées (Chairestratè dans le *Contre Euboulidès*).
- 5 Cet article était novateur à l'époque : peu de travaux concernaient les discours judiciaires dans les années 1970 et, surtout, extrêmement peu se préoccupaient des femmes dans le corpus des dix orateurs attiques. Le texte de David Schaps a donc contribué à ouvrir un champ d'études⁸. Pour autant, cette vision a participé à une invisibilisation des femmes : le comportement approprié pour une femme serait de ne pas apparaître en public, et même de ne pas voir son nom être cité devant les citoyens. C'est ce qu'explicite par exemple John Gould : « *In these contexts it is as though the woman has no personality and exists only as an extension of her male kyrios* »⁹. » Il convient tout de même de préciser que, si cette idée est tirée des travaux de David Schaps, lui-même ne la développe pas.
- 6 Or l'idée qu'une femme nommée dans le contexte des procès est discréditée a été complètement acceptée et reprise par les études postérieures¹⁰ : un article de 8 pages publié il y a presque 50 ans fait encore autorité aujourd'hui. Pourtant, plusieurs femmes libres, respectables et liées au plaignant qui s'exprime sont mentionnées nommément dans les discours judiciaires préservés. Les

fondements sur lesquels reposent les dénominations doivent par conséquent être appréhendés au cas par cas¹¹.

- 7 Pour ce faire, le projet Eurykleia porté par Violaine Sebillotte, Sandra Boehringer, Adeline Grand-Clément et Sandra Péré-Noguès, auquel je participe, fournit des outils précieux : alors que les historiens ont longtemps pensé que les femmes étaient très peu présentes dans les sources antiques conservées, au point de considérer les femmes parfois aperçues comme des exceptions (et souvent des prostituées), la mise en place d'une base de données pour cataloguer les femmes nommées dans la documentation préservée permet de s'affranchir de ces présupposés¹². Contrairement aux idées reçues fondées sur des catalogues prosopographiques limités aux élites masculines, de très nombreuses femmes agissent en leur nom dans l'Antiquité grecque et romaine. Au-delà d'une approche quantitative, l'entreprise cherche à favoriser une lecture et une analyse attentives de chaque situation pour dégager les critères qui interfèrent dans la présentation des femmes (statut politique, positionnement socio-économique, position dans la parenté, etc.).
- 8 L'objectif du projet Eurykleia est d'examiner avec soin l'instance énonciative (qui parle, quand et pourquoi) afin de mettre en évidence les raisons qui poussent à nommer une femme et la modalisation éventuelle de cette nomination (méliorative, dépréciative ou neutre). La mise en série, à travers la base de données en constitution, permet de comparer différentes pratiques discursives et ainsi de percevoir la façon dont celles-ci influent sur l'enregistrement du nom et la perception de l'individu. Enfin, le projet Eurykleia est fondé sur l'idée qu'il est nécessaire de mettre en parallèle les dénominations des femmes et des hommes, pour interroger les régimes de genre : ce n'est qu'à la lumière des désignations des hommes que peuvent être appréhendées les spécificités des désignations des femmes.
- 9 Ces principes donnent l'occasion de mettre en œuvre une étude approfondie de la dénomination des femmes chez les dix orateurs attiques. Le discours *Contre Euboulidès* contient un exemple intéressant en la personne de Nicaréte, la mère du plaignant, dont le nom lui-même est fortement symbolique, *nikè* signifiant la victoire et *aréte* la valeur/le mérite. Ce cas particulier offre d'abord la possibilité d'analyser les personnes nommées dans les discours judiciaires, les

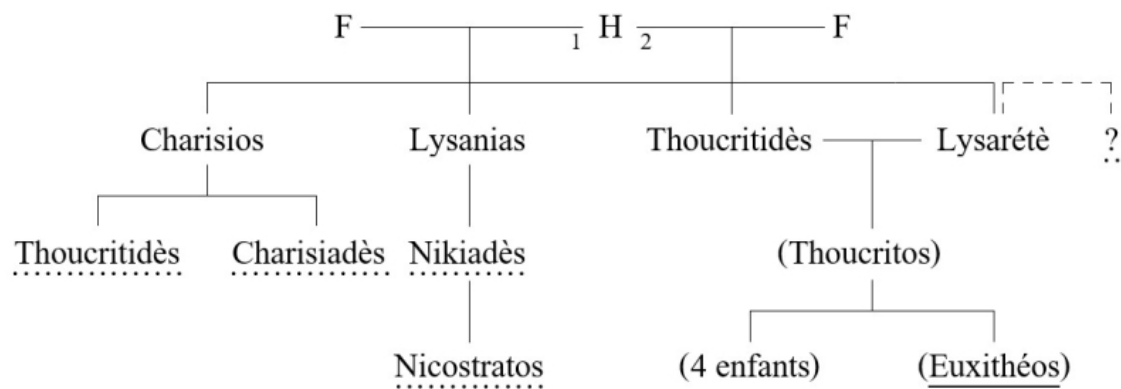
raisons de ces nominations, à différencier ou non entre hommes et femmes. Le nombre d'individus mentionnés, mais aussi leur fonction, plusieurs intervenant en tant que témoins, font du plaidoyer un terrain de recherche fécond. Il s'agira donc de réfléchir à la manière de désigner un témoin. Enfin, la localisation des dénominations au sein du discours doit être prise en compte, tout comme leur répétition ou non.

I. Qui nommer dans un discours ?

- 10 Nicaréte est bien connue : c'est la mère du plaignant Euxithéos qui prononce le discours *Contre Euboulidès* écrit par Démosthène. Le contexte est à peu près établi : Euxithéos a probablement perdu sa citoyenneté en 346/345 lors du réexamen de la liste de son dème¹³, Halimonte, un dème côtier de la ville dont Euxithéos a été démarque¹⁴. Il n'est pas d'accord avec cette décision et va jusqu'au procès. Le dème envoie, pour porter l'accusation, cinq individus dont Euboulidès, peut-être démarque à cette date¹⁵. Euboulidès est d'ailleurs désigné responsable de la déchéance de « nationalité » d'Euxithéos à plusieurs reprises dans le discours¹⁶ : l'opposition entre les deux adversaires semble ancienne. À noter que les représentants du dème paraissent avoir pris la parole en premier¹⁷ : la procédure elle-même est obscure, mais il ne peut pas s'agir d'un appel d'Euxithéos contre la décision du dème.
- 11 Ainsi, comme souvent, les femmes sont avant tout nommées dans les discours relevant de la citoyenneté ou d'affaires d'héritage¹⁸. Cette récurrence paraît logique puisqu'il s'agit de procès où l'identité des individus en question est essentielle : le contexte d'énonciation est crucial. Mais cette précision est aussi intéressante dans l'autre sens : le nom des femmes nommées est plus important dans les discours concernant la citoyenneté, donc des discours publics (*graphai*), que dans des discours privés (*dikai*)¹⁹. C'est l'inverse de la théorie issue des travaux de David Schaps²⁰ : les femmes sont plus souvent nommées dans un contexte public, impliquant plus de juges et un enjeu plus important pour les citoyens.
- 12 Dans ce discours, Euxithéos cherche donc à prouver qu'il est « Athénien, et du côté paternel et du côté maternel » (§ 17)²¹. Il détaille d'abord la citoyenneté de son père (§ 18-30), puis de sa mère

(§ 30-45), et enfin les preuves le concernant directement (§ 46-56). Il cherche donc, au milieu de son plaidoyer, à montrer que sa mère est « athénienne et citoyenne » (ἄσπῃν τ' αὐτὴν καὶ πολῖτιν εἶναι, § 43), ce qui a servi aux historiens et historiennes à montrer que le mot « citoyenne » existe et doit recevoir un sens plein et entier²².

- 13 Euxithéos se lance dans un long panorama de sa famille et il est possible de reconstituer son arbre généalogique tel qu'il est progressivement exposé. Évidemment, le plaignant ne dit pas nécessairement la vérité, ce qui est problématique puisque le texte qui nous est parvenu constitue notre unique source concernant cette affaire. Plusieurs points ont déjà été perçus comme mensonges. Les éditeurs et commentateurs du discours ont par exemple montré qu'Euxithéos pourrait être relativement fortuné alors que ses parents sont représentés comme pauvres²³. Surtout, il pourrait avoir été conçu pendant que son père était absent et donc être un bâtard²⁴. L'adversaire Euboulidès a peut-être remis en cause la filiation entre Thoucrites et Euxithéos : si Nicarète était nourrice quand Thoucrites était absent, alors qu'il faut avoir récemment eu un enfant pour être nourrice allaitante, il est facile de contester la filiation²⁵. Ses adversaires devaient avoir des arguments solides pour lui faire retirer ses droits civiques lors de l'assemblée du dème. Quoiqu'il en soit, la généalogie du plaignant nous est présentée en détail et, dans le cadre de cette étude, ce n'est pas tant la réalité des liens familiaux qui importe que la manière dont ils sont dépeints aux juges.
- 14 Du côté de son père Thoucrites, Euxithéos évoque (§ 20-21) son grand-père Thoucritidès et sa grand-mère Lysarète, tout comme les deux frères de Thoucritidès, Charisios²⁶ et Lysanias, dans le but de faire témoigner les enfants de ces deux frères (Thoucritidès, Charisiadès, Nikiadès) ainsi que le fils d'un autre enfant non nommé, appelé Nicostratos²⁷ (voir la figure 1²⁸). Tous ces individus sont nommés pour faciliter leur identification et donc le lien de parenté avec Euxithéos.

Figure 1 : La famille de Thoucritos telle que présentée par Euxithéos (§ 20-22)

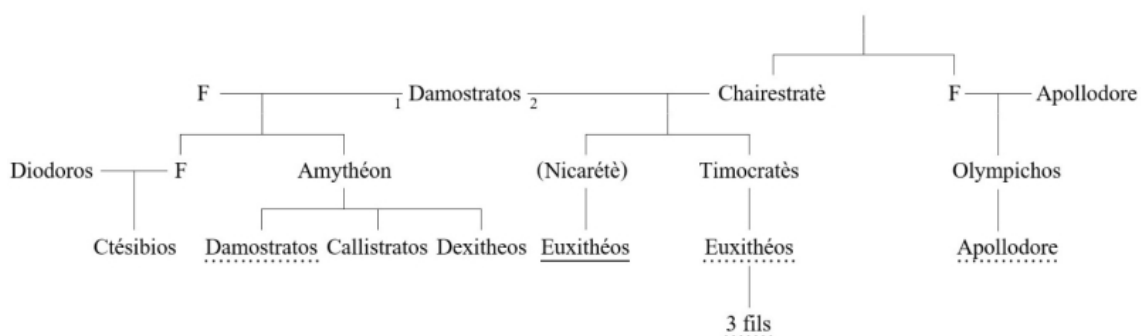
Le personnage souligné est le plaignant. Les personnages soulignés par des pointillés sont appelés à témoigner. Les personnages entre parenthèses ne sont pas nommés ou évoqués dans ce passage. Les tirets désignent une relation inconnue dans ce passage.

- 15 Il a longtemps été pensé que Thoucritidès, Charisios et Lysanias étaient frères de père et de mère, Lysarète provenant d'un autre mariage de leur père commun. Peter J. Bicknell s'est opposé à cette vision traditionnelle en proposant de voir Charisios et Lysanias comme des frères homométriques de Lysarète, et non pas de Thoucritidès, en allant jusqu'à affirmer que Thoucritidès ne serait pas le fils d'un mariage légitime²⁹. Cette hypothèse semble légèrement trop complexe pour être crédible : si la proximité des noms entre Lysanias et Lysarète joue selon Bicknell en faveur d'un rapprochement, le fils de Charisios s'appelle Thoucritidès, ce qui implique un rapprochement beaucoup plus certain³⁰.
- 16 Euxithéos fait également témoigner les parents de son père Thoucritos « du côté des femmes » (§ 22), c'est-à-dire du côté de sa grand-mère Lysarète (qui est sœur de Thoucritidès par son père, mais pas par sa mère), sans qu'il soit possible de savoir avec exactitude de qui il est question puisqu'il n'y a aucune indication supplémentaire. Certains chercheurs ont pu affirmer que ces personnes n'étaient pas évoquées nommément, car elles sont du côté de la grand-mère du plaignant³¹, mais ce sont bien des hommes : la règle ne s'applique donc pas. La suite du discours (§ 67) a permis à Wesley Thompson de déterminer qui sont ces personnages³² : témoignent probablement au § 22 un cousin au premier degré de Thoucritos et les maris de ses cousines (ce cousin et ces cousines

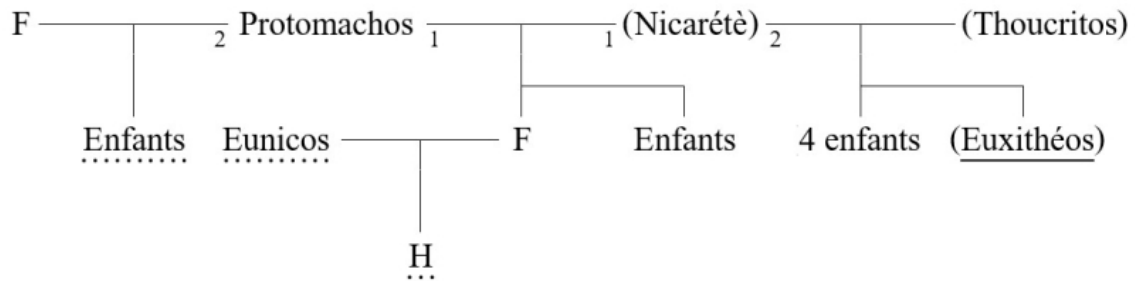
étant les petits-enfants de la mère de Lysarète). Il s'agirait donc d'enfants issus d'un premier mariage de la mère de Lysarète. Pour autant, une telle identification n'est pas permise au moment où ces témoins sont invités à monter à la tribune (§ 22).

- 17 Du côté de sa mère Nicarète, Euxithéos mentionne (§ 37-38) son grand-père Damostratos de Mélité (un autre dème de la ville) et les quatre enfants de ce grand-père (dont Nicarète) avec leur descendance, notamment Damostratos, fils d'Amythéon et neveu de Nicarète, et Apollodore, fils d'Olympichos et petit-cousin de Nicarète (voir la figure 2). Ces deux individus font une déposition en faveur d'Euxithéos. Sont encore évoqués les fils et petits-fils de Timocratès, le frère de Nicarète, dont un fils aussi nommé Euxithéos comme le plaignant : témoignent ceux qui sont présents à Athènes, sans qu'on sache de qui il s'agit (§ 39)³³.

Figure 2 : La famille de Nicarète telle que présentée par Euxithéos (§ 37-39)



- 18 Enfin, le discours détaille (§ 40-43) les mariages de Nicarète, d'abord avec Protomachos puis avec Thoucrites, car Protomachos s'est vu offrir en mariage une riche épicière et a cédé Nicarète à Thoucrites (voir la figure 3). Euxithéos convoque (§ 43) les fils qu'a eus Protomachos avec sa deuxième épouse³⁴, Eunicos le mari de la fille de Protomachos et de Nicarète et finalement le fils issu de ce mariage entre Eunicos et la cousine du plaignant. À noter, en ce qui concerne les enfants de Nicarète, que les quatre enfants nés de Thoucrites sont dits être morts pendant leur enfance (§ 28) : Euxithéos est donc le seul survivant de cette branche de la famille³⁵.

Figure 3 : Les mariages de Nicarète tels que présentés par Euxithéos (§ 40-43)

II. Pourquoi nommer ces individus ?

- 19 À travers cette très longue liste, l'objectif est simple : il s'agit de faire témoigner le maximum de monde possible. Euxithéos le reconnaît lui-même lorsqu'il évoque les parents du côté de son père :

Certes, si nous avons trouvé refuge dans un ou deux individus, nous serions exposés au soupçon de les avoir corrompus, mais si mon père de son vivant et moi, maintenant, nous avons pour nous tous (ἅπανιν) les garants grâce auxquels chacun de vous passe l'examen sans contestation – je veux dire les membres de la phratrie, les parents, les membres du dème et ceux du *génos* – comment est-il possible, comment est-il concevable que [je] les aie fait passer pour tels sans qu'ils le soient véritablement ³⁶ ?

- 20 Certes, un témoin suffit pour attester un fait : le principe romain « *testis unus testis nullus* » ne s'applique pas à Athènes ³⁷. Mais, comme l'ont montré Sally Humphreys et Adele Scafuro, dans une affaire de famille, il est préférable de faire monter à la tribune le plus possible de parents pour exposer aux juges une approbation familiale la plus large possible ³⁸.
- 21 Cette stratégie vaut également pour l'identité des témoins, détaillée de manière abondante. C'est le cas par exemple pour Nikiadès et Nicostratos, tous les deux convoqués par le plaignant : « [Appelle] ensuite Nikiadès : car son père Lysanias était le frère de Thoucrites et de Lysarète, et l'oncle de mon père. [Appelle] ensuite Nicostratos :

car son père Nikiadès était le neveu de mon grand-père et de ma grand-mère, et cousin de mon père³⁹. » Euxithéos dédouble la description du même Nikiadès, ce qui permet d'exposer tous ses liens familiaux en nommant tous les individus concernés (hommes et femmes) : fils, frère, neveu, cousin, ce Nikiadès apparaît au centre d'un réseau familial qui confère un surcroît de légitimité à la fois au témoin lui-même et au père d'Euxithéos conforté dans son statut de citoyen. Cette quadruple caractérisation, opérée lors de deux présentations différentes a même trompé Davies et Kirchner : il y aurait selon eux deux cousins de Thoucrites s'appelant Nikiadès, restitution complexe qui n'est en rien nécessaire. Il est impossible de savoir si le plaignant a convaincu les juges, mais il a en tout cas su piéger les historiens du ^{xx}^e siècle.

- 22 Pour autant, le plaignant « oublie » aussi de nombreux personnages de la famille, qu'il a été possible de retrouver grâce à des inscriptions. Parmi les fils décédés d'Amythéon, Callistratos a eu un fils (Callimachos) non mentionné dans le discours⁴⁰. Cette inscription mentionne également deux femmes, sûrement proches parentes de Callistratos, Lysistratè et Nicostratè, elles aussi non évoquées dans le discours. De même, Apollodore a eu un quatrième fils (outre Olympichos, Diodôros et Théodôros), décédé avant 346/345⁴¹. Euxithéos cherche certes à représenter un arbre généalogique aussi large que possible, mais il signale surtout les individus qui peuvent lui être utiles dans son argumentation.
- 23 Ce panorama très étendu permet des considérations numériques. Au moins 33 hommes sont évoqués dans ces passages, dont 21 sont nommés (voir Tableau 1) : seuls deux tiers des hommes sont désignés par leur nom. S'il y a tant d'hommes qui sont nommés dans les discours judiciaires, contrairement aux femmes, c'est aussi parce que beaucoup d'hommes sont évoqués : la différence n'est pas nécessairement l'absence de dénomination des femmes. Pour repenser les modes d'apparition des individus, il est essentiel de tenir compte des occurrences concernant les hommes : ils ne sont pas toujours nommés et il faut aussi réfléchir aux raisons de leur dénomination (ou non)⁴².

Tableau 1 : Membres (hommes) de la famille d'Euxithéos évoqués dans le discours

Hommes	Total	Nommés (dans l'ordre du discours)		Non nommés	
§ 20-22	Au moins 10	7	Thoucritidès II, Charisiadès, Charisios, Thoucritidès I, Nikiadès, Lysanias, Nicostratos	3 à 5 (?)	Père d'Euxithéos, hommes apparentés à Lysarète
§ 37-39	15	12	Damostratos I, Amythéon, Timocratès, Damostratos II, Callistratos, Dexithéos, Diodoros, Ctésibios, Apollodore I, Olympichos, Apollodore II, Euxithéos	3	Trois fils d'Euxithéos (cousin du plaignant)
§ 40-43	Au moins 8	2	Protomachos, Eunicos	6 à 7 (?)	Deux oncles de Thoucritos, deux frères d'Euxithéos, un fils ou plus de Protomachos, un fils d'Eunicos

Tableau 2 : Membres (femmes) de la famille d'Euxithéos évoqués dans le discours

Femmes	Total	Nommées		Non nommées	
§ 20-22	2	1	Lysarète	1	Mère de Lysarète
§ 37-39	5	1	Chairestratè	4	Mère d'Euxithéos, première épouse de Damostratos, fille de Damostratos, sœur de Chairestratè
§ 40-43	2	0		2	Fille de Protomachos et de Nicarète, première épouse de Protomachos

24 Une de ces raisons peut être approfondie à partir de la question des témoins. Environ 15 témoins viennent déposer en faveur d'Euxithéos⁴³. Pour autant, seuls 8 sont nommés (voir Figures 1-3), c'est-à-dire seulement la moitié. Un tel décompte est possible pour l'ensemble des 400 dépositions dans les discours judiciaires⁴⁴ : dans 75 cas de témoignages, au moins un des témoins est nommé dans le discours, total auquel il faut ajouter 6 dépositions où un individu nommé dans le discours figure probablement parmi les témoins. Ce nombre laisse donc 325 dépositions, plus des trois quarts des cas, pour lesquelles le nom d'aucun témoin n'est mentionné dans le discours de l'orateur. Sans compter que, parmi les 81 (75+6) témoignages précédemment évoqués contenant un témoin désigné nommément par le plaignant,

il peut ne s'agir que d'un ou quelques témoins parmi plusieurs, les autres restant anonymes. Donner le nom du témoin dans le discours n'est pas essentiel. De fait, cette information est contenue dans la déposition⁴⁵. D'ailleurs, 14 dépositions conservées ou restituées contiennent le nom d'au moins un témoin sans que celui-ci ne figure dans le discours : c'est le signe que la plupart des témoignages devaient mentionner le nom du témoin. La dénomination par le plaignant n'est donc pas prioritaire : ce nom sera de toute façon connu des juges. Ainsi, les plaignants ne voient pas dans la désignation par le nom un moyen de mettre en valeur leurs témoins.

- 25 Il faut alors tenir compte de cette information pour les femmes également : des noms de femmes peuvent apparaître dans les dépositions sans qu'elles apparaissent dans les discours. Par exemple, Oenanthè n'est connue par son nom que dans une déposition du *Contre Macartatos* (§ 36). De même, Archippé⁴⁶, la mère d'Apollodore donnée en mariage à Phormion à la mort de Pasion le père d'Apollodore est évoquée nommément dans le testament qu'Apollodore fait lire aux juges dans le *Contre Stéphanos*⁴⁷. Le nom d'un des personnages essentiels de l'affaire ne figure donc que dans un document lu par le greffier. Les conclusions qu'en tirent les historiens divergent pourtant selon le sexe des individus en question : dans le cas des femmes non nommées dans le discours mais dans les documents lus au tribunal, il s'agirait d'une pudeur pour ne pas évoquer le nom d'une citoyenne en public, alors que, dans le cas des hommes, c'est inutile, car l'information sera de toute façon donnée aux juges. Un tel double discours en dit plus sur nos conceptions actuelles que sur l'imaginaire des Athéniens à l'époque classique.
- 26 Pour en revenir au discours *Contre Euboulidès*, neuf femmes sont évoquées par Euxithéos dans son exposé généalogique dont deux sont nommées (voir Tableau 2). La proportion est plus faible que pour les hommes : un peu plus d'un cinquième des femmes est désigné par leur nom. Comment comprendre la distinction opérée entre les femmes pour les nommer ou non ? David Schaps affirme que, si la grand-mère maternelle d'Euxithéos, Chairestratè, est nommée, et non la première femme de son grand-père Damostratos ni la tante de Nicaréte, c'est-à-dire la sœur de Chairestratè, c'est parce que Chairestratè est morte alors que les deux autres sont vivantes⁴⁸.

- 27 Pourtant, le plaignant dit clairement qu'elles sont toutes décédées en précisant ceux qui sont encore en vie dans cette partie de son arbre généalogique : « Parmi eux [évoqués § 37-38] vit encore Damostratos, fils d'Amythéon, le neveu de ma mère » puis « d'Olympichos est né Apollodore, qui lui aussi est encore vivant »⁴⁹. Il pourrait être objecté que ces deux déclarations ne concernent que les hommes mentionnés précédemment, ce qui ne repose sur aucune preuve concrète. Mais la logique conduit à la même conclusion : comme Amythéon est mort dans l'expédition de Sicile en 415 (§ 37), sa mère, la première femme de Damostratos, est née au minimum en 450 (Amythéon étant nécessairement né avant 435) et elle aurait donc plus de cent ans en 346/345. De même en ce qui concerne la sœur de Chairestratè : tous les individus de la génération suivante sont décédés (son fils Olympichos, son neveu Timocratès, sa nièce Nicarètè) et il est très peu probable qu'elle leur ait tous survécu⁵⁰. Une différenciation entre vivants et morts (une des hypothèses de David Schaps) n'est donc pas pertinente ici.
- 28 Deux autres raisons peuvent en fait être avancées. Les deux femmes nommées sont les grands-mères d'Euxithéos : la mère de Thoucritos (Lysarètè) et la mère de Nicarètè (Chairestratè). Ce sont d'abord celles qui sont les plus proches du plaignant, lequel cherche à donner aux juges un arbre généalogique clair : il n'encombre pas leur esprit avec des noms inutiles. Cette prescription vaut en partie pour les hommes également : son arrière-grand-père paternel, qui s'appelle probablement Thoucritidès⁵¹, n'est pas nommé, tout comme ses arrière-grands-mères.
- 29 De plus, ce sont ces deux grands-mères qui permettent d'appuyer la citoyenneté du père et de la mère du plaignant. Elles apparaissent par conséquent essentielles dans son plaidoyer, ce qui explique bien plus sûrement leur dénomination : leurs deux noms de citoyennes sont communiqués aux juges comme autant de preuves supplémentaires en sa faveur. La désignation à travers l'utilisation du nom des femmes citoyennes répond à un critère rhétorique. Cette logique s'applique aussi à d'autres désignations.

III. Quand nommer une femme citoyenne ?

- 30 Il convient néanmoins de revenir un peu en arrière : les informations tirées des discours ne sont pas complètement exactes. Les arbres généalogiques tirés des § 20-22, 37-39 et 40-43 font en effet apparaître les noms de Thoucritos et de Nicarète alors que, si tous les deux sont abondamment évoqués, ils ne sont jamais nommés avant la toute fin du discours⁵². Nicarète est désignée comme « ma mère » à 25 reprises, dont dix-neuf avant le § 46 lorsque débute l'exposé concernant le plaignant lui-même⁵³, quand Thoucritos est dit « mon père » à trente-quatre reprises, dont vingt-et-unes avant le § 46⁵⁴. Dans le détail des arbres généalogiques, les deux parents sont donc mentionnés à peu près à égalité, sans n'être jamais nommés avant les derniers paragraphes.
- 31 Il convient certes de noter que les éditions actuelles font figurer une fois le nom de Thoucritos avant la fin du discours (§ 41). Plusieurs points doivent néanmoins être signalés. D'abord, cette mention ne figure pas au début du discours ni au moment où Euxithéos évoque son père : c'est au contraire au moment où il parle de sa mère. Gernet remarque ainsi : « Il est curieux que le plaideur n'ait pas encore mentionné son nom⁵⁵. » Surtout, l'apparat critique précise que le nom n'apparaît que dans un seul manuscrit (A), alors que tous les autres ne signalent que son initiale : τὸν Θ. C'est donc une restitution *a posteriori* pour être compréhensible. MacDowell ne se trompe pas lorsqu'il déclare : « He [Euxitheos] was (or at least claimed to be) the son of Thoukritos (57.67) » en omettant l'occurrence du § 41⁵⁶.
- 32 De ce fait, Thoucritos et Nicarète sont, tout au long du discours, mentionnés à travers les désignations relationnelles (« mon père », « ma mère »), qui ne sont pas seulement informatives, mais servent la cause du plaignant : il s'agit de montrer qu'ils sont ses parents, précisément dans un contexte judiciaire où cette filiation a probablement été mise en doute. La dimension rhétorique de ces déclarations est fondamentale : il est plus intéressant pour Euxithéos de dire « ma mère » que Nicarète ou « mon père » que Thoucritos. En cela, l'absence de dénomination est à comprendre à l'aune de la stratégie discursive du plaignant, et non pas comme le révélateur

d'un phénomène social, puisque la même désignation tardive s'applique au père et à la mère d'Euxithéos.

- 33 C'est à la toute fin du discours que Nicarète et Thoucritos sont dénommés l'un et l'autre (§ 66-68 alors que le discours se termine § 70). Ces noms apparaissent d'ailleurs dans une mise en scène assez audacieuse : Euxithéos se met dans la situation de subir la dokimasie réservée aux thesmothètes, c'est-à-dire six des neuf archontes. Après avoir été tirés au sort, ils doivent subir un examen vérifiant qu'ils ont le droit d'exercer cette charge :

De la même manière que vous testez (ἀνακρίνετε) les thesmothètes, je vais me tester (ἀνακρινῶ) moi-même devant vous, dans les mêmes termes : “Qui était ton père ? – Mon père était Thoucritos. – Y a-t-il des parents qui témoignent pour lui ? – Tout à fait, d'abord quatre cousins germains [...]. Comment pourrais-je démontrer la filiation du côté de mon père d'une manière plus juste et plus transparente ? Je vais vous appeler mes parents, si vous voulez. Écoutez maintenant ce qui concerne ma mère. Ma mère est Nicarète, la fille de Damostratos de Mélité. Quels sont ceux qui témoignent qu'ils lui sont apparentés ? D'abord un neveu [...] ⁵⁷.”

- 34 Cette citation est intéressante à plusieurs égards. D'abord, le nom entier de la mère d'Euxithéos est dévoilé : Nicarète, fille de Damostratos, du dème de Mélité. Elle est nommée comme un citoyen, alors que cette appellation est plus rare pour les femmes que pour les hommes⁵⁸. Cette dénomination est, elle aussi, une stratégie : Euxithéos cherche à renforcer son propre statut de citoyen, en reprenant les codes de la désignation des citoyens. La manœuvre est d'ailleurs identique pour l'ensemble de la situation d'énonciation imaginée, à savoir la dokimasie fictive : cette procédure ne s'appliquant qu'aux citoyens, le simple fait de l'utiliser pour s'autoprésenter est un moyen de se légitimer en tant que citoyen⁵⁹.
- 35 Précision à noter : Euxithéos ne retranscrit pas toutes les questions habituellement posées. En effet, d'autres critères sont normalement examinés, comme en témoigne la *Constitution des Athéniens* attribuée à Aristote : l'individu participe-t-il à un culte d'Apollon Patrôos et de Zeus Herkeios, possède-t-il des tombeaux de famille, se comporte-t-il bien envers ses parents, a-t-il payé tous ses impôts et a-t-il rempli ses obligations militaires⁶⁰ ? Le plaignant sélectionne

donc parmi les interrogations possibles celles qui lui conviennent : les dépenses en faveur de la cité et son service à l'armée ne l'intéressent pas, car ils ne lui apportent rien, au contraire de ses liens familiaux, auxquels il a consacré son plaidoyer.

- 36 Ensuite, la dénomination n'est pas un critère univoque, mais doit être perçue dans ses itérations : ce n'est pas la même chose de nommer très souvent une femme ou de ne presque pas la nommer. Si la dénomination survient à la fin d'un discours comme ici, le nom de la femme est par conséquent omis pendant presque toute l'énonciation : au moment où les actes de cette Nicarète sont détaillés, faut-il penser la femme comme nommée ou non aux yeux des juges ?
- 37 Enfin, les noms de la mère comme du père d'Euxithéos sont donnés dans une situation fictive à la troisième personne, qui permet la dénomination : sans elle, nous ne disposerions pas aujourd'hui de ces noms. En cela, une approche genrée est pertinente, c'est-à-dire une approche qui se fonde sur la différence perçue entre les sexes, construite socialement, qui prend dès lors en compte les hommes comme les femmes : séparer l'étude des uns et des autres est problématique. David Schaps affirme ainsi à propos d'Euxithéos : « *He had to be as clear as possible about his ancestry: but in spite of this, he mentioned his mother only obliquely until he came to sum up his case* ⁶¹. » Selon l'historien, le plaignant ne nomme que tardivement Nicarète pour rester respectueux de sa mère tout le discours, mais est obligé de la nommer à la fin de son plaidoyer, par souci de clarté. Comme il ne s'intéresse qu'aux femmes, il néglige le fait que c'est aussi le cas du père d'Euxithéos, à l'identique : la même règle explicative doit être trouvée pour la mère et pour le père. En l'occurrence, leurs noms n'ont pas besoin d'être donnés, car ils ont été mentionnés dans les nombreux témoignages des parents des deux côtés. Il est beaucoup plus utile, pour Euxithéos, d'insister sur leur lien de filiation avec lui.

IV. Pourquoi ne pas nommer une femme ?

- 38 L'apparition de nombreux témoins dans cette affaire souligne qu'aucune femme n'est appelée à témoigner ⁶². La raison semble

simple : même si l'intervention des femmes libres aux procès a été débattue, il est très probable que leur témoignage doive passer soit par un serment⁶³, soit par la déposition d'un κύριος⁶⁴. Elles ne peuvent pas s'exprimer en personne au tribunal, au contraire des hommes libres⁶⁵. Certains spécialistes en ont conclu que les paroles des femmes n'avaient aucun crédit. Ainsi Barbara Levick déclare : « *Women could bear witness, but there were two factors militating against them. First, the convention that a woman should not speak in public, and second, as apparently in Islam, the notion that women's evidence might be taken to be inherently weak*⁶⁶. » Cette affirmation étonnante rejoint celle d'autres chercheurs⁶⁷.

- 39 Pour réexaminer cette question, il est possible de se tourner vers la mère d'un autre orateur, régulièrement appelée « ma mère » comme Euxithéos le fait pour Nicarète : Cléoboulè, la mère de Démosthène⁶⁸. En effet, celle-ci n'est jamais désignée nommément dans les discours judiciaires conservés, alors pourtant que plusieurs d'entre eux la concernent. C'est grâce à la *Vie des dix orateurs*, attribuée à Plutarque, que son nom nous est parvenu⁶⁹. David-Artur Daix et Matthieu Fernandez, dans leur commentaire des deux premiers *Contre Aphobos* aux Belles Lettres, reprennent d'ailleurs la théorie de David Schaps, sans le mentionner : « Démosthène ne mentionne jamais le nom de sa mère ni de sa sœur durant tout le procès en vertu des conventions sociales de l'époque, qui considèrent cela comme déplacé⁷⁰. »
- 40 La plupart des connaissances que nous possédons concernant Cléoboulè provient des trois discours de Démosthène contre son ancien tuteur Aphobos : un premier réquisitoire, le *Contre Aphobos I*, puis une réplique, le *Contre Aphobos II*, et même un discours dans un procès pour faux témoignage, le *Contre Aphobos III*. En effet, à la suite du procès gagné par Démosthène, Aphobos attaque un témoin de l'orateur, dénommé Phanos, car celui-ci a déclaré dans sa déposition qu'Aphobos avait reconnu la condition libre de l'intendant Milyas alors qu'Aphobos avait réclamé de livrer ce Milyas à la torture en tant qu'esclave⁷¹.
- 41 Dans ces trois discours, Démosthène évoque Cléoboulè en disant « ma mère » à 20 reprises⁷² et « notre mère » (à lui et à sa sœur) à 2 reprises⁷³. Une de ces évocations fait le lien avec la procédure du

témoignage. Cléoboulè est ainsi appelée « ma mère » par Démosthène lorsqu'il évoque le serment qu'elle aurait pu prêter en sa faveur dans le troisième discours *Contre Aphobos*, concernant donc le statut de Milyas :

En outre, ma mère (ἡ μήτηρ) a offert de nous faire venir auprès d'elle, moi et ma sœur (κατ' ἐμοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς), les seuls enfants qu'elle ait et pour lesquels elle est restée veuve, et de jurer sur nos têtes (πίστιν ἤθελεν ἐπιθεῖναι παραστησαμένη), qu'à sa mort mon père (τὸν πατέρα) a affranchi cet homme, et que chez nous il est considéré comme libre⁷⁴.

- 42 Ce passage est intéressant à plusieurs titres. D'abord, Cléoboulè aurait proposé elle-même de prêter serment : elle est le sujet de la phrase et de l'action, ce qui souligne son importance⁷⁵. Ensuite, dans ce passage, le père de Démosthène est lui aussi qualifié à travers un lien familial : il est « son père » comme Cléoboulè est « sa mère ». En effet, dans ce discours, Démosthène l'ancien est évoqué à quatre reprises, mais n'est jamais désigné nommément⁷⁶. Pour connaître son nom, il faut en fait se référer au premier *Contre Aphobos* (§ 4), qui relève certes de la même affaire à rebondissements, mais d'une autre procédure et qui n'a donc pas été prononcé devant les mêmes juges : l'auditoire présent lors du procès pour faux témoignage n'entend jamais prononcer le nom du père de Démosthène, pas plus que celui de Cléoboulè. Comme dans le cas de Nicarète par rapport à Thoucrites, il convient toujours de comparer la désignation du père pour comprendre précisément celle de la mère. Ici, comme dans le cas de Nicarète et Thoucrites, c'est le lien de filiation de Démosthène qui est primordial, et donc mis en avant par cette caractérisation qui n'a rien d'innocente. En effet, la parole de Cléoboulè aurait pu passer par un serment et, dans ce cadre, son statut de mère aurait eu des implications concrètes.
- 43 D'abord, au contraire des visions historiographiques hiérarchisant la parole d'un homme (supérieure) et celle d'une femme (inférieure), la procédure du serment des femmes doit être envisagée en suivant la vision mise en avant par les discours judiciaires eux-mêmes : le serment de Cléoboulè aurait pu être, si Aphobos l'avait acceptée, un moyen de déterminer la vérité des faits. Démosthène lui-même le déclare :

Et que personne parmi vous n'aille croire qu'elle offrirait jamais de jurer sur nos têtes, si elle ne savait pas clairement que son serment est véridique. [...] Voilà donc ce que nous avons pour établir notre bon droit, et nous offrons de recourir aux preuves les plus décisives par rapport aux témoignages. Or lui [Aphobos], qui s'est dérobé devant tout cela, se figure qu'en jetant le soupçon sur le procès passé et en lançant des accusations contre moi, il va vous persuader de condamner le témoin⁷⁷.

- 44 Certes, il convient de prendre avec précaution cette affirmation. Les spécialistes du droit ont montré que de telles propositions – à prêter serment, à torturer un esclave ou à produire un document – avaient pour but d'être refusées par l'adversaire pour soutenir l'argumentation du plaignant⁷⁸. Démosthène s'inscrit d'ailleurs dans une logique de sommations qui dépasse ce simple cas, probablement pour lutter contre la demande d'Aphobos de mettre Milyas à la torture puisqu'il est esclave (§ 13-14) : il évoque au total six demandes différentes dans son discours⁷⁹. Mais il n'en demeure pas moins que le serment de Cléoboulè est un élément d'autorité : la parole d'une femme peut fournir un argument fort en faveur d'un orateur.
- 45 L'autorité provenant du serment testimonial est-elle différente selon qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme ? Certains chercheurs ont cherché à différencier le serment des hommes libres et celui des femmes libres. D'abord, selon Judith Fletcher, les serments des hommes auraient seuls une autorité⁸⁰. De même, certains spécialistes ont pu arguer d'une différence dans la formulation du serment lui-même⁸¹ : les enfants sur la tête desquels Cléoboulè aurait pu prêter serment, Démosthène et sa sœur, auraient une place particulière dans le cas des serments de femmes. Claude Vial, qui a beaucoup œuvré pour faire progresser la compréhension des rôles des femmes dans la cité athénienne, affirmait ainsi, dans les années 1980 : « Les Athéniens ne croyaient pas qu'une femme pût se parjurer dans un serment sur la tête de ses enfants »⁸², comme si l'efficacité des serments des hommes reposait sur une autre logique. Cette pensée provient de la vision traditionnelle, qui n'a été critiquée qu'ensuite, renvoyant avant tout les femmes à leur rôle domestique : même dans l'espace public, elles ne pourraient avoir d'importance au tribunal que grâce à leur lien avec leur foyer.

- 46 Cette double distinction se heurte cependant au texte de Démosthène, qui propose, dans le même discours, un serment identique de la part de témoins hommes :

Eh bien, ne croyez pas que de mon côté j'aie été prêt à agir ainsi, mais que les témoins aient eu un autre avis que le mien : ils ont offert de faire venir leurs enfants auprès d'eux pour jurer sur leurs têtes (ἀλλ' ἐκεῖνοι παραστησάμενοι τοὺς παῖδας πίστιν ἐπιθεῖναι ἡθέλησαν κατ' ἐκείνων) au sujet des points sur lesquels ils allaient témoigner (ὕπὲρ ὧν ἐμαρτύρησαν). Mais lui [Aphobos] ne daigna pas, ni dans leur cas ni dans le mien, nous donner la possibilité de jurer. [...] Comment établir d'une façon plus éclatante que nous sommes victimes d'une calomnie, que le témoignage était véridique et que la condamnation était méritée, que de la manière dont je l'ai montré⁸³ ?

- 47 D'une part, des hommes auraient pu prêter serment comme Cléoboulè, avec la même efficacité⁸⁴. C'est la procédure du serment qui donne une autorité aux paroles proposées plus que le sexe de ceux qui voudraient s'y soumettre. Les occurrences qui voient des hommes prêter serment sont d'ailleurs plus nombreuses que les occurrences concernant les femmes⁸⁵. D'autre part, la formule qu'ils auraient dû jurer contient la même référence à la filiation : les déposants prêtent serment sur la tête de leurs enfants, qu'ils soient hommes ou femmes. La présence effective des enfants paraît nécessaire dans les deux cas, comme le souligne le verbe παρίστημι (« se tenir à côté »), présent dans les deux passages cités (§ 26 et 54).
- 48 Démosthène lui-même a proposé de prêter serment avec Aphobos⁸⁶. Ce n'est d'ailleurs pas la seule fois dans les discours conservés. Dinarque en fait le reproche à Démosthène, une trentaine d'années plus tard, lors de l'affaire d'Harpale en 322 :

Comment peut-il être juste (δίκαιον), conforme à l'intérêt général, démocratique [...] que, sans avoir d'enfants, tu t'en attribues de manière illégale en prononçant les serments en usage dans les procès (ἐν ταῖς κρίσεσιν)⁸⁷ ?

- 49 Si Dinarque ne parle pas des serments que Démosthène aurait pu prêter en tant que témoin judiciaire, il fait clairement référence aux serments formulés au tribunal. L'orateur refuse ainsi à son adversaire

la possibilité de prêter serment dans les procès, car il n'a plus d'enfant. Sa fille est effectivement morte en 336⁸⁸. On note que le serment a une efficacité qu'il soit prêté sur la tête d'un garçon ou d'une fille, indifféremment. Surtout, Dinarque, de la sorte, renie à Démosthène son statut de père. C'est le fait d'être père qui lui donnait une légitimité à prêter serment et donc à exercer cette procédure d'autorité.

- 50 Ce détour par Démosthène permet de revenir à Cléoboulè et à sa désignation – et par extension à Nicaréte : dire « ma mère » plutôt que Cléoboulè apparaît comme un point crucial, au cœur de la stratégie de l'orateur. Dans ce cas précis, il est plus intéressant pour l'orateur d'appeler Cléoboulè « ma mère » que par son nom : la désignation exprime explicitement la légitimité qu'avait Cléoboulè à prêter serment, et renforce de fait l'argument de Démosthène. La formule « ma mère » ne constitue alors pas le moyen de l'invisibiliser, mais au contraire le moyen de garantir son autorité énonciative.

Conclusion

- 51 Finalement, qu'est-ce qui fait qu'une femme est nommée ou non dans les discours judiciaires ? Est-ce que la désigner nommément est un moyen de la déprécier ? À l'inverse, quand une citoyenne n'est pas nommée, s'agit-il de lui manifester du respect ? Plus globalement, est-ce que l'absence de dénomination des femmes libres est le signe ou le reflet de leur infériorité dans la société, elles qui sont dépendantes d'un *κύριος* ? Ces hypothèses, qui reposent en partie sur l'exemple de la Rome républicaine, doivent être repensées. Le cas d'étude du discours *Contre Euboulidès* illustre au contraire une logique plus complexe.
- 52 Pour expliquer que certains noms de femmes, mais aussi d'hommes, apparaissent ou non dans le réquisitoire, le contexte judiciaire semble un facteur prédominant. Si les parents directs d'Euxithéos, sa mère et son père, ne sont jamais appelés directement par leur nom à l'exception d'une situation fictive à la troisième personne, c'est-à-dire hors de la parole même d'Euxithéos, c'est que cette absence répond à un but stratégique : convaincre les juges de la filiation en la répétant à outrance, alors que les adversaires ont pu la mettre en doute. Le fait que Nicaréte soit la mère d'Euxithéos et que Thoucritos soit son père

nous paraît, aujourd'hui, un élément informatif, précisément car la déclamation est bien tournée⁸⁹, alors qu'il s'agit du point de tension principal.

- 53 L'itération des noms apparaît ainsi comme une caractéristique à prendre en compte pour déterminer l'impact de la dénomination des femmes (ou des hommes) : ce n'est pas parce que nous connaissons le nom d'une femme ou d'un homme grâce à une mention que ce nom doit être plaqué sur toutes les évocations de l'individu en question. Or, du fait des sources qui mentionnent plus souvent des hommes, il est plus facile et donc plus fréquent de retrouver le nom des hommes que des femmes. C'est en partie ce qui explique qu'on pense connaître plus de noms d'hommes que de femmes dans les discours judiciaires. L'exemple du père de Démosthène est à ce titre marquant : alors qu'il n'est jamais évoqué nommément dans le troisième *Contre Aphobos*, il est pourtant pensé comme connu par son nom, grâce à une seule mention dans un autre discours qui n'a pas été prononcé le même jour, et donc devant les mêmes juges.
- 54 À l'inverse, pour Euxithéos, les parents plus éloignés sont évoqués nommément pour plus de clarté, à la fois pour les hommes et les femmes. Les deux grands-mères, dont le statut est essentiel pour la citoyenneté du plaignant, sont nommées. Là encore, c'est le programme argumentatif du plaidoyer qui doit être pris en compte, sans différencier les hommes et les femmes : le plaignant fait tout pour fonder son statut de citoyen.
- 55 Enfin, les témoins n'ont pas besoin d'être nommés, mais peuvent l'être. En ce sens, il est plus utile d'évoquer le nom d'un témoin que celui d'une femme qui ne témoigne pas. Par exemple, la fille de Nicaréte et Protomachos n'est pas désignée par son nom, au contraire de son mari, qui témoigne. Leur fils n'est pas nommé, de même que les autres enfants de Protomachos, car ce qui compte c'est qu'ils soient leurs enfants (et qu'ils soient citoyens) : la logique nucléaire décrite pour Euxithéos s'applique aussi aux témoins.
- 56 Le principe même de la déposition des femmes, qui passe par la procédure du serment, prouve le fondement rhétorique à l'œuvre dans la désignation des individus, qu'ils soient hommes ou femmes : évoquer le statut de parent plutôt que le nom du ou de la possible témoin est un moyen de fonder l'efficacité de son serment, prêté sur

la tête de ses enfants, et, par-là, la vérité de son propos. À ce titre, aucune différence n'est faite entre les hommes et les femmes : toutes et tous jurent sur leur descendance, sans que ces clauses comminatoires renvoient à un quelconque rôle domestique, en tout cas pas plus pour les femmes que pour les hommes.

- 57 Le serment testimonial invite également à repenser l'autorité dévolue aux femmes libres dans les discours judiciaires. Alors que l'impossibilité de faire une déposition comme les hommes libres a pu conduire à voir le signe de leur infériorité⁹⁰, considérer leur parole en acte, c'est-à-dire par rapport à l'importance que lui confèrent les orateurs, conduit à inverser complètement la situation : le serment, en ce qu'il implique les dieux et place le jureur dans une position très particulière, a un pouvoir probatoire plus important que les dépositions habituelles. Ainsi, les femmes peuvent être perçues comme des sources de vérité plus fortes que les hommes quand ceux-ci témoignent sans prêter serment.

NOTES

- 1 Cicéron, *Contre Verrès*, II, 1, 94 (trad. Henri de La Ville de Mirmont).
- 2 Prêter des paroles aux morts correspond à la technique de la *prosopopoeia*, très appréciée de Cicéron : voir T. N. Mitchell (éd.), *Cicero. Verrines II.1*, Oxford, Aris and Phillips, 2014 (1986), p. 200-201 (avec une liste d'exemples).
- 3 Guérin fait la différence entre procès publics (*iudicia publica*), dans le cadre desquels le témoignage des femmes est accepté, et procès privés (*iudicia priuata*), où il ne l'est pas : voir C. Guérin, *La voix de la vérité. Témoin et témoignage dans les tribunaux romains du I^{er} siècle av. J.-C.*, Paris, Les Belles Lettres, 2015, p. 94-96. Greenidge fait la différence entre les tribunaux criminels (témoignage admis) et les affaires de mancipation (témoignage non admis) : voir A. H. J. Greenidge, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, New York, Augustus M. Kelley Publishers, 1971 (1901), p. 482-483. Sur le témoignage des femmes, voir plus généralement U. Steck, *Der Zeugenbeweis in den Gerichtsreden Ciceros*, Francfort-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Vienne, Peter Lang, 2009, p. 133-138 (« Frauen als Zeugen »).

- 4 T. N. Mitchell (éd.), *Cicero. Verrines II.1*, op. cit., p. 201 : « *This entire amplification of the crimes of Verres' guardianship in 93-94 is another elaborate appeal to the emotions, as Cicero exploits the piteous consequences of Verres' betrayal of trust as seen in the helplessness of a minor deprived of his father and his father's possessions, and in the vulnerability of his distraught mother and grandmother, forced to put aside their innate modesty and defend their rights in the unfamiliar world of men.* ».
- 5 Cicéron, *Pro Caelio*, à partir de 30 ; *Pro Cluentius*, à partir de 12. Voir S. Ige « Rhetoric and the Feminine Character: Cicero's Portrayal of Sassia, Clodia and Fulvia », *Akroterion*, n° 48, 2003, p. 45-57. Pour autant, des femmes critiquées peuvent ne pas être nommées, comme Fulvia dans le *Pro Milone* ou les *Philippiques*. De même, Caecilia, la sœur du consul Q. Caecilius Metellus Nepos, est encensée, mais dénommée dans le discours *Pro Sex. Roscio Amerino* : voir Cicéron, *Pro Sex. Roscio Amerino*, 27 et 147-149.
- 6 D. Schaps, « The Woman Least Mentioned: Etiquette and Women's Names », *Classical Quarterly*, n° 27, 1977, p. 323-330.
- 7 *Ibid.*, p. 326. Le sous-titre de son article évoque ainsi une « étiquette ».
- 8 Voir K. A. Kapparis, *Women in the Law Courts of Classical Athens*, Édimbourg, Edinburgh University Press, 2021, p. 14-16.
- 9 J. Gould, « Law, Custom and Myth: Aspects of the Social Position of Women in Classical Athens », *Journal of Hellenic Studies*, n° 100, 1980, p. 45.
- 10 Voir par exemple D. M. MacDowell, *Demosthenes the Orator*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 15-16.
- 11 Une analyse systémique serait également fructueuse, en listant toutes les femmes évoquées dans les discours judiciaires pour vérifier si elles sont nommées ou non selon leur statut, leur lien à l'adversaire, etc. et en comparant cet inventaire avec tous les hommes évoqués, qu'ils soient nommés ou non. Un tel travail de recherche dépasse de loin le cadre de cet article. Un autre cas d'étude, autour de Phylomachè (mentionnée dans le *Contre Macartatos* de Démosthène), est à paraître : voir N. Siron, « Identification of Women in the Attic Orators », H. Lehmann et C. Plastow (dir.), *Space, Status and Gender in Attic Oratory and Society*, Londres-New York, Routledge, 2025.
- 12 Voir S. Boehringer, A. Grand-Clément, S. Péré-Noguès et V. Sebillotte Cuchet, « La base de données Eurykleia. Un outil au service d'une histoire mixte de l'Antiquité », *Mètis*, n. s. 18, 2020, p. 19-37. Voir aussi : S. Boehringer,

A. Grand-Clément, S. Péré-Noguès et V. Sebillotte Cuchet, « Celles qui avaient un nom. *Eurykléia* ou comment rendre les femmes visibles », *Pallas*, n° 99, 2015, p. 11-19 et M. Augier, « Des femmes en capacité d'agir », *Archimède*, n° 5, 2018, <https://archimede.unistra.fr/revue-archimede/archimede-5-2018/archimede-5-2018-actualites-des-femmes-en-capacite-dagir#c60929> (consulté le 17/02/2025).

13 Sur les sources pour cette attribution à la διαφήμις de 346/345, voir J. K. Davies, *Athenian Propertied Families. 600-300 B.C.*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 93 : Androtion, FGH, 324 F 52 ; Philochoros, FGH, 328 F 52 ; Eschine, *Contre Timarque* (I), 77.

14 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 63. Le démarque serait tiré au sort : voir A. Damsgaard-Madsen, « Le mode de désignation des démarques attiques au IV^e s. av. J.-C. », O. S. Due, H. F. Johansen et B. Dalsgaard Larsen (dir.), *Classica et Mediaevalia. Francisco Blatt septuagenario dedicata* (*Classica et Mediaevalia. Dissertationes*, 9), Copenhague, Gyldendal, 1973, p. 92-118 et D. Whitehead, *The Demes of Attica. 508/7-CA. 250 B.C. A Political and Social Study*, Princeton, Princeton University Press, p. 115-116, n. 153, 139 et 236-237.

15 D. M. MacDowell, *Demosthenes the Orator*, op. cit., p. 288-289, en suivant Pseudo-Aristote, *Constitution des Athéniens*, 42, 1. Euboulidès n'est pas nécessairement démarque : pour la bibliographie de ce débat, voir L. Gernet (éd.), *Démosthène. Plaidoyers civils*, IV, Paris, Les Belles Lettres, 1992 (1960), p. 10, n. 1 et D. M. MacDowell, *Demosthenes the Orator*, op. cit., p. 291, n. 13. Sur le dème en position d'accusation, voir P. Ismard, *La cité des réseaux. Athènes et ses associations. VI^e-I^{er} av. J.-C.*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 154-157.

16 Voir Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 8-16.

17 Voir Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 1, 4-5, 11, 17-18, 30, 34-35, 40, 48, 52 et 62.

18 C'est notamment le cas dans Démosthène, *Contre Nééra* (LIX) qui concerne le mariage et la descendance de Stéphanos et était une *graphè* (§ 14-17). Voir K. A. Kapparis (éd.), *Apollodoros « Against Neaira »* [D.59], Berlin-New York, De Gruyter, 1999, p. 30-43.

19 Même si ce discours a souvent été catalogué comme un discours privé, il peut s'agir d'un discours public : voir L. Rubinstein, *Litigation and Cooperation. Supporting Speakers in the Courts of Classical Athens*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2000, p. 61, n. 99. Les arguments (avec la

bibliographie) sont beaucoup plus détaillés dans une thèse non publiée : K. L. Phelan, *A Social and Historical Commentary on Demosthenes' Against Euboulides*, Thèse de doctorat, sous la direction de K. McGroarty, Ancient Classics, National University of Ireland, Maynooth, 2016, p. 302-313.

20 Voir par exemple A. M. J. Glazebrook, *The Use and Abuse of Hetairai: Female Characterization in Greek Oratory*, Thèse de doctorat, sous la direction de S. Cole, Philosophy, University of New York at Buffalo, 2001, p. 47 : « A prohibition on naming astai is relevant only to free men in a public context; male kin address their women by personal names in private, as do women with each other when in all-female company. »

21 À noter que les deux parents d'Euxithéos sont morts au moment de son procès (§ 52 et 70).

22 V. Sebillotte Cuchet, « Ces citoyennes qui reconfigurent le politique. Trente ans de travaux sur l'Antiquité grecque », *Clio*, n° 43, 2016, p. 185-215. Voir l'ensemble des occurrences d'*astè* et *politis* dans les discours judiciaires : C. Mossé, « *Astè kai politis*. La dénomination de la femme athénienne dans les plaidoyers démosthéniens », *Ktèma*, n° 10, 1985, p. 77-79. Voir dernièrement J. Blok, *Citizenship in Classical Athens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 5-13 et 147-186. Cette avancée a permis de restituer des passages modifiés depuis des siècles dans les manuscrits : voir N. T. Campa, « In Defence of Female Citizenship: Apollodorus, *Against Neaera* 113 », *Classical Quarterly*, vol. 72, n° 2, 2022, p. 487-492. Si ces démonstrations ont rencontré des réticences, les attaques formulées à leur encontre ont été réfutées : voir V. Sebillotte Cuchet, « "Gender studies" et domination masculine : les citoyennes de l'Athènes classique, un défi pour l'historien des institutions », *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, n° 28, 2017, p. 7-30 ; J. Blok, « What has citizenship to do with the gods? Reflections on the religious foundations of ancient Greek citizenship », conférence au Collège de France, 8 février 2022, <https://www.college-de-france.fr/fr/agenda/seminaire/norme-religieuse-et-questions-autorite-dans-le-monde-grec-2/what-has-citizenship-to-do-with-the-gods-reflections-on-the-religious-foundations-of-ancient-greek> (consulté le 17/02/2025).

23 Voir V. Bers, « What to believe in Demosthenes 57 *Against Eubulides* », *Hyperboreus*, n° 8, 2002, p. 234, n. 6 pour la bibliographie (notamment J. Ober, *Mass and Elite in Democratic Athens. Rhetoric, Ideology, and the Power of the People*, Princeton, Princeton University Press, 1989, p. 222). Il s'oppose à cette idée : Euxithéos est pauvre selon lui à l'époque du discours (p. 234-235).

24 L. Gernet (éd.), *Démosthène. Plaidoyers civils*, IV, op. cit., p. 11 imagine que l'accusation avait montré qu'il s'agissait de parents achetés : « Euxithéos était certainement suspect de s'être attribué, pour accéder à la cité, des parents qui n'étaient pas les siens – des parents beaucoup plus âgés et de très petite condition, alors que lui-même ne se défend pas d'être à son aise. »

25 D. M. MacDowell, *Demosthenes the Orator*, op. cit., p. 290. Il conclut ainsi, à propos du § 66-68, commenté par la suite (p. 293) : « *These final sentences of pathos make an effective conclusion, and altogether the speech is one of the best written by Demosthenes for another speaker. Yet it remains the case that Euxitheos has not really proved that Thoukritos was his father.* »

26 J. K. Davies, *Athenian Propertied Families*, op. cit., p. 94 précise qu'il peut s'agir d'un individu désigné archonte dans la première moitié du IV^e siècle : voir *Hesperia*, 5, 1936, p. 390, n° 9, l. 13-14.

27 J. K. Davies, *Athenian Propertied Families*, op. cit., p. 95 : il s'agit du *tamias* (trésorier) de 340/339 (IG II² 1455, l. 5) également bouleute en 335/334 (IG II² 1700, l. 82). Il n'a pas de rapport avec le Nicostratos évoqué § 59 (*Ibid.*, p. 95).

28 Cette reconstruction est fondée, avec plusieurs modifications, sur la vision traditionnelle de l'arbre généalogique de Thoucritos : voir J. E. Kirchner, *Prosopographia Attica*, I/II, Berlin, Georg Reimer, 1901-1903, n° 7255 (p. 467-468) et J. K. Davies, *Athenian Propertied Families*, op. cit., p. 93-95.

29 P. J. Bicknell, « Thoukritides' mother: A note on Demosthenes 57 », *Hermes*, n° 104, 1976, p. 113-115.

30 L'ensemble n'a que peu d'importance ici et l'arbre généalogique proposé ne différencie pas les enfants de l'une ou de l'autre épouse.

31 K. L. Phelan (*A Social and Historical Commentary on Demosthenes' Against Euboulides*, op. cit., p. 142) va très loin, en les évoquant comme des femmes : « He refers to these female relatives as a group (see τὰς τῶν πρὸς γυναικῶν τῷ πατρὶ συγγενῶν μαρτυρίας at §22). Tracing his patriline, however, Euxitheos individually names the male relatives whom he will call as witnesses and outlines their relationship to his father. Ultimately, their male gender granted them access to the social, political and economic spheres in the polis while the female gender did not. Membership of the *genos*, *phratry* and the *deme* were imparted by the male line. As a result, the testimony from

Thoucritos' male relatives was more relevant with regard to confirming his civic status. »

32 W. E. Thompson, « The Prosopography of Demosthenes, LVII », *American Journal of Philology*, vol. 92, n° 1, 1971, p. 89-91.

33 K. L. Phelan (*A Social and Historical Commentary on Demosthenes' Against Euboulides*, op. cit., p. 195) imagine que le fils de Timocratès, nommé Euxithéos, ne témoigne pas, car il ne fait pas partie de la liste donnée § 68.

34 Cette attribution est due à W. K. Lacey, « The family of Euxitheos (Demosthenes LVII) », *Classical Quarterly*, n° 30, 1980, p. 57-58, qui a différencié, parmi tous ceux qui sont évoqués § 43, les enfants de Protomachos et Nicarète (dont une fille appelée sa « sœur » par le plaignant) et les fils de Protomachos (qui ne sont pas dits être ses frères).

35 *Ibid.*, p. 60-61 souligne le fait qu'Euxithéos n'a pas de frère vivant à l'époque de son discours.

36 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 24 (toutes les traductions proviennent de la nouvelle traduction dirigée par Pierre Chiron aux Belles Lettres, parfois légèrement modifiées pour se rapprocher du texte grec). Voir aussi § 44 : « Moi qui suis entouré de tous ces parents que vous voyez ici, qui témoignent et qui jurent qu'ils me sont liés ».

37 Voir N. Siron, *Témoigner et convaincre. Le dispositif de vérité dans les discours judiciaires de l'Athènes classique*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2019, p. 65-67.

38 S. C. Humphreys, « Social Relations on Stage: Witnesses in Classical Athens », E. Carawan (dir.), *Oxford Readings in The Attic Orators*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 140-213 (repris de S. C. Humphreys (dir.), *The Discourse of Law, History and Anthropology*, 1-2, 1985, p. 313-369) et A. C. Scafuro, « Witnessing and False Witnessing: Proving Citizenship and Kin Identity in Fourth-Century Athens », A. L. Boegehold et A. C. Scafuro (dir.), *Athenian Identity and Civic Ideology*, Baltimore-Londres, The Johns Hopkins University Press, 1994, p. 156-198.

39 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 21.

40 Voir IG II² 6857 (Davies, *Athenian Propertied Families*, op. cit., p. 94).

41 Voir *Hesperia*, n° 30, 1961, p. 275, n. 121 (*Ibid.*, p. 94 penche en faveur de « Théodôros »).

42 Contre, par exemple, J. R. Porter, « Adultery by the Book: Lysias 1 (*On the Murder of Eratosthenes*) and Comic Diēgēsis », E. Carawan (dir.), Oxford

Readings in The Attic Orators, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 79 qui évoque un homme et une femme non nommés dans Lysias, *Sur le meurtre d'Ératosthène* (I), 15-18, mais renvoie à la théorie de David Schaps pour expliquer uniquement l'absence de dénomination de la femme.

43 Au moins 6 § 20-22 (dont un groupe indéfini contenant au minimum 2 hommes), 6 § 37-39 et au moins 4 § 40-43 (dont un groupe indéfini contenant au minimum 2 hommes).

44 Voir N. Siron, « Identifier les témoins dans les procès athéniens du v^e-iv^e siècle av. J.-C. », P. Ismard et alii (dir.), *L'identification des personnes dans les mondes grecs*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2019, p. 221-228.

45 Voir N. Sato, « Additional Information in Witness Testimonies in Classical Athens », A. Markantonatos, V. Liotsakis et A. Serafim (dir.), *Witnesses and Evidence in Ancient Greek Literature*, Berlin et Boston, De Gruyter, 2022, p. 81-95.

46 Archippè est sûrement une mètèque, malgré l'attribution de la citoyenneté à Pasion : voir C. Carey, « Apollodorus' mother: The wives of enfranchised aliens in Athens », *Classical Quarterly*, vol. 41, n° 1, 1991, p. 84-89.

47 Démosthène, *Contre Stéphanos*, I (XLV), 28. À noter que le nom réapparaît plus tard dans une répétition du testament à l'intérieur du discours (§ 74).

48 D. Schaps, « The Woman Least Mentioned: Etiquette and Women's Names », *op. cit.*, p. 328 : « *There appear also to be speakers who are willing to refer after their deaths to women whom they probably would not have named during their lives. [...] This, too, appears to be the reason why Euxitheus, as mentioned above, is willing to mention the name of his grandmother Chaerestrata but not that of his grandfather's first wife, nor that of his mother's aunt, whom he calls simply "Chaerestrata's sister".* »

49 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 38.

50 Enfin, la fille de Damostratos, qui n'est pas non plus nommée (mais non évoquée par David Schaps), a été mariée à Diodoros au plus tard en 408 « *and perhaps a considerable time earlier* » (J. K. Davies, *Athenian Propertied Families*, *op. cit.*, p. 94). Phelan précise (K. L. Phelan, *A Social and Historical Commentary on Demosthenes' Against Euboulides*, *op. cit.*, p. 191-192) : « *A date circa 420 BC or earlier is possible and even likely if she was similar in age to Amytheon.* » Sa date de naissance remonterait donc à 433 au minimum, soit près de 90 ans avant le procès.

51 K. L. Phelan, *A Social and Historical Commentary on Demosthenes' Against Euboulides*, op. cit., p. 142 : « The fact that Euxitheos' grandfather and a first cousin of his father share the same name could suggest that name derives from the paternal line through his great grandfather, who may even have borne the name himself. ».

52 Même le nom du plaignant n'est jamais précisé dans le discours : il est seulement connu par l'hypothèse de Libanios, auteur et professeur de rhétorique du IV^e siècle après Jésus-Christ. Comme un Euxithéos est le fils de Timocratès frère de Nicarète, se pourrait-il que cette restitution soit due à une confusion de Libanios à la lecture du discours ? Reiske a par exemple proposé de modifier le nom d'Euxithéos en Euxios dans l'hypothèse de Libanios. C'est difficile à affirmer en l'absence d'informations précises concernant les connaissances de Libanios quant aux contextes des discours. Celles-ci sont très documentées concernant la vie des orateurs, notamment Démosthène, mais il y a peu sur les procès eux-mêmes en dehors des affaires politiques : voir A. F. Norman, « The Library of Libanius », *Rheinisches Museum für Philologie*, n° 107, 1964, p. 158-175 en particulier p. 169-170 ; B. Schouler, *La tradition hellénique chez Libanios*, T. II, Paris, Les Belles Lettres, 1984, p. 535-561 ; C. A. Gibson, « The Agenda of Libanius' Hypotheses to Demosthenes », *Greek, Roman, and Byzantine Studies*, n° 40, 1999, p. 171-202 en particulier p. 178-190. L'autre hypothèse, formulée par Davies (*Athenian Propertied Families*, op. cit., p. 94), est que le nom d'Euxithéos a été porté par un ancêtre de Damostratos. Il est cependant étonnant de relier l'enfant à la branche maternelle plutôt que paternelle, alors que le lien avec ce père absent lors de la guerre du Péloponnèse est d'autant plus important à mettre en évidence.

53 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 17, 30, 35, 36, 37 (3x), 38, 39, 40 (4x), 41 (2x), 43 (2x), 44 (2x), 46, 50, 67, 68 (2x) et 70.

54 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 17, 18, 20 (2x), 21 (2x), 22 (3x), 23, 24, 25, 29, 40 (2x), 41 (2x), 42, 43 (3x), 46 (2x), 50, 54, 55 (2x), 61, 62 (2x), 67 (2x), 69 et 70.

55 L. Gernet (éd.), *Démosthène. Plaidoyers civils*, IV, op. cit., p. 26, n. 1.

56 D. M. MacDowell, *Demosthenes the Orator*, op. cit., p. 288.

57 Démosthène, *Contre Euboulidès* (LVII), 66-68.

58 Voir K. Karila-Cohen, « La parenté revendiquée. La visibilité des femmes dans les réseaux de parenté à Athènes », *Pallas*, n° 115, 2021, p. 325-326 à partir du LGPN, c'est-à-dire pour les individus athéniens nommés dans

toutes les sources connues : 25 % des six-milles Athéniennes connues par leur nom sont identifiées avec leur démotique ou leur phylétique (nom de la tribu), contre 60 % des soixante mille Athéniens désignés nommément.

59 A. Scafuro, « Witnessing and False Witnessing: Proving Citizenship and Kin Identity in Fourth-Century Athens », *op. cit.*, p. 165, note avec ironie ce subterfuge : « *a scrutiny, then, within a scrutiny* ».

60 Pseudo-Aristote, *Constitution des Athéniens*, 55, 3.

61 D. Schaps, « The Woman Least Mentioned: Etiquette and Women's Names », *op. cit.*, p. 328. Voir aussi : K. L. Phelan, *A Social and Historical Commentary on Demosthenes' Against Euboulides*, *op. cit.*, p. 257 qui y voit la confirmation de la théorie de David Schaps : « *Rather than breaking the social norm of not naming respectable Athenian women who were still living, Euxitheos utilises the format of the δοκιμασία to name his mother and to demonstrate to the jury that she has a right to citizen status.* » Au contraire, B. Griffith-Williams (éd.), *A Commentary on Selected Speeches of Isaios*, Leyde-Boston, Brill, 2013, p. 216 perçoit la similarité entre les deux parents et la valeur positive de la dénomination, sans aller plus loin : « *In a few cases there is a positive reason for naming a female citizen without casting any slur on her character. One example is the speaker's mother, Nikarete, in Dem. 57, a case of disputed citizenship where positive identification of both of the speaker's parents is essential.* »

62 Les femmes ne sont pas à proprement parler des « témoins », comme le rappelle S. C. Todd, « The Purpose of Evidence in Athenian Lawcourts », P. A. Cartledge, P. Millett et S. C. Todd (dir.), *Nomos : Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 33 : « *A woman can swear an evidentiary oath but cannot be a witness.* »

63 R. J. Bonner (« Did Women Testify in Homicide Cases at Athens? », *Classical Philology*, n° 1, 1906, p. 127-132) s'est le premier posé la question des serments des femmes : comme les esclaves et les mineurs, les femmes libres ne peuvent selon lui déposer que dans les procès pour homicide. D. M. MacDowell (*Athenian Homicide Law in the Age of the Orators*, Manchester, Manchester University Press, 1999 (1963), p. 101-109) s'est prononcé contre toute possibilité de trancher le cas. Voir aussi D. C. Mirhady, « The Oath-Challenge in Athens », *Classical Quarterly*, n° 41, 1991, p. 78-83.

64 L'opinion selon laquelle la femme est représentée par un représentant légal pour faire une déposition et que c'est donc lui qui sera poursuivi pour

faux témoignage le cas échéant a été proposée par R. J. Bonner et G. Smith *The Administration of Justice From Homer to Aristotle*, T. II, Chicago, University of Chicago Press, 1968 (1938), p. 118-119 et 131. Elle est largement suivie : voir par exemple A. R. W. Harrison, *The Law of Athens*, T. II : *Procedure*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 136-137 (il critique néanmoins la formulation de Bonner et Smith : voir p. 137, n. 1).

65 Michael Gagarin a fait la liste des preuves qui attestent que les femmes sont exclues des tribunaux : voir M. Gagarin, « Women in Athenian Courts », *Dike*, n° 1, 1998, p. 39-51. Il détaille notamment les arguments qui montrent que les femmes ne pouvaient pas témoigner (p. 41-45).

66 B. Levick, « Women and Law », S. L. James et S. Dillon (dir.), *A Companion to Women in the Ancient World*, Malden-Oxford, Wiley-Blackwell, 2012, p. 103. Elle conclut : « *The word of a woman was not sufficient to underpin public action.* »

67 Voir par exemple : A. R. W. Harrison, *The Law of Athens*, T. II : *Procedure*, *op. cit.*, p. 137.

68 Sur Cléoboulè, voir V. J. Hunter, « Women's authority in Classical Athens. The example of Kleoboule and her son (Dem. 27-29) », *Échos du Monde Classique/Classical Views*, Vol. XXXIII, N.S. 8-1, 1989, p. 39-48.

69 Plutarque, *Vie des dix orateurs : Démosthène*, 844a5. Plutarque se plaint par ailleurs de ne pas connaître le nom de la mère de Démosthène (*Vie d'Alcibiade*, 1, 3).

70 D.-A. Daix et M. Fernandez (éd.), *Démosthène. Contre Aphobos I et II. Suivi de Contre Midias*, Paris, Les Belles Lettres, 2017, p. 51.

71 Sur Milyas, voir G. Thür, « Zum Status des Werkstättenleiters Milyas (Dem., or. 29) », *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, n° 19, 1972, p. 151-177.

72 Démosthène, *Contre Aphobos*, I (XXVII), 10, 13, 15, 15, 17, 40, 53, 55, 55 ; *Contre Aphobos*, II (XXVIII), 3, 16, 19, 20 ; *Contre Aphobos*, III (XXIX), 26, 31, 33, 33, 43, 47, 56.

73 Démosthène, *Contre Aphobos*, I (XXVII), 4 et 5 (pour cette dernière occurrence, les manuscrits hésitent entre ἡμετέρων et ἐμῇν).

74 Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 26. Démosthène réitère cette déclaration § 33 et 56. La sœur de Démosthène a deux ans de moins que lui : Démosthène, *Contre Aphobos*, I (XXVII), 4. Voir aussi Lysias, *Contre Diogiton* (XXXII), 13.

- 75 Voir K. A. Kapparis, *Women in the Law Courts*, op. cit., p. 159.
- 76 Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 26, 44, 47, 49.
- 77 Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 26-27.
- 78 Voir G. Thür, *Beweisführung vor den Schwurgerichtshöfen Athens: Die Proklesis zur Basanos*, Vienne, Österreichische Akademie der Wissenschaften, 1977, p. 205-207 et 233-261 ; M. Gagarin, « The Torture of Slaves in Athenian Law », *Classical Philology*, vol. 9, n° 1, 1996, p. 1-18 ; M. Gagarin, « Oaths and Oath-Challenges in Greek Law », *Symposion* 1995, 1997, p. 125-134 ; D. C. Mirhady, op. cit. ; D. C. Mirhady, « Torture and Rhetoric in Athens », E. Carawan (dir.), *Oxford Readings in The Attic Orators*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 247-268 (repris de *Journal of Hellenic Studies*, n° 116, 1996, p. 119-131). Plus récemment, voir M. Gagarin, « Challenges in Athenian Law: Going Beyond Oaths and Basanos to Proposals », *Symposion* 2017, 2018, p. 165-178 ; Id., *Democratic Law in Classical Athens*, Austin, University of Texas Press, 2020, p. 51-70, en particulier p. 62-63.
- 79 Voir Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 5-6, 11-12, 17-18, 21, 25, 38-39, 42-43, 52-53, 54. Toutes ces propositions sont résumées en fin de discours : Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 55-57.
- 80 J. Fletcher, « Horkos in the Oresteia », A. H. Sommerstein et J. Fletcher (dir.), *Horkos. The Oath in Greek Society*, Exeter, Bristol Phoenix Press, 2007, p. 102-112, à partir de l'Orestie, en particulier p. 103 : « From the essentialist perspective of an Athenian audience the authoritative oath would naturally be associated with masculinity. Women certainly did swear oaths but mostly in private or religious contexts. [...] The lives of male citizens in classical Athens, on the other hand, would be shaped by the various oaths that they swore. [...] My analysis suggests that the Oresteia is informed by this implicit distinction. [...] This opposition between the flawed or corrupt oath and the good oath is represented as part of the tension between male and female. » Elle est beaucoup moins tranchée par la suite : voir J. Fletcher, « Women and oaths », A. H. Sommerstein et I. C. Torrance (dir.), *Oaths and Swearing in Ancient Greece*, Berlin-Boston, De Gruyter, 2014, p. 156-179.
- 81 Une telle différenciation viendrait de l'Assemblée des femmes d'Aristophane dans laquelle une Athénienne déguisée en homme s'entraîne avant de parler à l'Assemblée et se trahit en jurant « par les deux déesses » (Aristophane, *L'Assemblée des femmes*, v. 148-160) : voir par

exemple T. Fögen, « Female Speech », E. J. Bakker (dir.), *A Companion to the Ancient Greek Language*, Malden-Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, p. 323.

A. H. Sommerstein (« The Language of Athenian Women », F. De Martino et A. H. Sommerstein (dir.), *Lo spettacolo delle voci*, Bari, Levante Editori, 1995, p. 64-68), qui a étudié la façon de parler des hommes et des femmes dans les comédies d'Aristophane et de Ménandre, a néanmoins montré que la distinction entre les divinités invoquées par les femmes et les hommes n'est pas si tranchée.

82 C. Vial, « La femme athénienne vue par les orateurs », A.-M. Vérilhac (dir.), *La femme dans le monde méditerranéen, I : Antiquité*, Lyon, Maison de l'Orient et de la Méditerranée Jean Pouilloux, 1985, p. 52.

83 Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 54-55. Contre M. Gagarin, « Women in Athenian Courts », *op. cit.*, p. 44 : « *Speakers never seek an oath from a male third party in order to confirm facts to which the man could himself testify in court. In such cases the speaker instead calls the man as a witness and in this way confirms the man's evidence, which the speaker has already reported in his own words.* »

84 Voir aussi Isée, *Pour la défense d'Euphilétos* (XII), 9.

85 Voir aussi Antiphon, *Sur le meurtre d'Hérode* (V), 11-12 ; Démosthène, *Contre Aristocrate* (XXIII), 67-68 ; *Contre Conon* (LIV), 38 et 40 ; Dinarque, *Contre Démosthène* (I), 71 ; Eschine, *Contre Ctésiphon* (III), 77.

86 Démosthène, *Contre Aphobos*, III (XXIX), 52. Le serment concerne ici les parties et non pas les témoins. Cette configuration trouve un parallèle dans Démosthène, *Contre Calliclès* (LV), 27 : le plaignant a offert le serment de sa mère et de celle des accusateurs. Voir A. R. W. Harrison, *The Law of Athens*, T. II : *Procedure*, *op. cit.*, p. 151 sur les doubles serments.

87 Dinarque, *Contre Démosthène* (I), 70-71 (traduction Laurence Dors-Méary, CUF, légèrement modifiée).

88 Eschine, *Contre Ctésiphon* (III), 77. Le thème de l'impiété est déjà développé.

89 D. M. MacDowell, *Demosthenes the Orator*, *op. cit.*, p. 293 : « *If in truth Euxitheos was not the son of Thoukritos, Demosthenes has shown great skill in obscuring that fact.* »

90 Voir par exemple M. Gagarin, « Women's Voices in Attic Oratory », A. Lardinois et L. McClure (dir.), *Making Silence Speak. Women's Voices in Greek Literature and Society*, Princeton-Oxford, Princeton University Press,

2001, p. 176, pour qui cette impossibilité marque l'absence d'autorité institutionnelle des femmes libres : « *In such a culture [an oral culture], speech is the means of exercising authority. Women (at least citizen women) do not normally participate in this culture or in this male public discourse.* »

RÉSUMÉS

Français

Selon un article de David Schaps datant d'il y a presque 50 ans, désigner une femme libre dans les tribunaux athéniens serait un moyen de la déprécier, alors que ne pas nommer une citoyenne serait lui manifester du respect. Le discours *Contre Euboulidès* offre une nouvelle possibilité d'analyse : la prolifération de noms dans le réquisitoire d'Euxithéos, notamment sa mère Nicaréte et son père Thoucritos, montre que la logique principale des désignations répond à un objectif rhétorique.

English

According to an article published by David Schaps nearly 50 years ago, naming a free woman in Athenian courts was seen as a way to diminish her value, whereas omitting her name was a sign of respect. The speech *Against Euboulides* provides a new means of analysis: the proliferation of names in Euxitheos' speech, including those of his mother Nicarete and his father Thoukritos, reveals that the main logic behind these designations served a rhetorical purpose.

INDEX

Mots-clés

genre, femmes, noms propres, Démosthène, orateurs attiques

Keywords

gender, women, proper names, Demosthenes, attic orators

AUTEUR

Nicolas Siron

Nicolas Siron est docteur en histoire de la Grèce ancienne (Paris 1 Panthéon-Sorbonne) et membre associé de l'UMR 8210 ANHIMA (Anthropologie et Histoire des Mondes Antiques)

IDREF : <https://www.idref.fr/232379750>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/17865637>

L'usage du droit comme argument dans les discours antiféministes en France (1918-1944)

The Use of Law as an Argument in Anti-Feminist Discourse in France (1918-1944)

Clarisse Meykiechel

DOI : 10.35562/melete.118

PLAN

- I. La mobilisation du droit dans les discours antiféministes : repousser les femmes de l'espace politique (1918-1930)
 - A. La mobilisation du droit à l'appui du refus d'accès des femmes à l'espace politique
 - B. Les discours antiféministes à l'encontre du droit politique des femmes : la politique nataliste à la fin de la Première Guerre mondiale
 - II. La mobilisation du droit dans les discours antiféministes : repousser les femmes dans l'espace privé (1930-1944)
 - A. La mobilisation du droit au profit du refus d'une plus grande égalité dans la sphère privée
 - B. Les discours antiféministes concrétisés par le droit : l'antiféminisme officiel
- Conclusion

TEXTE

- 1 Au ^{xix}^e siècle, les scientifiques utilisent la phrénologie ou la craniologie pour justifier la place des femmes dans la société. La taille de la boîte crânienne d'une femme « confirme » son infériorité physique et intellectuelle¹. Le ^{xix}^e est une période de l'histoire marquée par le scientisme, où des chercheurs essayent d'expliquer le monde par des démonstrations scientifiques pouvant aller jusqu'à justifier les hégémonies dans la société qu'elles soient sur les femmes ou encore sur les populations colonisées². La domination masculine se manifeste dans le champ scientifique à travers la médecine, mais aussi dans la tradition, la religion et la morale. Au début du ^{xx}^e siècle, ces pratiques perdurent. Ainsi, il est interdit aux femmes de pratiquer

certaines sports à cause de leur caractère néfaste. Les sauts sont proscrits, car ils « provoquent fatalement des chutes brutales, des commotions pouvant avoir une influence mauvaise sur le tronc et plus particulièrement sur le bassin, organe faible chez [les femmes] »³. Tout argument est donc bon et mobilisable pour justifier la supériorité des hommes sur les femmes, même le droit.

- 2 L'égalité de droits est une étape essentielle pour garantir l'égalité entre les êtres humains. C'est un des principaux arguments de la Révolution française affirmée notamment par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte incontournable du droit français. Pourtant, la rédaction de son article 1^{er} exclut les femmes, ce qui pousse Olympe de Gouges à rédiger sa *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* en 1791. L'égalité de droit est concrètement ce qui permet de créer une égalité entre les êtres humains. Le *civil rights movement* témoigne de cette volonté. Même si le droit ne permet pas une égalité sociale parfaite, il est la première marche vers celle-ci. L'émancipation des femmes passe par le droit, car c'est le droit qui peut l'imposer. Ainsi l'obtention de droits tels que le droit de vote est au cœur des discours féministes comme l'affirme Hubertine Auclert (1848-1914) dans *Le droit politique des femmes* (1878)⁴. L'argument juridique est omniprésent dans les discours féministes dès ses prémices en France au XIX^e siècle. La question du droit de vote y est centrale. Le droit est, de plus, utilisé régulièrement comme arme de contestation permettant aux femmes de réclamer l'égalité entre les genres à travers la matière juridique⁵.
- 3 La Première Guerre mondiale éteint dans un premier temps les revendications féministes. Celles-ci passent au second plan face à l'effort de guerre. Les femmes participent à moins de congrès ; elles ne répondent pas à l'appel de l'Internationale féministe⁶ en raison de l'Union sacrée⁷. Les revendications politiques sont mises de côté, car la guerre étant totale, elles sont mobilisées pour travailler⁸. Elles occupent tous les postes de la société laissés vacants par les hommes. *La Liberté* – quotidien bon marché à la ligne éditoriale à droite – rapporte que Jeanne Macherez prend les commandes de la ville de Soissons⁹. Elles travaillent dans les usines – les munitionnettes sont tout à fait caractéristiques des ouvrières au service de la guerre –, au ravitaillement ou de toutes autres tâches nécessaires à faire fonctionner le pays et l'effort de guerre¹⁰. Les arguments

mobilisés avant le conflit pour justifier les inégalités femmes-hommes n'ont plus lieu d'être face à leur rôle essentiel dans la Grande Guerre.

- 4 Pourtant, contrairement à ce que semble avoir révélé la Première Guerre mondiale sur la vacuité des fondements des discours antiféministes, ceux-ci persistent après le conflit. Les femmes sont accusées par l'extrême droite d'être à l'origine de la guerre¹¹. La crise démographique¹² relance les débats sur la place traditionnelle de la mère au foyer. Les questions relatives à la contraception et l'avortement sont rejetées ; des mesures supplémentaires sont même prises par le gouvernement pour limiter ces pratiques allant contre sa politique nataliste¹³. Le mouvement féministe à l'opposé revendique toujours autant l'égalité et notamment le droit de vote s'appuyant sur la guerre pour prouver à quel point la différenciation des genres est injustifiée. Le travail des femmes pendant la guerre devrait confirmer pour beaucoup comme Jules Siegfried dans *Excelsior* – journal illustré quotidien – informations, littératures, sciences, arts, sports, théâtres, élégances sans positionnement politique net – la capacité des femmes au droit de vote¹⁴. En réponse aux revendications juridiques des féministes, les antiféministes mobilisent également le droit comme argument pour maintenir les inégalités. La guerre n'a qu'en apparence émancipé les femmes, elle a au contraire renforcé la hiérarchie entre femmes et hommes¹⁵.
- 5 L'antiféminisme se fonde le plus souvent sur des stéréotypes négatifs. Il n'est pas synonyme de domination. Pour eux, les femmes sont considérées comme faibles physiquement et intellectuellement¹⁶ ; un être de sentiment et non de raison¹⁷ ou encore hystérique¹⁸. La féministe est souvent un être dont la féminité a été pervertie, une femme masculine ; ce sont d'ailleurs souvent des femmes jugées laides¹⁹. Ces « femmes-hommes » – expression du *Gaulois*, journal des informations du matin et moniteur de l'ancien esprit français, quotidien monarchiste et antirépublicain en concurrence avec *L'Action française* ; dont les lecteurs appartiennent surtout à la grande bourgeoisie – sont raillées dans la presse²⁰. Pourtant il ne s'agit pas de misogynie même si les arguments sont souvent les mêmes : l'antiféminisme se construit à partir d'une idée de la masculinité et de poncifs sur les sexes qui sont acceptés comme des faits pseudoscientifiques. Il est cependant plus raisonné et se

veut être l'antidote du féminisme²¹. Gina Lombroso-Ferrero (1872-1944), dans son ouvrage *L'Âme de la femme* (1924), postule que l'homme est un être de raison et la femme d'intuition, ce qui justifie leurs différentes missions dans le monde²². Des années plus tard, les travaux de Françoise Héritier ont démontré la construction de l'image anthropologique du masculin²³. Le stéréotype masculin tel qu'opposé aux discours féministes se forme davantage à partir de la guerre de 1870 et est renforcé par la Première Guerre mondiale et la figure héroïque du poilu²⁴. L'antiféminisme est avant tout un discours conservateur qui vise à empêcher tout changement social.

- 6 L'historiographie sur la question du féminisme est le plus souvent tournée vers la question des évolutions et des luttes des femmes pour l'obtention d'une plus grande égalité. Depuis les années quatre-vingt-dix, la recherche commence à se tourner vers les opposants au féminisme qui sont pourtant au cœur même de la question. Les travaux sur le sujet sont plus développés au Québec qu'en France²⁵. Les ouvrages sont peu nombreux et pourtant ils apportent une approche très novatrice sur la question²⁶. Peu de ces ouvrages s'intéressent au discours en tant que tel et encore moins à la mobilisation du droit au sein de ce discours, surtout d'un point de vue historique. Le droit est fondamental dans le discours antiféministe parce que les revendications des féministes sont avant tout juridiques. En le mobilisant, les antiféministes peuvent mettre en avant une tradition juridique d'exclusion des femmes qui est à leur sens justifiée par des siècles de pratique. Ils l'utilisent pour refuser tout progrès. Les discours antiféministes rejoignent les discours réactionnaires²⁷. Le féminisme menacerait un ordre naturel des choses, de la société, de la religion, de la morale, et par ses revendications serait un grand péril. Dans ces argumentaires, on retrouve aussi l'idée que les femmes ne seront jamais des hommes et même que leur lutte leur serait néfaste. L'entre-deux-guerres est une période charnière sur la question, car elle est caractéristique de l'histoire du féminisme. Il y a un véritable espoir pour les femmes à la sortie de la guerre de prendre enfin leur place dans l'espace politique comme elles l'ont fait pendant la guerre. Cependant, le contexte politique, économique et international engendre des réactions très fortes face à ces progrès sociaux et participe à repousser les femmes dans l'espace privé.

- 7 Les discours antiféministes sont ancrés dans un discours plus général de crise de la masculinité. Au début du ^{xx}^e siècle en Occident, les femmes commencent à s'immiscer dans les domaines traditionnellement réservés aux hommes ²⁸. Les féministes dans les années vingt sont accusées de détruire la famille en luttant contre la place traditionnelle des femmes. De fait, face à la crise démographique engendrée par la Première Guerre mondiale, les questions liées à la régulation des naissances posées par certaines militantes sont extrêmement mal reçues. La figure de la garçonne et des femmes qui se « masculinisent » est au cœur de ces discours. Le conflit a profondément porté atteinte à la virilité des hommes, notamment dans les pays touchés par la défaite. Les hommes répondent par le culte de la force en créant des milices guerrières et en vouant un culte au corps plein de vitalité, au cœur notamment de l'idéologie national-socialiste ²⁹. Leurs discours, plus que misogynes, effacent les femmes, réduites à l'espace *Kinder, Kirche, Küche* ³⁰. Cette image est également valable en France. La République est féminisée, elle est appelée « la Gueuse » et le régime de Vichy utilise ces discours pour fonder un nouvel État « viril » ³¹.
- 8 La question de l'opposition à l'émancipation des femmes est éminemment sociologique. Les journaux offrent un panorama intéressant pour bien comprendre les enjeux et les résistances face aux évolutions de la place des femmes. La presse est entendue au sens large et traitée de manière la plus exhaustive pour révéler la diversité des opinions. De fait, les mobilisations conservatrices ont dû adapter leurs argumentaires et se battre sur le même terrain que leurs opposants : des médias tels que la presse ³². Les féministes ont recours à la presse pour faire entendre leur voix, et les conservateurs en réponse font de même. L'étude se base sur la totalité des périodiques entre 1918 et 1940 numérisés par la Bibliothèque nationale de France sur la base de données *Retronews* ³³. Une analyse approfondie d'un panel conséquent de périodiques, plus particulièrement ceux antiféministes comme *L'Action française* – quotidien nationaliste, antisémite et monarchiste opposé à la Troisième République – ou *La Libre Parole* – Journal politique antisémite français d'Édouard Drumont (1844-1917) défendant le catholicisme depuis la mort de son fondateur en 1917 –, mais l'étude d'autres journaux est nécessaire. Ce dernier journal a recours aussi

bien des discours féministes qu'antiféministes. En cela, les journaux offrent un apport sociologique unique. La presse politique offre un point de vue original pour saisir les discours antiféministes, car le féminisme et ses oppositions y sont discutés en priorité. Au sein de ces organes des presses, des thuriféraires d'une pensée réactionnaire d'extrême droite s'expriment. La presse donne une tribune à des personnalités antiféministes, politiques, essayistes, journalistes ou encore personnalités publiques et permet de ne pas seulement avoir accès au discours officiel. De fait, les journaux sont l'occasion pour toutes et tous d'obtenir un espace d'expression. Cet espace public est approprié par les femmes pour diffuser leurs revendications, mais aussi par les antiféministes pour manifester leur opposition. Cette opposition peut également se retrouver dans des ouvrages comme des essais qui démontrent le point de vue d'individus sur la question des femmes. L'argument juridique est également mobilisé au sein des assemblées et l'analyse des débats parlementaires sur la question cruciale du droit de vote est incontournable.

- 9 L'étude, grâce à la presse combinée à d'autres sources comme des ouvrages et les débats parlementaires, entend regarder les évolutions des prises de position, des discours dans cet espace particulier qu'est le champ journalistique. En son sein, les journaux discutent la question de l'émancipation des femmes, surtout la presse politique et la presse à grand tirage. Après la Grande Guerre, tous les journaux se diversifient pour toucher le plus grand nombre de personnes possible, notamment au sein d'une même famille³⁴. Les sujets politiques se font alors moins présents, dilués dans les rubriques aux thèmes variés. La presse de droite dépasse, dans ses tirages, la presse de gauche, alors majoritaire à la Chambre. La presse engagée connaît un renouveau dans les années trente, même si le quotidien *Paris-Soir*, qui essaye d'aller au-delà des clivages entre les différents bords politiques, reste le premier journal pendant la période. Le champ journalistique s'autonomise même s'il reste dominé par le champ politique. Le débat sur la question du féminisme et du droit de vote dépasse le clivage droite/gauche, ce qui en fait un objet de traitement original pour la presse. Des défenseurs et des détracteurs des progrès des femmes se retrouvent dans toutes les sensibilités politiques. Les différents périodiques commentent les débats du champ politique et y ajoutent leurs opinions, souvent à travers le nom

de personnalités journalistiques et littéraires. Il rend parfaitement compte des divers débats et de leurs évolutions au fur et à mesure des années, tout en participant à l'influence de l'opinion de la population sur certains sujets. Il s'agit d'analyser le discours à chaud, à peine transformé par une édition et le rattacher aux événements divers dans une histoire plus large du statut des femmes et des évolutions de leurs droits en général. Tous les journaux sont analysés selon leur placement politique, témoignant que le discours conservateur se retrouve dans tout type de presse même s'il domine dans la presse d'extrême droite et catholique. Ce discours est complété lui par des ouvrages qui ont, eux, l'avantage de présenter un discours plus réfléchi, mais non moins sexiste³⁵.

- 10 Le point de départ de notre étude est l'année 1918, année ancrée dans un paradoxe entre espoirs féministes dus au rôle joué par les femmes pendant la guerre et les oppositions induites par les critiques face à leur rôle jugé trop masculin. Elle se finit avec le régime de Vichy en 1944, moment où les espoirs de progrès féministes sont étouffés. Sur la période, le débat autour du féminisme et de l'antiféminisme se développe. D'abord très présent dans les années vingt, il se fait plus discret dans les années trente. L'arrivée de l'État français permet l'avènement d'un discours antiféministe officiel, étouffant le féminisme.
- 11 Le droit est mobilisé de différentes manières afin de s'opposer aux arguments féministes. Les antiféministes n'utilisent pas le droit comme principal argument, mais comme justification de leurs pensées qui ont été contredites par la guerre. Ce sont des discours fondés avant tout sur la peur, le désordre face aux changements brutaux de la société. Au début du xx^e siècle, l'esprit scientifique perdure et utiliser le droit permet de fonder le discours sur un argumentaire rationnel, établi et qui paraît immuable face aux changements. Avant tout, féministes et antiféministes développent un discours sur le droit en général, car celui-ci, et plus spécifiquement le droit de vote, est au cœur des préoccupations de l'époque. Il s'agit ici de démontrer comment les antiféministes utilisent le droit au service de leurs arguments réactionnaire afin de repousser et refuser les évolutions du statut des femmes.

- 12 Les discours antiféministes se focalisent sur une des revendications féministes : l'octroi de l'égalité de droit entre les hommes et les femmes. Utiliser le droit comme argument est périlleux, car les raisons de refuser aux femmes des droits notamment politiques au nom de sa prétendue infériorité physique ne sont pas vraiment justifiées. Les femmes sont soumises aux lois de la même manière que les hommes, mais ne peuvent pas en décider. Le droit est mobilisé à l'appui d'autres arguments fallacieux pour s'opposer à un changement dans le social. Dans un premier temps (1918-1930), les différentes sources révèlent que le droit justifie le refus aux femmes de l'octroi de droits politiques au premier rang desquels se trouve le droit de vote. Le but de l'argumentaire est de rejeter l'accès aux femmes de la sphère politique au moment où dans les autres pays les femmes obtiennent justement ces droits. Dans un second temps (1930-1940), les discours antiféministes cherchent à repousser les femmes dans la sphère privée, la replacer dans un rôle plus traditionnel lorsque les débats pour le droit de vote des femmes sont dans une impasse. Les revendications de l'accès au travail sont de fait ralenties par la crise économique. Cette crise est l'occasion d'une rupture dans les discours antiféministes. Ces discours sont ensuite concrétisés juridiquement dans la politique du régime de Vichy.

I. La mobilisation du droit dans les discours antiféministes : repousser les femmes de l'espace politique (1918-1930)

- 13 La fin de la Première Guerre mondiale relance les débats sur les droits politiques des femmes, et plus particulièrement sur le droit de vote. La chambre des députés met pour la première fois au vote le suffrage féminin en 1919. Les discours antiféministes se multiplient à la chambre et dans la presse en réponse à cette potentielle avancée. Ils utilisent alors le droit pour appuyer d'autres arguments visant à replacer les femmes dans leur place traditionnelle et les exclure de l'espace politique (A). L'argumentaire antiféministe utilise également le contexte de crise démographique pour justifier le refus de droits politiques (B).

A. La mobilisation du droit à l'appui du refus d'accès des femmes à l'espace politique

- 14 Le droit de vote est une question centrale dans la France de l'entre-deux-guerres. De fait, de nombreux pays ont mis en place le suffrage féminin, notamment la Russie (1917) et l'Angleterre (1918). Pourtant cette demande, qui semble évidente dans de nombreux pays, anime toutes les passions. Le vote des femmes dépasse de loin le clivage entre droite et gauche. Le pape lui manifeste son soutien en 1919. En effet, il est vu comme une barrière au socialisme et à l'anticlérisme³⁶. En revanche, cela joue plus en défaveur du vote des femmes. De fait, les anticléricaux craignent que les nouvelles votantes ne suivent que l'opinion de leur curé³⁷. Ils craignent un « péril clérical »³⁸. Les débats parlementaires mettent en avant que le vote des femmes, plus « concernées » par certaines questions, permettrait de lutter contre l'alcoolisme ou la pornographie, et pour l'hygiène³⁹. C'est ainsi que dans les années trente la droite se convertit progressivement au droit de vote des femmes, espérant en tirer parti.
- 15 La question, qui ne séduit pas les parlementaires avant le premier conflit mondial, est relancée à la chambre des députés le 8 mai 1919⁴⁰. Les débats témoignent d'un grand soutien au projet de loi. Le scrutin total⁴¹ est finalement adopté le 20 mai à trois-cent-trente-quatre voix contre quatre-vingt-dix-sept. Après des difficultés d'inscription à l'ordre du jour, le Sénat discute enfin la proposition, mais elle est rejetée par cent-cinquante-six voix contre cent-trente-quatre⁴². De 1925 à 1932, la chambre des députés présente quatorze propositions de loi sur le droit de vote des femmes dont trois sont adoptées⁴³. Le Sénat en revanche rechigne à l'inscrire à son ordre du jour. À la victoire du Front populaire en 1936, le suffrage féminin est à nouveau voté à la majorité absolue par les députés, mais jamais discuté au Sénat.
- 16 L'arène parlementaire est le lieu de débat sur les droits des femmes où les principales intéressées ne sont pas admises pour en discuter. Les arguments antiféministes sont divers dans les chambres parlementaires. Ils répondent tous à l'objectif d'exclure les femmes de

l'espace politique. Ses détracteurs, comme Edmond Lefebvre du Prey, s'expriment en défaveur de ce droit en raison de : « [la nature de la femme], de son rôle social, de ses aptitudes physiques, différentes de celles de l'homme [qui font] qu'elle n'est pas appelée à exercer les fonctions d'un autre sexe »⁴⁴. Ladite nature des femmes justifie son rôle social, selon le député. Elles doivent rester dans un rôle traditionnel. De même, il invoque que toutes les femmes ne veulent pas le droit de vote et que l'on entend que la voix des féministes. Pour les antiféministes, le droit de vote et d'éligibilité est inutile, car avant tout, l'épouse reste en droit soumise à son époux. Le suffrage des femmes et la possibilité d'être candidates s'opposent à leur statut juridique et ne peuvent en aucun cas être acceptés par les députés. Cela remettrait en cause le droit français⁴⁵. Le Sénat refuse d'inscrire la loi sur le suffrage féminin à de nombreuses reprises sur son ordre du jour. Il est donc difficile de trouver des avis de sénateurs à son encontre dans le cadre parlementaire, car il n'y a plus de débat sur la question après 1922. Les discours antiféministes sénatoriaux se manifestent donc par un refus de débat.

- 17 En dehors des assemblées, les essais et les journaux utilisent également des arguments fondés sur le droit pour écarter le suffrage féminin. Théodore Joran affirme que le droit de vote ne peut être pris à la légère. Pour lui, les droits politiques des femmes doivent continuer à être restreints pour l'intérêt supérieur du pays⁴⁶. Il fait une différence entre les droits civils et politiques. Les droits civils ne concernent que l'individu alors que les droits politiques ont une influence sur la société tout entière. Selon lui, l'obtention du droit de vote aurait des conséquences sur l'adoption des lois en général et donc sur la sécurité juridique du pays. Comme les hommes, les femmes devraient passer par un long apprentissage avant de disposer de ce droit⁴⁷. L'éducation ne suffirait pas à suffisamment former les femmes, car la politique est comme la guerre : une affaire d'homme⁴⁸. Pour lui, il est difficile d'accorder ce droit aux femmes, car il pourrait mettre toute la société en péril. Le droit de vote est avant tout une mode pour l'auteur. Il évoque que pour ses défenseuses et défenseurs, il est une forme de « flirtage », un argument de séduction. Joran pense également que c'est un argument de vente pour les divers auteurs et autrices engagés dans la revendication du suffrage féminin. L'auteur pense également que

certaines suffragistes voient l'obtention de droit politique comme une expérience, qu'il juge dangereuse. Les députés revendiquent les droits politiques des femmes avant tout pour s'opposer à l'esprit traditionaliste. Il accuse certains de vouloir même donner un coup de grâce au régime par le désordre. Joran ne trouve aucun argument et même aucune motivation justifiable. Le suffrage féminin pour lui est plus dangereux qu'autre chose.

- 18 Dans les années vingt, le droit de vote ne semble pas être une priorité pour tous, car les femmes mariées sont toujours considérées comme mineures par le Code civil de 1804⁴⁹. Ainsi, avant de lui accorder le droit de vote certains défendent qu'il faut d'abord se poser la question de son statut. *La Dépêche de Toulouse* – journal à la ligne éditoriale de gauche très populaire dans l'Entre-deux-guerres – exprime en ces mots son raisonnement :

Voyez plutôt où nous sommes. Ouvrez seulement le Code. L'article 233 est brutal comme une porte de prison : « le mari doit protection à sa femme. La femme doit obéissance à son mari. » La femme est en vasselage. La loi la met en tutelle sous la coupe du mari. Lisez les autres articles. La femme ne peut rien faire qu'avec l'autorisation maritale. Elle ne peut ester, aliéner, acquérir, disposer, si ce n'est avec l'assentiment de son maître. Et si, par aventure, le maître se trouvait absent, si même il était au bagne, la femme n'exercerait ce pouvoir qu'avec la permission préalable des tribunaux. Et tandis que notre législation civile ravale la pauvre femme à ce plan, on a le droit de trouver que notre législateur mettrait en vérité la charrue devant les bœufs en leur conférant le droit de vote, devant qu'elles aient été affranchies. [...] La loi n'accorde le droit de suffrage qu'à l'homme devenu majeur. Pourquoi donc l'octroyez-vous à la femme restée mineure ?⁵⁰

- 19 Le droit de vote apparaît bien secondaire à certains par rapport aux autres droits. Le terme de vasselage est très fort pour qualifier la situation des femmes. Les féministes depuis Hubertine Auclert mettent en avant le droit de vote comme le seul moyen de libérer les femmes, mais vis-à-vis de leur statut de mineures, les antiféministes considèrent que le droit de vote doit leur être refusé.
- 20 Les droits politiques ne concernent pas seulement le droit de vote, mais aussi le droit d'éligibilité et ainsi la possibilité pour les femmes

d'accéder à certaines fonctions jusqu'alors réservées aux hommes. La potentialité de voir des femmes élues est une catastrophe pour les antiféministes. Accorder des droits politiques aux femmes aboutirait à l'anarchie morale⁵¹. Il leur est impossible d'imaginer un homme en lutte électorale contre une femme. Cela détruirait la « féminité »⁵² selon *Le Libertaire* – le journal est anarchiste n'est pas opposé au droit de vote des femmes, en revanche il refuse le changement à travers les institutions. La Ligue patriotique des Françaises⁵³ s'oppose aux féministes, car elles incarnent la laïcité et le pacifisme⁵⁴. La politique est une affaire d'homme et doit le rester. Les femmes ne peuvent pas davantage lutter par l'élection contre les institutions qui les oppressent.

- 21 Les discours antiféministes défendent l'impossibilité de doter les femmes de droits politiques au regard de l'histoire juridique française. *La Libre Parole* évoque la loi salique pour justifier la place des femmes dans la société française⁵⁵. Le journaliste Philax assure que les femmes n'ont historiquement aucun droit en France en se basant sur la loi salique⁵⁶. Celle-ci est utilisée dans les lois fondamentales du Royaume pour justifier la règle de la masculinité⁵⁷. L'innovation à ce titre est peut-être bien pour les autres pays, mais n'est pas nécessaire en France où les femmes doivent rester hors du champ politique.
- 22 Un argument très vivement défendu par les antiféministes concerne une équivalence de droits et de devoirs. Les femmes n'ont pas les mêmes devoirs que les hommes envers la société. En effet, ceux-ci ont l'obligation de faire le service militaire⁵⁸. Elles ne peuvent pas à ce titre disposer de ce même droit. Cet argument est le plus souvent appuyé sur une infériorité prétendue des femmes qui par l'absence de formation militaire ne disposeraient pas du « génie politique ».
- 23 Toutes les femmes ne se rallient pas à la cause du féminisme ; certaines même entrent dans les débats en défendant une image plus traditionnelle. Elles mobilisent les mêmes arguments que les hommes et refusent tout changement de leur situation. Assez paradoxalement, comme l'a été plus tard le personnage de Phyllis Schlafly (1924-2016), ce sont des militantes, elles s'expriment publiquement par la presse ou la littérature. Ce faisant, elles sortent du rôle traditionnel des femmes, mais refusent leur émancipation.

- 24 La principale femme antiféministe est Marthe Borély (1880-1955). Femme de lettres et critique française, elle se déclare elle-même « contreféministe ». Elle admire beaucoup l'Ancien Régime et se rapproche de l'Action française⁵⁹. Elle refuse le rôle politique actif des femmes et souhaite qu'elles tiennent des salons comme au XVIII^e siècle. Elle ne se considère pas comme opposée aux mouvements féministes, mais réfute pour autant tout rôle qu'elles pourraient jouer en politique. Elle reçoit la Légion d'honneur en mai 1935, distinction remise pour son engagement dans de nombreuses causes, – information relayée par *L'Écho de Paris*⁶⁰ – journal politique et littéraire proche de la Ligue des patriotes.
- 25 Marthe Borély exprime clairement son opinion dans *Le Siècle* – journal de gauche républicaine modérée dont l'audience s'amenuise depuis le début du XX^e siècle – sur la nécessité pour les femmes de se concentrer avant tout sur leur rôle de mère plutôt que sur leurs revendications politiques : « Ramener la femme au foyer, l'écarter des luttes politiques, n'est-ce pas là le programme qu'il faut suivre si nous ne voulons pas, d'ici quelque vingt ans, compter des centaines de milliers de Français en moins. »⁶¹ Les revendications politiques et juridiques constituent un obstacle pour sauver la France. À ses yeux, après que les hommes ont donné leurs vies pour sauver le pays, les femmes doivent à leur tour donner la vie pour sauver la France. Elle refuse dans le même article que le devoir qu'elles ont accompli pendant la guerre justifiât de bouleverser les fondements de la société. En effet, l'égalité de droit sortirait les hommes de leur rôle traditionnel et les mettrait en lutte constante avec les femmes.
- 26 Plus généralement, l'argumentaire antiféministe féminin, comme celui de Marthe Borély, ne se fonde pas sur un argument juridique. Il se justifie à partir de la place traditionnelle des femmes dans la société et de la peur de la désorganisation sociale. Ces femmes trouvent l'idée du droit de vote stupide, car les mères et les épouses ont d'autres devoirs, dont le premier est celui de s'occuper du foyer. Certaines pensent également, comme en témoigne un article du *Nouvelliste de Bretagne* – à l'époque, le rédacteur est Eugène Delahaye et la ligne éditoriale très influencée par la religion catholique –, qu'elles seraient incapables de garder le secret du vote⁶². Elles refusent l'accès des femmes à l'espace politique et revendiquent leur place dans l'espace privé, celui du foyer.

- 27 Vers la fin de l'entre-deux-guerres, d'autres arguments s'ajoutent. Comme les femmes ont conquis le travail, le droit de vote ne semble pas autant essentiel⁶³. De même, comme les idées suffragistes viennent de l'étranger, au moment où le contexte géopolitique se tend à nouveau, cette revendication est de mauvais augure. Le sexisme occupe une place de choix dans les doctrines d'extrême droite, bâties sur un fond d'antisémitisme, car l'émancipation des femmes serait une idée juive⁶⁴.
- 28 L'argumentaire des antiféministes se fonde sur des arguments pseudojuridiques pour justifier l'exclusion des femmes des droits et de l'espace politiques. Le droit n'est alors qu'un prétexte pour justifier une place plus traditionnelle dans la société établie sur l'altérité des genres. La politique nataliste pour faire face à la crise démographique permet un certain développement des discours antiféministes entre 1918 et 1930.

B. Les discours antiféministes à l'encontre du droit politique des femmes : la politique nataliste à la fin de la Première Guerre mondiale

- 29 Le droit n'est pas utilisé comme un argument seul, mais à l'appui d'autres. Les revendications politiques et juridiques des femmes les éloignent de leur rôle traditionnel et notamment de leur rôle de mère selon les antiféministes. Ce rôle est mis spécifiquement en avant dans l'argumentaire des années vingt. Afin de mettre fin à la crise démographique, il ne faut pas laisser les aspirations féministes prendre le dessus sur les naissances⁶⁵. De même, les anciennes raisons qui permettaient de maintenir les femmes dans un rôle plus traditionnel comme l'impossibilité physique d'exercer certains emplois ont été remises en cause par la guerre. Il y a, à l'appui de la politique nataliste⁶⁶, la mobilisation de raisons juridiques pour ne pas détourner les femmes de cette priorité aux yeux du gouvernement. Une partie des féministes défend la politique nataliste⁶⁷. Cette politique entraîne des répercussions sur le plan légal, car une loi du 24 octobre 1919 octroie une allocation aux mères qui allaitent pendant les douze premiers mois⁶⁸.

- 30 La politique nataliste est soutenue par les milieux républicains et laïcs, mais l'Église reste dans un premier temps favorable à la chasteté. Elle est inscrite dans l'héritage familialiste de la Troisième République⁶⁹. Cependant le clergé catholique évolue et vient également défendre la fécondité au sein du foyer. Le pape Pie XI adresse l'encyclique *Casti Connubii* sur le mariage chrétien le 31 décembre 1930. Il confirme que les enfants doivent avoir la première place dans les biens du mariage.
- 31 Pendant la Première Guerre mondiale, les revendications des femmes sur le plan juridique sont avancées par *La Libre Parole* comme l'incarnation de l'égoïsme des femmes face aux soldats qui donnent leur vie pour leur patrie⁷⁰. Les droits des femmes passent au second plan, surtout pendant le conflit. L'article de Paul Bureau met sur le même plan la libre maternité et l'élargissement du divorce en dénigrant Victor Margueritte (1866-1942)⁷¹. Pour les antiféministes, toutes les revendications juridiques des femmes remettent en cause la société traditionnelle et sont inacceptables.
- 32 Proclamer l'égalité femmes-hommes, et notamment l'égal accès à tous les emplois et les fonctions, serait diminuer les chances de mariage d'une femme. De fait, pour *La Grande Revue* – journal au début juridique, il se recentre sur l'actualité et les arts dans les années vingt, Léon Blum fait notamment partie de ses rédacteurs pour les chroniques théâtrales –, l'égalité entre les genres se matérialise : « quand une femme crée la vie, elle est dans son rôle, elle est l'égale de l'homme »⁷². Les femmes n'ont pas d'existence sans leur mari. Le mariage est à ce titre un élément « fondateur de l'identité des femmes »⁷³. Le droit français depuis le Code civil (1804) prive l'épouse de sa capacité juridique⁷⁴. Marthe Borély dans *La République française* – journal républicain fondé par Léon Gambetta dont le tirage diminue dans les années vingt – juge que « féminisme et repopulation sont inconciliables »⁷⁵ de fait :

Donner aux femmes des droits politiques, abolir la puissance maritale, donner au divorce de nouvelles facilités, enlever au chef de la famille une autorité qu'il n'a que trop perdue [...] voilà ce qui porterait à la natalité un préjudice plus sérieux que l'ont fait des lois successorales⁷⁶.

- 33 Toute conquête de droits politiques par le féminisme qui viserait à établir une plus grande égalité entre les femmes et les hommes mettrait le pays en péril. La maternité et le rôle traditionnel sont bien plus importants à ses yeux que n'importe quel autre droit. Son point de vue est partagé par de nombreuses femmes. Dans *Le Nouvelliste de Bretagne*, le 25 mai 1919, des lectrices interrogées donnent leur point de vue sur le droit de vote. Pour la plupart, les femmes doivent rester dans leur rôle, celui d'enfanter⁷⁷. Les discours antiféministes féminins ne se fondent que rarement sur le droit pour persuader. Il est revanche réutilisé par les antiféministes. Dans les débats sur le droit de vote des femmes devant le Sénat en 1922, Marthe Borély est citée par les parlementaires comme appui pour témoigner de femmes non-suffragistes.
- 34 Les arguments fondés sur le droit sont souvent accompagnés de discours pseudoscientifiques qui visent à témoigner que les conquêtes juridiques posent de graves problèmes de société. Le docteur Henricourt a pu ainsi affirmer que « la stérilité apparaît comme la conséquence logique de la doctrine féministe, qui tend à faire de la femme une sorte de troisième sexe, création inattendue et monstrueuse de la civilisation moderne »⁷⁸. Les féministes, en perdant leurs féminités, sont accusées de la crise démographique. Il est donc impossible de leur accorder des droits politiques, car cette évolution serait néfaste pour le pays.
- 35 Dans les années trente, bien loin de s'arrêter, la politique nataliste est renforcée. De fait, le taux de mortalité dépasse le taux de natalité. Les projections scientifiques comme celles du démographe Alfred Sauvy sont à l'origine de la crainte de déclin de la population française⁷⁹. La peur de la dépopulation est également une menace pour la sécurité du pays pour les politiques comme Georges Clemenceau vu le contexte toujours tendu de l'entre-deux-guerres. Le travail des femmes n'encourage pas la natalité⁸⁰. À la fin des années trente, le féminisme est à nouveau accusé de porter atteinte à la famille. Le retour des femmes dans leur foyer est vu comme nécessaire, car durant ces années de chômage massif elles font concurrence aux hommes pour *La Croix*⁸¹ – le Journal *La Croix*, alors sous la direction de Jean Giraux et du père Léon Merklen, condamne l'Action française et entre dans une ligne éditoriale plus modérée, mais pas pour autant féministe. Les antiféministes pensent que les droits des femmes

comme l'égalité de salaire les ont encouragées à travailler. Comme elles ont pris un emploi, elles ont quitté le foyer, entraînant ainsi une baisse de la natalité. Ces discours préparent les lois du régime de Vichy visant à exclure les femmes du monde du travail.

- 36 Le droit est utilisé comme argument dans les discours antiféministes pour refuser d'accorder des droits politiques aux femmes et de les faire entrer dans l'espace politique. Au début de l'entre-deux-guerres, face à la crise démographique, les opposants au suffrage féminin affirment que cela les détournerait de la maternité. Les antiféministes maquillent leurs discours concernant la place traditionnelle des femmes en l'appuyant sur des arguments aux fondements plus au moins juridiques. Face au contexte social, international et au blocage du Sénat, les féministes recentrent leurs revendications sur des évolutions sur la sphère privée, les discours antiféministes en miroir se décalent sur le domaine privé. Ce recul des revendications du champ politique rend les discours antiféministes moins virulents dans un premier temps, mais la Seconde Guerre mondiale sonne le glas des espoirs de progrès féministes de l'entre-deux-guerres.

II. La mobilisation du droit dans les discours antiféministes : repousser les femmes dans l'espace privé (1930-1944)

- 37 Le droit de vote, alors première revendication féminine, est en recul dans les années trente. De fait, les nombreux échecs des projets de loi n'en font plus une priorité. La crise de 1929 accentue les angoisses face à l'indépendance des femmes. Face à ces échecs, les sources témoignent que les discours féministes et en réaction les discours antiféministes se déplacent vers la sphère privée. Le féminisme est accusé d'être un discours de l'étranger dans un contexte géopolitique particulièrement explosif. L'antiféminisme remporte une première victoire, car les femmes n'obtiennent pas de droits politiques même si certaines d'entre elles sont nommées ministres sous le Front populaire. Les féministes revendiquent l'acquisition de droits dans la sphère privée, principalement sur les droits des épouses (A).

Cependant, la défaite puis l'avènement de l'État français remettent en cause les acquis féministes (B).

A. La mobilisation du droit au profit du refus d'une plus grande égalité dans la sphère privée

- 38 Dans les années vingt, les journaux font état de nombreuses conquêtes féministes dans divers domaines comme le monde du travail avec des commissaires-priseuses, ou encore dans les sports. Monsieur Alix, journaliste, raille dans *Le Petit Journal* – quotidien conservateur – les nombreux articles mentionnant des progrès féminins en proposant que l'on fasse pareil pour les chiens⁸². Pourtant, il n'y a que peu de victoires concrètes sur le plan juridique. Face à l'échec de la revendication de droits politiques, le débat se déplace sur l'obtention d'une plus grande égalité dans la sphère privée. Ces avancées sont cependant tout autant contestées que le droit de vote. Les discours antiféministes ne se renouvèlent pas, ils sont toujours fondés sur les mêmes arguments⁸³. Le féminisme devient un enjeu secondaire au regard du contexte international⁸⁴ : les antiféministes deviennent alors moins virulents comme ils se veulent être son antidote.
- 39 La question de la remise en cause de la place traditionnelle des femmes dans la société est encore problématique. La plupart des femmes restent avant tout des épouses. Le célibat est à l'époque très mal vu, Théodore Joran le qualifiant d'ailleurs de « célibat-déchéance »⁸⁵. Les droits que cherchent à obtenir les féministes à l'époque sont alors tournés vers l'indépendance des épouses par rapport à leur mari. En 1928, le sénateur René Renoult (1867-1946) propose un projet de modification de l'article 213 du Code civil⁸⁶, pour donner la capacité juridique aux épouses. Il se heurte aux antiféministes.
- 40 Le mariage est un instrument de subordination pour les féministes. Pour les antiféministes en revanche, les femmes gagnent dans le mariage sécurité et dignité⁸⁷. De fait, le mariage offre à l'épouse le droit le plus important de tous : la protection de son mari⁸⁸. Cependant, cette protection se caractérise par la soumission de

l'épouse posée par le Code civil à son article 213. Les antiféministes défendent fermement que cet article pose le statut juridique de l'épouse et ne peut être remis en cause sans causer de grands désordres dans la société. L'argument principal reste que la loi ne doit pas changer en fonction des mœurs⁸⁹. Si le droit de vote met en péril la société dans son ensemble, retirer l'autorité d'un mari sur son épouse imposée par l'article 213 du Code civil rendrait le couple en conflit permanent⁹⁰. L'indépendance de l'épouse vis-à-vis de son mari remettrait en cause les fondations de la famille française selon *L'Ouest-Éclair* – quotidien républicain et catholique⁹¹. Le féminisme est donc le péril de l'ordre privé et public.

- 41 Les bienfaits tels que la protection des épouses par leurs maris sont un élément qui justifie aux yeux du droit cette soumission. Jean Appleton déclare ainsi dans *Le Quotidien* – Journal engagé à gauche – qu'il est « évident que si l'autorité maritale est supprimée, il faudra supprimer les privilèges accordés à la femme en compensation. Sera-ce un avantage pour la femme mariée ? Je ne le crois pas »⁹². L'article 213 est un bienfait pour l'épouse d'après le journaliste. L'indépendance de l'épouse est très difficile à faire accepter. Selon *La Croix*, il y a un bon et un mauvais féminisme. Le bon, c'est celui qui défend la vertu des femmes et refuse la polygamie. Le mauvais, c'est celui qui veut des femmes indépendantes, ce qui va à l'encontre de la Bible⁹³. Le journal s'appuie même sur le droit romain pour réfuter la légitimité de l'émancipation juridique des femmes⁹⁴. Le statut juridique posé par l'article 213 serait ainsi nécessaire, dans « l'ordre des choses ».
- 42 Certains antiféministes préfèrent même accorder le droit vote aux femmes plutôt que de réformer l'article 213 du Code civil. Le vote ne poserait pas de problème dans la mesure où les épouses acceptent de rester soumises aux hommes dans le foyer⁹⁵. La soumission des épouses par le droit civil n'est en aucun cas pour les antiféministes une déchéance, mais « dans la logique des choses »⁹⁶. De fait, des autrices antiféministes comme Gina Lombroso-Ferrero défendent que le bonheur réside dans la dépendance alors que la souffrance est dans la liberté⁹⁷.
- 43 Les discours antiféministes se fondent sur le droit et notamment le droit posé au siècle précédent pour justifier le refus de progrès

juridique. De fait, ces discours sont pétris du droit naturel, de moral et de religion. L'immutabilité du droit face au progrès social est ce qui protégerait d'une grande désorganisation de la société. Jules Amar déclare ainsi : « J'ai peur que le nouveau texte, en supprimant toute idée de subordination – mettons le vieux mot d'obéissance dont on a trop honte aujourd'hui – dans le mariage n'y introduise l'anarchie ». La peur de l'anarchie est encore omniprésente dans la Troisième République et la famille, sous la direction du père est un ferme bastion de l'ordre. Pour l'auteur, il est impossible de contrer « la souveraineté de la nature »⁹⁸ entendue comme la domination du mari sur son épouse. L'argumentaire est pseudojuridique, le refus de la réforme fondé principalement sur l'idée qu'« il [en] a toujours été ainsi ». Le mariage semble être à la base de l'organisation de la société et y toucher la détruirait.

- 44 La réforme du Code civil a finalement lieu en 1938 : l'article 213⁹⁹ est supprimé¹⁰⁰. Les femmes obtiennent donc la capacité civile¹⁰¹, mais cette égalité ne signifie pas une égalité parfaite de droits entre épouses et maris¹⁰². La puissance paternelle n'est pas remise en cause et le mari reste le chef de famille. Il lui revient toujours de choisir le domicile de la famille, mais aussi la gestion de ses biens. La loi du 18 février 1938 permet même à l'époux d'obtenir un droit de veto sur l'exercice d'une profession par sa femme à l'article 216 du Code civil¹⁰³.
- 45 Les victoires du féminisme dans les années trente sont à tempérer. Malgré de minces progrès dans la sphère privée, aucun n'est observable d'un point de vue politique. Des changements sont visibles de manière concrète, mais presque aucun n'est inscrit juridiquement. Cela rend plus facile leur remise en cause pendant le régime de Vichy. Les antiféministes se fondent alors moins sur des arguments juridiques concrets pour refuser l'obtention de droits dans la sphère privée. Les justifications se font plus minces et se fondent davantage sur une prétendue désorganisation de la société. Le début de la Seconde Guerre mondiale sonne le glas des rares progrès du féminisme dans l'entre-deux-guerres.

B. Les discours antiféministes concrétisés par le droit : l'antiféminisme officiel

- 46 Dès 1939, des mesures restrictives sont prises à l'encontre des femmes. La politique familiale prônée par le régime est encore une politique nataliste¹⁰⁴. Les femmes sont incitées à retourner au foyer et à ne plus travailler. Le décret-loi 29 juillet 1939 crée le code de la famille et de la natalité françaises. Le rapport au président d'Édouard Daladier alors président du conseil prévoit notamment de réprimer plus durement l'avortement : « nous pourchasserons l'avortement qui a exercé tant de ravages en France : nous prévoyons un accroissement des peines contre les avorteurs professionnels. »¹⁰⁵ Le code tend à augmenter la natalité en France non seulement en réprimant, mais en encourageant les naissances grâce à la généralisation des allocations familiales.
- 47 Le 20 juin 1940, le maréchal Pétain, nouveau chef de gouvernement, annonce la défaite française à la radio. Il met en cause l'esprit d'avant-guerre : « Depuis la victoire, l'esprit de jouissance l'a emporté sur l'esprit de sacrifice. On a revendiqué plus qu'on a servi. On a voulu épargner l'effort ; on rencontre aujourd'hui le malheur. »¹⁰⁶ Ces quelques mots mettent en cause les revendications sociales, notamment celles féministes. Le « héros de 1914 » annonce ainsi la politique qu'il veut mettre en place sous l'État français. Inspiré des doctrines d'extrême droite, sa politique consacre un antiféminisme étatique. Le droit est alors utilisé pour exclure les femmes politiquement et socialement.
- 48 En 1940, les femmes sont accusées d'avoir participé à la défaite. L'antiféminisme qui est jusqu'alors un discours d'opposition entre dans le discours officiel. Le régime de Vichy considère d'une part que le féminisme serait favorable à la paix¹⁰⁷. D'autre part il serait responsable du désordre moral. Pour les soutiens du gouvernement de Vichy, les femmes ont contribué à l'augmentation du chômage¹⁰⁸. En sortant du foyer, elles se sont désintéressées de leurs enfants et ont porté atteinte à la famille. En tant que gardienne de la famille et de l'ordre moral, elles ont failli jusqu'à être considérées comme responsables de la défaite¹⁰⁹. Le gouvernement prend des mesures

concrètes pour revenir sur certains acquis féministes d'un point de vue juridique.

- 49 L'Action française, école de pensée et mouvement politique d'extrême droite, se rallie à la révolution nationale de Pétain. Son idéologie, notamment sous la plume de Charles Maurras, voit le travail des femmes comme un crime¹¹⁰. La loi du 11 octobre 1940 relative au travail féminin vise à lutter contre le chômage¹¹¹. Elle prévoit d'interdire l'embauche des femmes pour les remettre dans le foyer. Dans la fonction publique, une disposition spéciale concerne les femmes non mariées :

Tout agent du sexe féminin des collectivités ou entreprises visées à l'article 2 qui, postérieurement à la publication du présent acte, se démettra de son emploi en vue de contracter mariage avant d'avoir révolu sa vingt-huitième année, sera mis en disponibilité spéciale¹¹².

- 50 L'objectif familialiste est au cœur de cette loi qui semble tout prévoir pour qu'aucune femme ne reste célibataire et pour encourager la construction d'un foyer afin d'y élever ses enfants. À partir du moment où le mari peut subvenir aux besoins du foyer l'épouse doit quitter son emploi, sans solde. Seules les femmes ayant des difficultés pour subvenir aux besoins de leur ménage, soit, car elles ont plus de trois enfants, soit, car leur mari est parti, peuvent y échapper. Les discours antiféministes développés dans l'entre-deux-guerres sont très présents dans les législations de l'État français. Le travail féminin s'opposant à la natalité, les femmes sont exclues des professions afin qu'elle se concentre sur le premier objectif du régime et leur rôle social qu'il leur reconnait : faire des enfants.
- 51 La propagande du régime de Vichy est tournée sur la politique nataliste. La création de la fête des Mères témoigne de la volonté de valoriser les femmes dans leur seul rôle de mère de famille¹¹³. Cette fête est le sujet d'affiches de propagande. Celle de 1943 (Figure 1) montre une mère de famille nombreuse dont les enfants sont heureux.

Figure 1 : Journée des mères. Dimanche 30 mai 1943



Affiche réalisée par Phili, Commissariat général à la famille, 37 rue de Lille : Office de propagande générale, Paris, 1943

Musée de la Résistance et de la Déportation, Besançon, 2003.77.2831 (8)

- 52 Le but de la propagande est de montrer à quel point la place des femmes dans la société doit être dans son foyer (*Figure 2*) et non au travail. Les affiches sont simples, elles ne développent pas particulièrement le discours, mais illustrent simplement le bonheur ou la place légitime des femmes.

Figure 2 : La femme chez elle illumine son logis



Affiche réalisée par l'atelier Alain Fournier, 1940

Coll. Centre d'Histoire de la Résistance et de la Déportation, Lyon © Pierre Verrier

- 53 Au cœur des préoccupations, toujours dans un objectif nataliste, l'avortement est aussi diabolisé par le régime de Vichy. La propagande tente de dissuader les femmes d'avoir recours aux pratiques abortives. Le bonheur des femmes est dans la maternité (Figure 3) et son refus conduit au malheur. Les affiches sont là encore très simples et frappantes afin de convaincre les femmes de se joindre à la politique nataliste. Les discours antiféministes sont présents partout dans l'espace public et sont imposés à tous à travers la propagande.

Figure 3 : L'enfant c'est la joie



Affiche produite par l'Alliance nationale contre la dépopulation, 1940

© DR, Bibliothèque Marguerite Durand, AFF 215 a GF

- 54 La loi du 15 février 1942 fait de l'avortement un crime contre la sûreté de l'État, de la société et de la race relevant de tribunaux d'exception ¹¹⁴. La nouvelle loi le réprime ainsi :

Tout individu contre lequel il existe des présomptions graves, précises et concordantes qu'il a de manière habituelle, ou dans un but de lucre, procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, indiqué ou favorisé les moyens de se procurer l'avortement.

- 55 Les criminels sont passibles de la peine de mort. Auparavant, le décret-loi du 29 juillet 1939 définissait une peine de dix ans d'emprisonnement à l'encontre de l'avorteur et des femmes ayant la

simple intention d'avorter. L'interruption volontaire de grossesse est assimilée à une forme d'égoïsme féminin. Il est comparable à la trahison, au sabotage et à la désertion¹¹⁵. Le discours antiféministe est complètement adopté par l'appareil étatique et contraint les femmes et leurs corps en leur imposant la politique nataliste. Plus aucun choix n'est possible, car enfanter est un devoir.

- 56 Le procès Marie-Louise Giraud témoigne d'une particulière sévérité face aux « faiseuses d'anges ». Elle est condamnée le 9 juin 1943 à la peine de mort pour avoir pratiqué vingt-six avortements avérés et probablement beaucoup d'autres en l'espace de 3 ans¹¹⁶. La grâce lui est refusée, ce qui n'a pas été le cas pour une femme depuis 1893. Cela révèle la gravité de l'avortement pour le régime de Vichy. Avec elle, trois femmes comparaissent pour lui avoir trouvé une clientèle et sont condamnées à des peines de prison ou de travaux forcés selon *Le Cri du peuple de Paris*¹¹⁷ – journal collaborationniste fondé par Jacques Doriot.
- 57 Les discours antiféministes se développent et sont adoptés par le régime vichyste. De fait, la famille est au cœur du jeune régime et les diverses victoires féministes acquises pendant l'entre-deux-guerres s'opposent à l'objectif nataliste. Les discours antiféministes ne font plus qu'utiliser le droit comme argument, il est concrétisé juridiquement. La politique de Vichy tend à replacer les femmes dans leur rôle traditionnel de mère et d'épouse.

Conclusion

- 58 Les antiféministes durant l'entre-deux-guerres produisent des discours sur le droit. Ils utilisent le droit comme argument ou à l'appui d'autres arguments afin d'enfermer les femmes dans le rôle traditionnel d'épouse et de mère. Concrètement les discours se fondent principalement sur des arguments pseudojuridiques en réaction face à des changements sociaux trop rapides. Les discours antiféministes suivent les revendications féministes et s'attachent dans un premier temps à refuser les droits politiques des femmes et à les repousser de l'espace politique. Dans un second temps, même dans la sphère privée où elles sont enfermées, les antiféministes refusent toute idée d'égalité entre les femmes et les hommes. Le

régime de Vichy étatisé le discours antiféministe et l'inscrit juridiquement.

- 59 Les discours antiféministes trouvent encore des résonances aujourd'hui. Les « tradwives » sont proches de l'ultradroite américaine de Donald Trump, très engagée dans la lutte contre l'avortement aux États-Unis. Elles prônent le retour des femmes au foyer dans leur place traditionnelle, notamment sur le modèle des années cinquante. Le mouvement trouve son origine dans des fascicules américains de 1922, remis au goût du jour par Helen Andelin dans *Fascinating Womanhood* (1963). Se revendiquant féministes pour certaines, elles remettent en cause certaines victoires du féminisme. Le mouvement n'est pas anodin dans le contexte actuel. Les chiffres du Haut Conseil à l'Égalité entre les hommes et les femmes témoignent des progrès du sexisme en France. 34 % des 25-34 ans estiment que l'épouse devrait s'arrêter de travailler et rester à la maison pour éduquer ses enfants¹¹⁸.

NOTES

- 1 Voir E. Peyre et J. Wiels, « De la “nature des femmes” et de son incompatibilité avec l'exercice du pouvoir : le poids des discours scientifiques depuis le XVIII^e siècle », *Les cahiers du CEDREF. Centre d'enseignement, d'études et de recherches pour les études féministes*, Hors-série, n° 2, 1996, p. 127-157.
- 2 G. Le Bon « Sur la capacité du crâne d'un certain nombre d'hommes célèbres », *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie de Paris*, vol. 2, n° 1, 1879, p. 492-503.
- 3 « Propos sur les sports », *Annales politiques et littéraires*, 1922, p. 23. Les *Annales politiques et littéraires* sont une revue « populaire paraissant le dimanche » d'orientation républicaine modérée.
- 4 Voir H. Auclert, *Le Droit politique des femmes, question qui n'est pas traitée au Congrès international des femmes*, Paris, impr. de L. Hugonis, 1878.
- 5 Voir L. Israël, *L'arme du droit*, 2^e éd., Paris, Les Presses de Sciences Po, 2020.
- 6 Voir Y. Ripa, *Les femmes, actrices de l'histoire France, de 1789 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 86-98.

- 7 Expression utilisée par Raymond Poincaré en 1914 pour désigner le rapprochement de toutes les tendances politiques lors de Première Guerre mondiale. Voir C. Bard, *Les femmes dans la société française au ^{xx}^e siècle*, Paris, A. Colin, 2001.
- 8 Voir F. Thébaud, *Les femmes au temps de la guerre de 14*, Paris, Payot & Rivages, 2013.
- 9 *La Liberté*, 26 septembre 1914, p. 2.
- 10 Voir C. Mann, *Femmes dans la guerre (1914-1945) : survivre au féminin devant et durant deux conflits mondiaux*, Paris, Pygmalion, 2010.
- 11 *Ibid.*, p. 44.
- 12 G. Bellis, J.-F. Leger et A. Parent, « La guerre de 1914-1918 : un cataclysme démographique. Effets immédiats et conséquences à long terme de la guerre de 1914-1918 sur la démographie française », *Espace populations sociétés*, n° 2-3, 2022, <https://doi.org/10.4000/eps.13244>, (consulté le 13/03/2025).
- 13 La loi du 1^{er} août 1920 punit l'incitation à l'avortement et la propagande pour la régulation des naissances est interdite. La loi du 27 mars 1923 correctionnalise l'avortement afin de mieux le réprimer, mais les jurés ont tendance à acquitter les femmes mettant fin volontairement à leur grossesse.
- 14 Jules Siegfried, cité dans R. Valbelle, « Les femmes entreront-elles à l'académie », *l'Excelsior*, 13 janvier 1918, p. 3.
- 15 C. Bard et M. Perrot, *Un siècle d'antiféminisme*, Paris, Fayard, 1999, p. 149.
- 16 P. J. G. Cabanis et L. Peisse, *Rapports du physique et du moral de l'homme et lettre sur les causes premières*, Paris, J.-B. Baillièrechez, 1844.
- 17 G. Lombroso-Ferrero, *L'Âme de la femme*, Paris, Payot, 1923, p. 42.
- 18 D. Lamoureux et F. Dupuis-Deri, *Les antiféminismes : analyse d'un discours réactionnaire*, Montréal, Les éditions du remue-ménage, 2015, p. 25.
- 19 O. Roynette, « La construction du masculin de la fin du ^{xix}^e siècle aux années 1930 », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, n° 75, 2002, p. 85-96.
- 20 *Le Gaulois*, 4 août 1922.
- 21 C. Bard et M. Perrot, *Un siècle d'antiféminisme*, *op. cit.*, p. 8.
- 22 G. Lombroso-Ferrero, *L'Âme de la femme*, *op. cit.*, p. 54.

- 23 Voir F. Hérítier, *Masculin-féminin*, Paris, La Découverte, 2004.
- 24 O. Roynette, « La construction du masculin de la fin du XIX^e siècle aux années 1930 », *art. cit.*, p.89
- 25 D. Lamoureux et F. Dupuis-Déri, *Les antiféminismes : analyse d'un discours réactionnaire*, *op. cit.*, p. 12.
- 26 On peut citer notamment : C. Bard, M. Blais et F. Dupuis-Déri, *Antiféminismes et masculinismes d'hier et d'aujourd'hui*, Paris, PUF, 2019, vol. 1 ; C. Bard et M. Perrot, *Un siècle d'antiféminisme*, *op. cit.*; F. Dupuis-Déri, *La crise de la masculinité : autopsie d'un mythe tenace*, Paris, Points, 2022 ; D. Lamoureux et F. Dupuis-Déri, *Les antiféminismes : analyse d'un discours réactionnaire*, *op. cit.* ; B. Matot, *Ces femmes antifemmes : aux sources inattendues du genre*, Paris, Lemieux, 2017 ; D. Lamoureux et F. Dupuis-Déri, *Les antiféminismes*, *op. cit.*
- 27 Voir : D. Lamoureux et F. Dupuis-Déri, *Les antiféminismes : analyse d'un discours réactionnaire*, *op. cit.*
- 28 F. Dupuis-Déri, *La crise de la masculinité*, *op. cit.*, p. 72.
- 29 O. Gazalé, *Le mythe de la virilité : un piège pour les deux sexes*, Paris, Pocket, 2019.
- 30 Allitération que l'on peut traduire par « enfants, église, cuisine ».
- 31 J. Jackson, *La France sous l'Occupation : 1940-1944*, traduit par Pierre-Emmanuel Dautat, Paris, Flammarion, 2013, p. 393.
- 32 É. Agrikoliansky et A. Collovald, « Mobilisations conservatrices : comment les dominants contestent ? », *Politix*, vol. 106, n° 2, 2014, p. 7-29.
- 33 L'étude se concentre sur les 16 955 fascicules répertoriés par le site traitant du féminisme. Elle comprend 307 titres de presses.
- 34 Voir C. Charle, *Le siècle de la presse : 1830-1939*, Paris, Édition du Seuil, 2004.
- 35 Cette étude entend appliquer une étude sociohistorique en mettant à profit l'histoire des idées. Elle s'inspire ainsi des travaux de Christophe Charle (C. Charle, *Le siècle de la presse : 1830-1939*, *op. cit.*), Gisèle Sapiro (notamment : G. Sapiro, *La responsabilité de l'écrivain : littérature, droit et morale en France (XIX^e-XXI^e siècles)*, Paris, Édition du Seuil, 2011), Roger Chartier (notamment R. Chartier, *Le livre concurrencé : 1900-1950*, Paris, Fayard Cercle de la librairie, 1991) et enfin Erik Neveu (notamment : E. Neveu, *Sociologie du journalisme*, 4^e édition, Paris, la Découverte, 2013).

Elle entend replacer les discours antiféministes, en constant retour dans le contexte de l'entre-deux-guerres à travers une source particulière qu'est la presse.

36 C. Bard, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes (1914-1940)*, Paris, Fayard, 1995, p. 359.

37 « La conférence de Mlle Vial sur le vote des femmes », *L'Ouest-Éclair*, 17 juin 1926, p. 4.

38 T. Joran, *Le suffrage des femmes*, Paris, Savaète, 1914, p. 275.

39 E. Le Breton, « Le féminisme contre les fléaux sociaux », *L'Ouest-Éclair*, 24 février 1927, p. 1.

40 La proposition de loi accorde le droit de vote aux femmes seulement dans certaines élections : pour les conseils municipaux, les conseils d'arrondissement et les conseils généraux. Certains députés font remarquer cette limite du texte dès les premiers débats comme Paul Escudier, Charles Bernard et le Comte de Pomereu.

41 Les députés notamment grâce à Jean Bon ont estimé qu'il n'y a aucune justification suffisante pour interdire le droit de vote total aux femmes.

42 « Sénat, Séance du 21 novembre 1922 », *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Sénat : compte rendu in-extenso*, 1922, p. 1386.

43 C. Bard, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes (1914-1940)*, op. cit., p. 331.

44 Propos d'Edmond Lefebvre du Prey, « Chambre des députés, séance du 15 mai 1919 », *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Chambre des députés : compte rendu in-extenso*, 1919, p. 2299.

45 Lefebvre du Prey évacue de son argument la possibilité pour l'épouse de passer outre l'avis de son mari par décision judiciaire.

46 T. Joran, *Le suffrage des femmes*, op. cit., p. 320.

47 *Ibid.*, p. 215.

48 *Ibid.*, p. 221.

49 Les articles sur le mariage n'ont pas été réformés depuis 1804.

50 Pierre et Paul, « Le féminisme politique », *la Dépêche de Toulouse*, 26 juin 1921, p. 1.

- 51 T. Joran, *Le mensonge du féminisme : opinions de Léon H...*, Paris, H. Jouve, 1905, p. 420.
- 52 M. Fister, « Une défaite du féminisme », *Le Libertaire*, 26 janvier 1924, p. 1.
- 53 Cette association est créée en 1902 dans un contexte très anticléréal. Elle se proclame ennemie des socialistes, de la laïcité, mais aussi du judaïsme. Elle a été influencée par l'Action française.
- 54 C. Bard, *Les femmes dans la société française au xx^e siècle*, op. cit., p. 88.
- 55 Philax, « Féminisme et loi salique », *La Libre Parole*, 4 janvier 1920, p. 3.
- 56 L'invocation de la loi salique est une constante dans l'exclusion des femmes de la vie politique. Cardin Le Bret au xvii^e siècle juge que ce texte est « conforme à la loi de la nature laquelle ayant créé la femme imparfaite et débile, tant du corps que de l'esprit, l'a soumise à la puissance de l'homme qu'elle a pour ce sujet enrichi d'un jugement plus fort, d'un courage plus assuré et d'une force de corps plus robuste » (*Œuvre de Messire Cardin Le Bret*, Paris, Veuve Toussaint du Bray, 1643). Le droit est également ici utilisé pour justifier un argument fallacieux fondé sur une prétendue loi de la nature.
- 57 Voir J. Barbey, F. Bluche et S. Rials, *Lois fondamentales et succession de France*, 2^e édition, Paris, Diffusion université culture, 1984.
- 58 Propos de M. Labrousse, « Sénat, séance du 14 novembre 1922 », *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Sénat : compte rendu in-extenso*, 1922, p. 1339 ; H. Leroux, « Partisan et adversaire du vote de la femme sont aux prises », *L'Ouest-Éclair*, 15 novembre 1922, p. 2.
- 59 Voir : M. Béal, « Marthe Borély, l'antiféminisme entre contre-révolution et République », mémoire, sciences politiques, sous la direction de A. Verjus, sciences politiques, Institut d'Etudes politiques de Lyon, 2010,
- 60 « Ce que l'on dit » *L'Écho de Paris*, 7 avril 1935, p. 2.
- 61 « Le Féminisme et la Guerre », *Le Siècle*, 18 décembre 1818, p.2.
- 62 « Est-il désirable que les femmes votent ? Ce que pense nos lectrices », *Le Nouvelliste de Bretagne*, 24 mai 1919, p. 1.
- 63 P. Huc., « Idées et doctrines. Le féminisme », *La Dépêche*, 17 avril 1932, p. 1.
- 64 C. Bard, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes (1914-1940)*, op. cit., p. 404.

- 65 Voir : C. Bard, M. Blais et F. Dupuis-Déri, *Antiféminismes et masculinismes d'hier et d'aujourd'hui*, op. cit.,
- 66 La politique nataliste est aussi motivée par le rapprochement entre les républicains radicaux et catholiques.
- 67 C. Bard, *Les femmes dans la société française au xx^e siècle*, op. cit., p. 53.
- 68 Le but de cette loi est de réduire la mortalité infantile.
- 69 Voir R. Lenoir, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Édition du Seuil, 2003.
- 70 P. Bureau, « La libre maternité », *La libre Parole*, 3 janvier 1918, p. 1.
- 71 Auteur français, ancien militaire et fervent défenseur de l'émancipation des femmes. Il est l'auteur de *La Garçonne* (1922), roman fortement critiqué – qui lui vaut le retrait de sa Légion d'honneur en 1923. Il met en scène une femme bisexuelle, chef d'entreprise et qui dispose librement de son corps. Voir C. Bard, *Les femmes dans la société française au xx^e siècle*, op. cit., p. 121.
- 72 A. Beckerich, « Femme-ingénieur », *La Grande revue*, 1^{er} février 1918, p. 113-126.
- 73 C. Bard, *Les femmes dans la société française au xx^e siècle*, op. cit., p. 43.
- 74 Code civil Art. 214 et 215 : « la femme est obligée d'habiter avec son mari » et « la femme n'a pas le droit d'ester en justice sans l'autorisation de son mari ». Il y a de maigres tempéraments comme la libre disposition du salaire par l'épouse par la loi du 13 juillet 1907.
- 75 « Féminisme et repopulation », *La République française*, 17 novembre 1922, p. 3.
- 76 *Ibid.*
- 77 « Le vote des femmes. Pour ou contre ? », art. cit., p. 1.
- 78 Général Maitrot, « La grande pitié des Berceaux de France », *L'Écho de Paris*, 19 décembre 1922, p. 1.
- 79 C. Bard, M. Blais et F. Dupuis-Déri, *Antiféminismes et masculinismes d'hier et d'aujourd'hui*, op. cit., p. 158.
- 80 P. Pironneau, « Le problème de la natalité française », *L'Écho de Paris*, 26 avril 1937, p. 4.
- 81 J. Giraud, « Pour le retour de la femme au foyer », *La Croix*, 4 août 1936, p. 1.

- 82 M. Alix, « Peggy, courrier d'ambassade est un brave... petit chien ! », *Le Petit Journal*, 9 juin 1923, p. 2.
- 83 C. Bard, *Les filles de Marianne. Histoire des féminismes (1914-1940)*, op. cit., p. 404.
- 84 *Ibid.*, p. 383.
- 85 T. Joran, *Le mensonge du féminisme*, op. cit., p. 80.
- 86 L'article existe alors encore dans sa formulation de 1804 : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. »
- 87 T. Joran, *Le suffrage des femmes*, op. cit., p. 328.
- 88 Propos du sénateur Labrousse « Sénat, séance du 14 novembre 1922 », *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires. Sénat : compte rendu in-extenso*, 1922, p. 1345
- 89 T. Joran, *Le mensonge du féminisme*, op. cit., p. 304.
- 90 *Ibid.*, p. 334.
- 91 E. Le Breton, « Le féminisme intelligent et l'autre », *L'Ouest-Éclair*, 15 juin 1921, p. 1.
- 92 « Féminisme et Code civil », *Le Quotidien*, 19 avril 1923, p. 3.
- 93 J. Guiraud, « Le bon et le mauvais féminisme », *La Croix*, 9 mars 1918, p. 1.
- 94 J. Guiraud, « Féminisme Antifamilia », *La Croix*, 23 mars 1918, p. 1.
- 95 H. Reverdy, « La crise de l'autorité maritale », *La Libre parole*, 13 mars 1919, p. 3.
- 96 H. Reverdy, « La femme et le droit », *La Croix*, 25 août 1920, p. 1.
- 97 G. Lombroso-Ferrero, *L'Âme de la femme*, op. cit., p. 814.
- 98 J. Amar, « Le débat féministe », *L'Écho de Paris*, 29 septembre 1924, p. 1.
- 99 Le nouvel article 213 énumère désormais les devoirs du mari : « Le mari, chef de la famille, a le choix de la résidence du ménage ; la femme est obligée d'habiter avec son mari, celui-ci est tenu de la recevoir. Un droit de recours au tribunal, statuant en chambre du conseil, le mari dûment appelé et le ministère public entendu, est ouvert à la femme contre une fixation abusive de la résidence du ménage par le mari. La qualité de chef de famille cesse d'exister au profit du mari 1° dans les cas d'absence, d'interdiction, d'impossibilité pour le mari de manifester sa volonté, et de séparation de

corps ; 2° lorsqu'il est condamné, même par contumace, à une peine criminelle, pendant la durée de sa peine. »

100 *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, n° 0042, 19 février 1938, p. 2.

101 *Ibid.*, p. 3.

102 F. Rochefort, « Laïcisation des mœurs et équilibres de genre. Le débat sur la capacité civile de la femme mariée (1918-1938) », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. 87, n° 3, 2005, p. 129-141.

103 *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, n° 0042, 19 février 1938, p. 3.

104 F. Muel-Dreyfus, *Vichy et l'éternel féminin : contribution à une sociologie politique de l'ordre des corps*, Paris, Édition du Seuil, 1996, p. 93.

105 *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, n° 178, 30 juillet 1939, p. 4.

106 P. Pétain, « Appel du 20 juin 1940 », P. Pétain, *Appels aux Français*, Toulouse, Imprimerie régionale, Édition des services d'information de la vice-présidence du conseil, 1940, p. 5.

107 L. Zanta, « Féminisme et pacifisme », *L'Écho de Paris*, 14 juin 1926, p. 1.

108 J. Giraud, « Féminisme et chômage », *La Croix*, 25 février 1938, p. 1.

109 F. Rouquet, « Le sort des femmes sous le gouvernement de Vichy (1940-1944) : Contexte sociétal et développement des interventions publiques concernant la famille : Politiques familiales et vies de femmes », *Lien social et politiques*, n° 36, 1996, p. 61-68.

110 F. Muel-Dreyfus, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 43.

111 « Loi du 11 octobre 1940 relative au travail féminin », *Journal officiel de la République française. Lois et décrets*, n° 275, 27 octobre 1940, p. 3.

112 *Ibid.*, Art. 3.

113 F. Muel-Dreyfus, *Vichy et l'éternel féminin*, *op. cit.*, p. 135.

114 *Ibid.*

115 *Ibid.*

116 « La peine de mort contre une avorteuse », *La France socialiste*, 9 juin 1943. *La France socialiste* est un journal collaborationniste, p. 3.

117 « La répression de l'avortement, pour la première fois le tribunal d'État la peine de mort en la matière », *Le Cri du peuple de Paris*, 9 juin 1943, p. 1.

118 M. Chaudouët-Delmas (rapporteuse), S. Pierre-Brossolette, X. Alberti, M.-A. Bernard, *Rapport n° 2024-01-22-STER-61, Rapport des 6^e état des lieux du sexisme en France*, 22 janvier 2024, <https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/stereotypes-et-roles-sociaux/travaux-du-hce/article/6eme-etat-des-lieux-du-sexisme-en-france-s-attaquer-aux-racines-du-sexisme> (consulté le 13/03/2025).

RÉSUMÉS

Français

À la sortie de la guerre de 1914-1918, l'implication des femmes dans l'effort de guerre leur fait espérer aboutir leurs revendications politiques, comme l'accès au droit de vote. Au lendemain de la guerre, les discours antiféministes se relancent alors de concert pour s'opposer à ces avancées. Le droit est alors utilisé comme argument en renfort de ce discours pour justifier l'exclusion des femmes de la sphère politique dans un premier temps. L'échec de l'adoption du suffrage féminin à plusieurs reprises pousse le discours féministe, à l'instar du discours antiféministe à se concentrer sur les droits des femmes dans la sphère privée notamment au sein du couple. L'arrivée du régime de Vichy incarne alors le discours antiféministe dans ses mesures juridiques.

English

At the end of the First World War, women's involvement in the war effort gave them hope that their political demands, such as the right to vote, would be met. In the immediate aftermath of the war, anti-feminist arguments were launched in concert to oppose these advances. Law was used as a back-up argument to justify the exclusion of women from the political sphere in the first instance. The failure on several occasions to adopt women's suffrage encouraged feminist discourse, like anti-feminist discourse, to focus on women's rights within the private sphere, in particular the couple. The arrival of the *Régime de Vichy* embodied the anti-feminist discourse in its legal measures.

INDEX

Mots-clés

droit, discours antiféministes, entre-deux-guerres, régime de Vichy, journaux

Keywords

law, antifeminist speech, interwar period, Vichy France (French State), press

AUTEUR

Clarisse Meykiechel

Clarisse Meykiechel est doctorante en histoire du droit au Centre d'anthropologie et d'histoire du droit (CHAD) à l'université Paris-Nanterre. Depuis le mois de novembre 2020, elle rédige une thèse intitulée « À Mort le Roi ! Les expressions séditieuses et les offenses au Roi sous la Restauration et la monarchie de Juillet », sous la direction de Mathieu Soula.

IDREF : <https://www.idref.fr/285211765>

« Une méchante sorcière de l'Ouest » ?

Le traitement colonial de la sorcellerie féminine en Afrique occidentale française (1897-1941)

“A Wicked Witch of the West”? The Colonial Treatment of Female Witchcraft in French West Africa (1897-1941)

Maxime Tourette

DOI : 10.35562/melete.125

PLAN

- I. Des femmes présumées sorcières en AOF. La réception des accusations par l'administration coloniale
 - A. L'incapacité initiale à protéger les femmes accusées de sorcellerie
 - B. Une prise en compte progressive des femmes accusées de sorcellerie
- II. Des femmes présumées sorcières en AOF. Une revendication condamnable par l'administration coloniale
 - A. Réprimer le cadre sorcellaire féminin
 - B. Réprimer les femmes autrices de sorcellerie
- Conclusion

TEXTE

- 1 Le professeur Bernard Durand, dans l'introduction du quatrième tome des volumes du *Juge et de l'Outre-Mer. Le royaume d'Aiétès*, réalise une description de la fameuse sorcière grecque Médée :

une autochtone de ce royaume, si différente des critères auxquels on reconnaît une femme – violente, à la fois alliée et ennemie, hostile à l'état matrimonial, experte en savoirs occultes – mais surtout qui règne sur la terre, loin des cultures, faites d'espaces sauvages, qui lui fournit sa puissance¹.

- 2 Si la première partie de la description correspond à l'image qui est donnée de la protagoniste des Argonautes, la seconde laisse entrevoir davantage la vision coloniale de certaines femmes issues des territoires nouvellement appropriés par les Européens. Le portait qu'en fait Durand s'applique notamment à celles issues des populations colonisées d'Afrique de l'Ouest telles que les perçoit

l'administration française. À ce titre, Pascaline², femme sénégalaise, mentionne que « les sœurs de mon père me font du mal en sorcellerie. Mais comme je prie Dieu, cela retombe toujours sur elles »³. Le témoignage anonyme recueilli par les congrégationnistes spiritains de Dakar à la fin du ^{xx}^e siècle résume la perception africaine des pratiques sorcellaires. Il s'agit avant tout d'interventions transitant dans le monde de l'invisible⁴, dans un cadre social restreint, celui du village, voire de la famille, et visant à porter un tort à la personne ou au groupe ciblé. La sorcellerie, à ne pas confondre avec la magie, s'attache à un univers maléfique⁵ dont les usages emportent des effets bien concrets pour les individus qui s'en déclarent victimes. Pour bien comprendre la notion, il est nécessaire d'entendre que les pratiques sorcellaires s'attachent aux systèmes de croyances traditionnelles, même empreints de syncrétismes religieux sous l'influence des monothéismes prosélytes tels que l'islam ou le christianisme⁶. Pour autant, la sorcellerie continue à s'enraciner au ^{xxi}^e siècle, dans les territoires de l'Ouest africain et ailleurs, et sous des formes tout aussi diverses⁷.

- 3 La figure de la sorcière reste profondément marquée par une imagerie négative forgée durant les siècles, et culmine dans la fameuse chasse aux sorcières au cours du ^{xvi}^e siècle en Europe⁸ et dépassant assez vite les frontières du vieux continent⁹. Plus ou moins consciente de cette acculturation progressive¹⁰, la Troisième République se retrouve confrontée à ces pratiques tirées de l'invisible parmi les territoires de l'Ouest africain, même durant la seconde vague de colonisation au cours des ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles.
- 4 À la veille de la seconde vague de colonisation, qui prend ses racines avec l'établissement en novembre 1881 d'un sous-secrétariat d'État aux colonies sous tutelle du ministère de la Marine¹¹, la politique ultramarine française est peu remise en question. Le Premier Empire consacre la spécialité législative pour les colonies dans la constitution du 22 frimaire an ^{viii}¹². La montée en puissance du pouvoir réglementaire, qui ne se dément pas au cours des régimes successifs, fait primer le pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif, notamment en matière de justice. La Troisième République se veut l'héritière de ce système qui finalement facilite pour la métropole la gestion de l'espace colonial, au détriment des populations colonisées et de leurs droits élémentaires. Malgré l'arrêt Cadot du

13 décembre 1889¹³, l'administration reste dans les colonies relativement sans contrôle, et l'abondance des décrets et des arrêtés l'emporte de très loin sur les lois¹⁴. En parallèle, les XVIII^e et XIX^e siècles connaissent un basculement dans les orientations de l'Empire colonial français. Le regard métropolitain se détourne de l'Amérique pour s'appesantir bien davantage sur l'Asie et l'Afrique. Le nord du continent africain, notamment l'Algérie, s'avère déjà relativement incorporé au sein du domaine français, et des comptoirs commerciaux en Afrique subsaharienne préexistent à la vague d'annexions occidentales qui débute avec la conquête du Sénégal par le général Faidherbe à partir de 1854¹⁵. Les multiples avancées européennes en terre d'Afrique, démultipliées par la naissance des nations allemande et italienne, vont aller crescendo jusqu'à la Conférence de Berlin qui prend place entre fin 1884 et début 1885¹⁶. Il s'agit de mettre en œuvre le partage des régions africaines entre les puissances coloniales d'une Europe étendue puisqu'elle compte aussi l'Empire ottoman dans ses rangs. La France récupère donc une large portion de territoire dans l'Ouest africain dont elle va accentuer la conquête militaire. À cette fin, la métropole établit, en 1895, l'Afrique occidentale française¹⁷, une superstructure ayant vocation à organiser administrativement dans un premier temps les nouvelles possessions françaises. Consacrée par le décret du 4 décembre 1920, l'AOF comprend alors huit colonies : le Sénégal, la Guinée française, la Côte d'Ivoire, le Dahomey (l'actuel Bénin), le Soudan, anciennement Haut-Sénégal-Niger (l'actuel Mali), la Haute-Volta (l'actuel Burkina Faso)¹⁸, la Mauritanie et le Niger. Deux ans plus tard, la Société des Nations confirme le mandat français sur les territoires occupés de l'ancien Togo¹⁹, sans pour autant faire partie de la fédération²⁰. Par la suite, les frontières vont peu évoluer jusqu'aux indépendances des années soixante.

- 5 Durant la première moitié du XX^e siècle, la France dispose donc d'un immense empire colonial qu'il lui faut administrer afin d'en tirer profit et d'établir d'importants débouchés économiques, ainsi qu'une conséquente zone d'influence sur la scène internationale. Durant la Troisième République, le Parlement n'occupe qu'un rôle mineur dans la gestion des colonies²¹. Ce domaine est laissé entre les mains de l'exécutif incarné essentiellement par le Président de la République, du Conseil, le ministre des Colonies, le gouverneur général de l'AOF,

ainsi que les lieutenant-gouverneurs des différentes colonies²². Ces incarnations étatiques sont accompagnées d'une myriade d'administrateurs locaux qui composent les différents échelons territoriaux ultramarins²³. La justice occupe une place importante au sein de cet ensemble colonial, à tel point qu'elle est réformée au tout début du ^{xx}^e siècle par le décret du 10 novembre 1903 portant réorganisation du service de la justice dans les colonies relevant du gouvernement général de l'AOF²⁴. L'idée est d'unifier l'organisation judiciaire et les normes en cours au sein des territoires composant l'AOF à cette date. Une importante distinction est établie dès l'article premier entre les tribunaux « français » et les tribunaux dits « indigènes ». Il s'agit essentiellement d'une différenciation de compétence *ratione personae*, en fonction du statut de l'individu impliqué dans la procédure, la prévalence allant de façon quasi-systématique à l'élément européen ou assimilé. Le système judiciaire colonial, particulièrement sa partie française, est relativement calqué sur celui de la métropole²⁵, avec toutefois des spécificités tenant au contexte colonial et des différences de taille. Pour les tribunaux de plus grande importance, tels que les cours d'appel ou les cours d'assises, la présidence est assurée par un magistrat de profession. Pour ce qui relève des justices de paix à compétence étendue²⁶, l'office du juge est rempli par un administrateur, le même qui, en matière indigène, préside le tribunal de cercle. Par ailleurs, ces administrateurs, non seulement dépositaires de fonctions judiciaires conséquentes, disposent aussi de pouvoirs de police très importants en vertu de leur charge, assimilables à de véritables sanctions pénales. Il est possible de parler de pouvoirs exorbitants de police²⁷. Dans le cadre de la justice indigène, ce sont les agents européens qui sont confrontés en premier aux affaires de sorcellerie. Quant aux notables et aux chefs locaux, ils en ont connaissance au travers de leur rôle social et de leur fonction de justice déléguée dans le cadre des tribunaux subsidiaires, à savoir les tribunaux de province et les tribunaux de village²⁸. Il convient de préciser à ce stade que les magistrats coloniaux, outre leur formation spécifique à l'École coloniale²⁹, abordent différemment les questions sorcellaires selon leur adhésion au système colonial. Selon l'opinion qui place les populations colonisées dans une situation de sous-évolution à laquelle il faudrait remédier par l'assujettissement, l'assimilation ou

l'autonomisation, le respect et la défense des traditions locales se montrent plus ou moins affirmés³⁰.

- 6 Au sein des territoires colonisés de l'AOF, le recours aux forces issues du monde de l'invisible constitue une évidence pour les populations locales en cas d'échec des modes de preuve classiques que sont l'aveu et le témoignage³¹. La consultation des oracles fétiches, l'interrogation des puissances élémentaires et l'emploi du poison, du feu ou de l'eau afin de déterminer la culpabilité, l'innocence, mais aussi de dénicher la sorcellerie, sont alors monnaie courante³². Les pratiques de divination qui ont cours en Afrique peuvent constituer des actes sorcellaires³³, mais elles ne se confondent pas avec ces derniers. La sorcellerie se comprend comme « l'ensemble des croyances structurées et partagées par une population donnée touchant à l'origine du malheur, de la maladie ou de la mort et l'ensemble des pratiques, de thérapies et de sanction qui correspondent à ces croyances »³⁴. Partant, la sorcellerie entretient des liens évidents avec le fait religieux³⁵, plus particulièrement les systèmes animistes et fétichistes de croyances locales qui en constituent le cadre d'usage. Il ne faut pas cependant renvoyer la sorcellerie à une sphère de l'irrationnel, vision dépassée d'une anthropologie religieuse eurocentrée et évolutionniste. Pour les populations animistes d'Afrique subsaharienne occidentale, le maléfice s'avère très concret, le dommage bien constaté et le lien de causalité établi entre les deux. C'est ce que Marc Augé attribue à « l'opinion courante, "bien-pensante" », reprenant ainsi la définition proposée par Middleton et Winter concernant la notion de *wizardry*, « la sorcellerie », sans distinguer qu'elle soit innée (*sorcery*) ou acquise (*witchcraft*)³⁶. Plus récemment, dans une optique de neutralité, la dénomination d'« invisible » s'est imposée pour désigner le monde des croyances animistes ayant trait aux systèmes traditionnels, tant pour les actions que pour les personnages qui y prennent place, comme les ancêtres. Il revient donc aux praticiens d'interroger par des modes de preuve bien spécifiques le monde de l'invisible afin de dénicher et justifier les agissements sorcellaires. Cependant, l'invisible africain semble plutôt indifférent quant au genre de la personne qui le pratique, bien qu'en cas d'absence d'indices préalables, l'accusation semble se porter plus facilement sur les femmes. La différenciation opérée par Evans-Pritchard entre

« sorcellerie innée » et « sorcellerie acquise »³⁷ se superpose à la distinction entre la sorcellerie féminine et celle masculine. La première exploite des capacités latentes tandis que la seconde s'appuie sur des objets vecteurs tels que les fétiches, ce qui explique que les sorcières présumées se voient plus fréquemment confrontées aux épreuves ordaliques³⁸. L'administration coloniale rendue sur place dans les territoires de l'Ouest africain doit nécessairement faire face à la « mentalité sorcière »³⁹ qui, même réprouvée, emporte des conséquences réelles pour les populations colonisées, notamment les femmes.

- 7 Dans le cadre de la « mission civilisatrice » faisant suite à l'avènement de la Troisième République⁴⁰, l'entreprise coloniale française tente de limiter, voire de faire disparaître ce reliquat d'un autre temps. Les exigences métropolitaines, transposées sous forme de décrets, orientent une nouvelle organisation administrative et judiciaire pour les territoires autour des fleuves Sénégal et Niger⁴¹. Il faut bien comprendre à ce stade que la pratique administrative et judiciaire quotidienne va s'avérer fondamentalement différente dans les colonies d'Afrique subsaharienne occidentale par rapport à la métropole. La distinction la plus importante tient à ce que l'administration dispose de prérogatives très importantes sur le sol colonial, en matière de pouvoirs de police et même dans le domaine judiciaire. Il est d'ailleurs prévu par les textes qu'un administrateur tel que le commandant de cercle officie en tant que président du tribunal de second degré par exemple⁴². Le décalage peut apparaître rapidement choquant pour un juriste européen étudiant la situation coloniale africaine, mais constitue cependant une nécessité dans la bonne marche du processus colonial selon le ministère des colonies qui instaure les décrets. Les enjeux laissent entrevoir une vision coloniale européenne qui évolue avec le temps, passant de l'assimilation à l'association en un peu moins d'un demi-siècle, avec les modifications que cette évolution entraîne pour l'appareil administratif et judiciaire⁴³. À titre d'exemple, le régime de l'indigénat⁴⁴, qui comporte une série de mesures de police administrative à l'encontre des populations colonisées se livrant à des pratiques de magie assimilées à de la sorcellerie, tend à s'amoinrir progressivement. En parallèle, le législateur fonde une justice dite indigène, chargé de régler les différends entre les locaux selon leur

droit quelle que soit la matière juridique, malgré les heurts à l'encontre de la conception pénale européenne. De même, les instances indigènes traditionnelles vont être sollicitées davantage au cours de la pratique administrative, voire obtenir un semblant d'indépendance vis-à-vis de l'autorité coloniale dans certains domaines bien précis et édictés par cette dernière⁴⁵. Cependant, malgré une mutation notable de l'idée coloniale, il appartient toujours aux colons de procéder à la concrétisation du projet colonial, tant du point de vue de l'entreprise économique que du développement civilisateur⁴⁶. Pour les administrateurs et les juges, cette réalisation passe par l'administration correcte de la Justice à l'encontre des populations colonisées, bien que la notion puisse revêtir un sens radicalement différent d'une population à une autre. Ainsi, la justice indigène et l'administration locale, tout en reconnaissant une méconnaissance regrettable des traditions des populations colonisées, essayent de ménager les coutumes qui coïncident avec le droit français et d'endiguer celles qui portent atteinte aux principes juridiques républicains⁴⁷. L'irrationalité et la barbarie que l'Empire colonial associe à la sorcellerie doivent être combattues, quel que soit le genre de la personne qui s'y emploie.

- 8 En métropole, les féministes françaises ne défendent pas en bloc l'émancipation féminine et restent attachées à l'œuvre coloniale et à la mission civilisatrice de la France en AOF. Assez peu d'organisations féministes se rencontrent dans les territoires français ultramarins, en comparaison avec l'exception remarquable du Maghreb et de l'Algérie en particulier⁴⁸. Lors des États généraux du féminisme de 1931⁴⁹, Cécile Brunshvicg, alors présidente de l'UFSF⁵⁰ rappelle qu'« un grand travail reste à faire concernant la femme indigène », tant pour sa situation légale que sa situation morale⁵¹. En 1935, la journaliste Andrée Viollis reste convaincue de l'importance de la mission civilisatrice de la France, dont elle dénonce pourtant les dénis de justice et la répression envers les Annamites⁵². La volonté féministe de sortir les femmes du cadre des sociétés traditionnelles ne s'accompagne donc pas nécessairement de critiques à l'encontre de l'impérialisme colonial quant à ses visées civilisationnelles à l'encontre des populations locales en Afrique subsaharienne occidentale. La prise de position partielle des féministes français en contexte colonial s'explique par le phénomène de colonialité

du genre⁵³ développé par la philosophe Maria Lugones à la fin des années 2000⁵⁴. L'idée est à rapprocher de la colonialité du pouvoir, notion forgée par le sociologue Aníbal Quijano, qui suppose la lutte pour l'instauration et le contrôle de catégories genrées issues du monde occidental et imposé aux populations colonisées⁵⁵. La période des décolonisations laisse une place importante au traitement de la condition féminine en Afrique⁵⁶, et les questions de genre émergentes continuent par la suite à être interrogées par des autrices ayant vécu les mouvements décoloniaux⁵⁷. Pour autant, les liens marqués entre genre féminin et sorcellerie restent assez peu étudiés en tant que tels dans la littérature décoloniale et post-coloniale. La prévalence européenne du modèle patriarcal et hétéronormé conduit à l'invisibilisation des femmes anciennement colonisées et à l'introduction de différentiels de genre parfois novateurs pour l'Afrique qui doivent être questionnés.

- 9 Dès lors, il convient de voir de quelle manière l'administration coloniale, dans ses institutions administratives et judiciaires, se voit confrontée à la sorcellerie féminine à partir de la mise en place de la fédération dans les territoires de l'Ouest africain. L'édiction du Code pénal indigène en 1941 clôt en partie les discussions juridiques en la matière puisque l'article 105 vient clairement criminaliser les actes sorcellaires mais seulement au titre des « escroqueries »⁵⁸. Au lendemain de l'instauration du gouvernement de Vichy, l'assignation de la sorcellerie comme une atteinte aux biens plus qu'aux personnes laisse entrevoir une prise en compte très partielle des réalités sociales et religieuses de l'AOF par les pouvoirs publics. Pour répondre à ces questionnements, il est nécessaire de s'appuyer sur les archives coloniales occupant près d'un demi-siècle de domination française sur cette partie du monde : d'une part, les Archives nationales d'outre-mer (ANOM), et d'autre part, les Archives nationales du Sénégal (ANS)⁵⁹. Les documents contenus dans ces centres renseignent à la fois sur la production judiciaire des tribunaux indigènes, mais aussi sur les conceptions des administrateurs concernant les désignées ou reconnues sorcières de l'Ouest africain. Il s'agit dans une faible part de jurisprudence, et dans la majorité des cas d'échanges administratifs entre les différents échelons coloniaux. En complément, les comités propagandistes, affichant une volonté de vulgarisation scientifique et apparaissant

durant l'époque coloniale, illustrent les perceptions françaises à ce sujet, quand ce ne sont pas les idées des mêmes personnes qui s'expriment par des vecteurs différents. Ici, il s'agit principalement des bulletins du Comité d'études historiques et scientifiques de l'AOF et du Comité de l'Afrique française qui sont mobilisés, faisant le plus état de la sorcellerie féminine⁶⁰. Le premier est d'ailleurs fondé par François Joseph Clozel, alors gouverneur général de l'AOF. Enfin, les recueils de législation et de jurisprudence coloniales, au premier lieu desquels se trouve le recueil Dareste, s'avèrent indispensables afin de relever des accusations de sorcellerie à l'encontre des femmes « indigènes ». Bien que la documentation coloniale ne permette pas d'établir des données quantitatives, l'étude qualitative de la perception juridique de la sorcellerie féminine par l'administration coloniale conserve un intérêt fondamental. Dès lors, il convient d'envisager dans un premier temps la réception des accusations à l'encontre des femmes présumées sorcières par l'administration coloniale en AOF (I). Dans un second temps, il est nécessaire de se pencher sur la condamnation par les agents coloniaux de la sorcellerie féminine revendiquée, au sens où la justice française n'admet pas complètement les croyances et les réalités sociales dont dépendent les actes sorcellaires (II).

I. Des femmes présumées sorcières en AOF. La réception des accusations par l'administration coloniale

- 10 Dans le cadre de la mission civilisatrice, l'administration coloniale tient à ne conserver des coutumes locales uniquement ce qui n'apparaît pas contraire aux principes de la civilisation française et *a fortiori* à l'ordre public colonial. Comme les agents français n'ont qu'une approche partielle de la sorcellerie même féminine, ils luttent d'abord contre les accusations lancées à l'encontre des femmes par d'autres membres de leur communauté à l'origine des troubles réprimés. Il faut cependant que l'appareil juridique et administratif s'établisse et se fortifie en AOF avant d'envisager une condamnation plus franche de croyances incompatibles avec les visées coloniales.

Les sources utilisées permettent de relever l'incapacité dans les premiers temps de la fédération coloniale à protéger les femmes accusées de sorcellerie (A), jusqu'à ce que l'administration tienne compte progressivement de ces accusations et parviennent à les réprimer (B).

A. L'incapacité initiale à protéger les femmes accusées de sorcellerie

- 11 S'il ne s'avère pas véritablement possible de réaliser des distinctions ontologiques entre les actes sorcellaires masculins et ceux féminins, il faut reconnaître toutefois que les accusations de sorcellerie concernent davantage les femmes que les hommes en Afrique. Selon un rapport du Parlement panafricain de mars 2021, les pratiques néfastes liées aux accusations de sorcellerie et aux agressions rituelles ou PNASAR concernent premièrement les enfants, les personnes âgées et handicapées, et en particulier les individus de genre féminin⁶¹. Pour prendre un exemple local, en 2018, sur les 217 pensionnaires accusés de sorcellerie que compte le centre d'accueil de Sakoula, au Burkina Faso, 212 sont des femmes⁶². L'ampleur du phénomène n'est pas récente, mais ne démarre pas non plus avec la conquête coloniale de l'Afrique subsaharienne occidentale par la France. L'administration sur place ne fournit pas de statistiques judiciaires concernant les actes de sorcellerie, *a fortiori* à l'encontre des femmes, malgré l'abondante correspondance administrative qu'ils suscitent⁶³. Les affaires faisant référence à un invisible néfaste sont recensées ailleurs, dans des catégories et sous des infractions bien distinctes, telles que des faits d'assassinat, d'empoisonnement ou de violences volontaires ayant ou non entraîné la mort. Selon Papa Ogo Seck, il s'agit pour les autorités coloniales d'« aborder la sorcellerie sous des catégories pénales qui ne la font pas apparaître comme telle »⁶⁴. Outre la nécessité d'une étude plus qualitative, la dissémination juridico-administrative des questions sorcellaires relève les difficultés auxquelles est confrontée l'administration coloniale dans la détermination des faits qui lui sont soumis devant les tribunaux indigènes. Les administrateurs français ont d'ailleurs bien conscience que les accusations de sorcellerie qui touchent entre autres les femmes locales font partie des systèmes de

croyances animistes et fétichistes. Il est ainsi du devoir de leurs adeptes de pourchasser sorciers et sorcières, quand bien même les personnes accusées n'auraient pas connaissance de leur influence néfaste⁶⁵. Les accusations de sorcellerie entraînent alors des conséquences dramatiques pour ceux – et surtout celles – qui les subissent, même lorsqu'ils cherchent à les éviter en tentant de prouver leur innocence.

- 12 L'administration coloniale reconnaît l'absence générale de distinctions entre sorcelleries masculine et féminine, et ce même avant la conquête coloniale⁶⁶. Il convient alors d'étudier spécifiquement les affaires qui mettent en avant des femmes locales accusées d'être des sorcières. Étant donné que les faits de sorcellerie sont parmi les plus graves qui puissent affecter les structures traditionnelles africaines, les accusations qui en découlent ne peuvent pas être lancées à la légère. Il faut avoir recours à la divination⁶⁷ pour désigner les personnes susceptibles d'être des sorcières, pratique que l'administration coloniale a du mal à endiguer, au vu de ses accointances avec les systèmes de croyances animistes et fétichistes. En l'occurrence, le mode de divination qui emporte le plus souvent l'adhésion des populations colonisées consiste en une « promenade du cadavre »⁶⁸. Georges Thomann, administrateur-adjoint des colonies en Côte d'Ivoire, s'y voit confronté en 1897, où elle est appelée « bagbé » par les communautés locales interrogées⁶⁹. Devant la résignation de la femme accusée d'avoir tué sa coépouse, l'administrateur refuse d'intervenir en sanctionnant les instigateurs, par crainte de se « compromettre inutilement ». Étant donné que l'administration coloniale en est à ses balbutiements et que la Côte d'Ivoire ne s'avère pas encore entièrement pacifiée, il leur conseille finalement, par la voix de son interprète, d'attendre son départ avant de condamner définitivement la présumée sorcière. Il apparaît ici que l'administration coloniale se retrouve donc démunie devant la force des croyances traditionnelles qui sous-tendent les faits désignés comme relevant de la sorcellerie et fait alors le choix au départ de pas s'imposer. Par la suite, l'influence coloniale en la matière se fait plus pressante.

- 13 Afin de réfuter les accusations, le mode de preuve privilégié par les populations colonisées de l'AOF reste l'épreuve ordalique en particulier quand la personne accusée ne se revendique pas sorcier

ou sorcière⁷⁰. Les modalités sont multiples, même si le type d'épreuve le plus répandu reste l'épreuve du poison, qui consiste en l'ingestion d'une boisson empoisonnée par la personne accusée. Les effets survenant par la suite vont de l'absence de symptômes jusqu'à la mort, en passant par des vomissements, à charge de l'officiant de déterminer les caractéristiques de la culpabilité. L'expression locale de l'épreuve du poison se traduit entre autres par celle du bois rouge, où la boisson ingérée est ici une décoction d'écorces d'arbres.

Comme le relève Georges Thomann, l'ordalie du bois rouge s'administre autant aux femmes qu'aux hommes sans distinction et conduit bien souvent les participants à la mort⁷¹. Les accusations de sorcellerie à l'encontre des femmes emportent donc des conséquences très graves contre lesquelles l'administration tente de répondre, sans emporter l'adhésion des populations locales. Punir administrativement et juridiquement l'usage du poison d'épreuve en supprime les effets néfastes pour les populations colonisées qui la pratiquent, bien qu'elles continuent à penser que les seules personnes affectées restent les sorciers et sorcières⁷². Il n'est donc pas chose aisée, pour les femmes ou pour les hommes, de réfuter les accusations de sorcellerie en contexte colonial. Bien des années plus tard, en 1930, toujours dans le cercle de Sassandra, une femme de l'ethnie Niabouas de Soubré, présumée sorcière, doit être soumise cette fois à l'épreuve de l'eau – sans apporter plus de précisions quant à la nature de l'ordalie. Parvenant à échapper à sa communauté et à trouver refuge auprès du chef de canton, l'accusée ne subit pas l'épreuve, mais une échauffourée survient entre ses poursuivants et les partisans du chef de canton. Il en résulte un mort et six blessés pour lesquels le tribunal de cercle prononce plusieurs condamnations lourdes⁷³. La sorcellerie revêt bien une importance considérable pour les populations locales d'AOF : les accusations qui en découlent doivent être prises très au sérieux.

B. Une prise en compte progressive des femmes accusées de sorcellerie

- 14 Malgré l'imposition plus ou moins forcée des épreuves à l'encontre des personnes accusées de sorcellerie, il apparaît que le résultat puisse conduire à la confirmation des accusations lancées. Il est

même possible que le recours aux ordales ne soit pas systématique dans le cadre sorcellaire. En cas de conviction, les accusations entraînent les conséquences les plus graves pour les personnes qui en sont l'objet. Généralement, elles subissent des faits non-négligeables de violences pouvant conduire à la mort. En l'occurrence, les femmes, davantage affectées par les pratiques néfastes liées aux accusations de sorcellerie et aux agressions rituelles, sont aussi les individus les plus susceptibles de subir lesdites violences⁷⁴. Les représailles apparaissent davantage systématiques lorsqu'il s'agit d'accusations de sorcellerie portant sur des femmes. La brutalité qui transparaît dans ces actes heurte l'administration coloniale, qui se voit contrainte d'intervenir. Ainsi, en 1906, « Zougbossi Hérodé, du village d'Awanssouri [au Dahomey], a été ramassée dans la rue, ne pouvant plus se remuer par suite des coups qu'elle a reçus des passants »⁷⁵. La femme décède peu de temps après. Trente ans plus tard, ce sont une femme et un jeune garçon qui sont brutalement attaqués par des individus d'un village voisin. En l'occurrence, les faits conduisent à la condamnation des auteurs de coups et blessures à des peines allant de 6 à 9 mois de prison, alors que la coutume locale ne les réprime pas⁷⁶. Les accusations de sorcellerie à l'encontre de femmes locales conduisent donc à la condamnation des auteurs par l'administration française lorsque lesdites accusations entraînent des faits identifiables et réprimés par la justice coloniale. En l'occurrence, les accusations de sorcellerie n'en font pas partie, alors que les conséquences sont particulièrement graves et les traitements réservés aux sorcières assez insoutenables. Par exemple, dans un arrêt du 14 septembre 1909, la Chambre d'homologation retient la qualification d'« homicide commis à l'aide de tortures » dans l'affaire Ango, Kalley et Taddo du Cercle de Niamey⁷⁷. La Cour confirme la décision prise par le tribunal de cercle de condamner les dix hommes reconnus coupables d'avoir brûlé vive une femme présumée sorcière. Malgré les ressemblances avec les traitements judiciaires réservés aux sorcières en Europe, il faut rappeler ici que les raisonnements qui sous-tendent les accusations de sorcellerie ne sont pas les mêmes en Afrique subsaharienne occidentale⁷⁸. Comment expliquer dès lors que les femmes locales soient davantage les cibles des plus graves représailles en cas d'accusations de sorcellerie ? Une raison peut tenir aux structures sociales inhérentes aux sociétés traditionnelles

d’Afrique de l’Ouest. Les femmes – filles, sœurs, mariées – sont marginalisées dans les groupes sociaux auxquels elles sont rattachées, au point de rester « irrémédiablement en position de perdante[s]. »⁷⁹. Une autre vient des systèmes de croyances animistes qui font de la sorcière l’opposée de la femme « matrice de vie », la seconde devenant la première lorsqu’elle dévie des attendus sociaux liés aux rôles genrés, en particulier ceux de la mère et de l’épouse⁸⁰.

- 15 Se confesser apparaît alors pour ces femmes comme une solution afin de sortir de cette position délétère :

Si la confession de sorcellerie est, dans la société kuranko, une forme de suicide, c’est aussi l’affirmation du statut de la femme comme sujet dans un monde qui semble l’avoir reléguée, socialement et physiquement, dans une position d’objet. À travers la confession, la « sorcière » se libère de la condition qui lui est faite⁸¹.

- 16 En l’occurrence, la comparaison est dépassée puisque l’administration coloniale est précocement confrontée aux véritables suicides des femmes accusées de sorcellerie. Porter atteinte de façon définitive à sa propre vie apparaît alors comme le moyen le plus sûr d’éviter la condamnation et les peines prévues par les coutumes locales. Un jugement du tribunal de province Guet du 27 juin 1911 condamne les responsables de la mort de Madjiguène Diop et de sa fille Yacine N’Gom à diverses peines de prison et d’amendes⁸². Accusée de sorcellerie, la mère se jette dans un puits, entraînant la petite Yacine avec elle. Les conséquences suivant les accusations de sorcellerie apparaissent ici des plus dramatiques. Il faut remarquer ici que ce sont uniquement des femmes qui pâtiennent des accusations lancées contre la mère seule, alors que Madjiguène Diop a d’autres enfants⁸³. Finalement, dans un arrêt de décembre 1911, la Chambre d’homologation estime que le tribunal de province excède sa compétence, puisqu’elle retient la qualification d’homicide involontaire, annulant ainsi la décision précédente. Les accusations de sorcellerie peuvent donc pousser les personnes ciblées aux pires extrémités, sans qu’il soit possible de dire que les cas de suicide en réponse aux accusations soient uniquement le cas des femmes. Ambérou, dont la grand-mère se retrouve déclarée sorcière, se suicide afin d’éviter l’indignation et la haine du reste du village⁸⁴.

L'administration coloniale apparaît incapable d'endiguer les accusations de sorcellerie, qu'elles touchent les hommes ou les femmes dans les territoires de l'Ouest africain. Son champ d'action se limite à des commandements de la part des administrateurs français et à la condamnation des accusateurs lorsque des faits appréciables par la justice indigène lui sont soumis. Cependant, quand il s'agit d'infractions commises par des sorcières se revendiquant en tant que telles, la réception coloniale desdites affaires laisse place à une forte affirmation des principes de civilisation par l'administration coloniale qui fondent l'essentiel de la répression des autrices.

II. Des femmes présumées sorcières en AOF. Une revendication condamnable par l'administration coloniale

- 17 Si l'administration coloniale conserve des difficultés à désigner et condamner juridiquement la sorcellerie même féminine, les pratiques qui en découlent lorsqu'elles entrent en contradiction avec les principes de civilisation doivent être condamnées. Dans les faits, ce n'est pas tant la sorcellerie que réprime la justice indigène que les actes associés à la sorcellerie, tels que les sacrifices humains et l'anthropophagie. Partant, il convient de voir d'une part la répression du cadre sorcellaire féminin (A) avant d'étudier d'autre part la répression des femmes autrices de sorcellerie (B).

A. Réprimer le cadre sorcellaire féminin

- 18 Les revendications par les femmes locales du qualificatif de « sorcière » peuvent surprendre lorsque les accusations d'actes sorcellaires pèsent aussi lourdement sur les populations colonisées d'Afrique subsaharienne occidentale. L'appréciation par l'administration coloniale d'un « statut sorcier » vient de la confusion dans les dénominations d'individus dont les rôles et les fonctions sociales sont foncièrement différents. Pour reprendre les termes posés par Evans-Pritchard dans sa monographie de 1937 concernant les Azandé d'Afrique centrale, les administrateurs coloniaux

confondent volontiers *witchcraft* et *sorcery*⁸⁵. Se fondant sur la parole des locaux – avec les difficultés de traduction que les échanges verbaux supposent –, ils considèrent ainsi comme des sorcières les femmes qui pratiquent l'excision ou encadrent les périodes d'initiation féminine⁸⁶. De manière similaire, il n'est pas plus fait de distinction entre la sorcière, la griote, la devineresse ou l'haruspice dans la littérature scientifique coloniale, autant de rôles attribués à une seule personne, la vieille Tombou Ménignan⁸⁷. La confusion conduit les administrateurs coloniaux à punir des femmes se revendiquant sorcières, sans que leurs actions ne soient néfastes pour leurs communautés. En l'occurrence, il s'agit le plus souvent de fortes amendes pesant sur l'ensemble du village suite à l'installation d'une forêt sacrée ou la tenue de l'initiation à une date contre-indiquée⁸⁸. En somme, l'administration française ne parvient pas à se saisir – correctement ou non – des réalités sorcellaires que connaissent les populations colonisées, sauf à se retrouver au plus près des croyances locales. Ainsi, parmi les agents français, une distinction s'impose progressivement entre sorciers et féticheurs : « Les premiers sont toujours des malfaiteurs dangereux : les seconds ne sont, en somme, que les “marabouts du fétichisme” »⁸⁹. L'influence néfaste doit rester l'élément caractéristique dans la détermination de la personne sorcière. D'ailleurs, les femmes locales ne sont pas appréhendées par l'administration coloniale comme pouvant faire partie des féticheurs, mais peuvent être des sorcières⁹⁰.

- 19 Le rapprochement est permis en ce que l'observation coloniale estime que les femmes colonisées d'AOF ont la possibilité d'intégrer des sociétés secrètes, facilement associées à la sorcellerie⁹¹. C'est d'ailleurs la seule occurrence dans le rapport Savineau d'une mention en rapport avec la sorcellerie concernant les femmes⁹². Ces regroupements cachés constituent un terreau favorable pour un pouvoir para-politique ayant recours aux sacrifices humains et aux pratiques anthropophages dans le cadre de cérémonies magico-religieuses. En la matière, il n'apparaît pas de distinctions flagrantes entre les membres masculins et les membres féminins adeptes des sociétés sorcellaires. Deux éléments notables doivent être cependant relevés dans le cadre de l'initiation : le plus souvent, les aspirantes-sorcières sont intronisées par des femmes, et à cette fin uniquement, le sang utilisé est parfois prélevé aux fonctions naturelles⁹³. Les

spécificités restent toutefois bien limitées et ne font pas apparaître de dispositions spéciales à un genre en particulier.

B. Réprimer les femmes autrices de sorcellerie

- 20 À l'image des accusations de sorcellerie, l'administration coloniale ne peut connaître les pratiques des sorcières issues des sociétés secrètes et d'éventuelles infractions qu'à partir du moment où des faits de nature criminelle ou délictuelle lui sont confiés par les populations colonisées. En lien avec les sociétés, les femmes locales occupent différents rôles qu'elles ne choisissent pas toujours. Elles peuvent ainsi se trouver victimes, complices ou même instigatrices des pratiques néfastes initiées par les membres desdites sociétés. Dans le cadre des enquêtes menées par Louis Millasseau, chef du poste de San-Pédro, en Côte d'Ivoire, entre décembre 1917 et avril 1918 quant à la mort de Salé du village de Cahy, toutes ces fonctions sont illustrées au sein d'une même société⁹⁴. En l'occurrence, le tribunal de cercle de Tabou, dont dépend le poste de San-Pédro, apprend au cours de l'audience qu'une femme du nom de Ire est la cible de la société secrète en 1901. Le mode opératoire apparaît semblable à la mise à mort de Salé, empoisonné puis découpé afin que les membres puissent se partager le corps de la victime. Les femmes locales peuvent aussi être les complices plus ou moins volontaires des actes sorcellaires commis par les sociétés secrètes. Durant les enquêtes sur les circonstances de la mort de Salé, la femme Cui Dieke est inculpée pour complicité de meurtre et incarcérée à la geôle de San-Pédro⁹⁵. Le tribunal de cercle détermine son innocence par la suite lors de l'audience, preuve s'il en est que les administrateurs coloniaux sont en mesure de déterminer la participation active des membres des sociétés secrètes aux actions néfastes. De manière analogue, lors du jugement rendu par le tribunal de cercle de Soubré, en Côte d'Ivoire, deux femmes sont inculpées pour complicité de meurtre rituel suivi d'anthropophagie⁹⁶. L'une d'entre elles – Koroyé – est condamnée à une peine de prison, tandis que l'autre – Katio – est acquittée. Le commandant de cercle, suite aux interrogatoires menés, se trouve en mesure de dire que la seconde ne participe ni au meurtre ni aux actes anthropophages sur

la personne de Guedé malgré ses liens évidents avec le reste de la société secrète. Il arrive aussi qu'une femme soit reconnue complice d'actes sorcellaires sans faire partie d'une société de sorciers. Dans l'affaire Toubadé et consorts de juin 1918, Kolo, l'épouse de Yé, la victime, est contactée par la société secrète et forcée de tuer son mari en empoisonnant son repas⁹⁷. Le tribunal de cercle de Tabou reconnaît la culpabilité et la complicité de Kolo dans le meurtre de Yé, mais préfère la condamner à de la prison plutôt qu'à la mort. Pour l'administration française, il ne s'agit pas seulement de complicité active ou passive aux actes sorcellaires pratiqués par les sociétés secrètes, mais aussi de l'appartenance auxdites sociétés. Le terme de « sorcières » recouvre dans ce cadre si particulier de l'Afrique subsaharienne occidentale des spécificités que les administrateurs coloniaux mettent du temps à déterminer.

- 21 Enfin, il est des femmes locales qui participent pleinement aux actes sorcellaires des sociétés secrètes dont elles sont membres. Dans l'affaire de la mort de Salé, Douade, la femme de la victime, est reconnue coupable par le tribunal de cercle et condamnée. L'arrêt de la Chambre d'homologation rendu le 28 avril 1921 dans l'affaire N'Faldy Zaravré estime que le tribunal de cercle de Forécariah, en Guinée, fait une mauvaise application de la coutume locale en ne condamnant pas à mort les trois femmes qui se reconnaissent sorcières⁹⁸. Le tribunal indigène établit pourtant la culpabilité de Mamé Kamara, de Boy Kamara et Ma Cira Kouté pour actes de sorcellerie, assassinats et anthropophagie, contrairement à Zéki Kamara, acquittée en l'absence de preuves pesant contre elle⁹⁹. L'annulation prononcée ici par la Chambre d'homologation montre l'importance que porte la justice coloniale pour la sorcellerie exercée dans le cadre de sociétés secrètes en AOF. En 1928, dans la même colonie, les administrateurs coloniaux condamnent pour des affaires de meurtres suivis d'anthropophagie deux femmes qui avouent appartenir à une société secrète d'hommes-panthères composée de sept personnes¹⁰⁰. Il faut relever à ce stade que la justice coloniale ne cherche pas à distinguer ce qui relève de l'anthropophagie « réelle », qu'elle condamne fermement, avec l'anthropophagie « mystique » où c'est l'âme de la victime plus que le corps qui est mangée¹⁰¹. *A contrario*, les juridictions locales ne montrent pas d'indulgence particulière quant au genre de la personne qui se rend coupable d'actes sorcellaires. Il

reste des cas spécifiques où les tribunaux indigènes font une application moins stricte des coutumes locales sans que l'indulgence ne touche particulièrement les femmes colonisées. L'affaire des sorciers de la tribu Pié du 18 août 1918 en constitue à ce titre un bon exemple¹⁰². En l'occurrence, malgré la poursuite de l'ensemble des personnes ayant participé, même par leur seule présence, aux actes sorcellaires, 17 inculpés sont acquittés au bénéfice du doute. Il est reconnu des circonstances atténuantes à neuf autres qui ne semblent pas participer aux pratiques anthropophages et se voient donc condamnés à des peines plus légères. Finalement, Soyo, une femme locale poursuivie pour empoisonnement, bénéficie de la prescription – qui n'est pas pourtant pas de droit en matière indigène¹⁰³ –, les faits incriminés remontant à une vingtaine d'années. Les infractions liées à la sorcellerie et réalisées par des femmes locales en AOF font donc l'objet d'une attention particulière de la part de l'administration française. Il n'est cependant pas vraiment possible de distinguer le soin porté à la distribution de la justice dans le cadre colonial selon le genre de la personne qui commet les actes réprimés.

Conclusion

- 22 Durant l'occupation française des territoires de l'Ouest africain, la sorcellerie pose plusieurs problèmes au pouvoir colonial en matière administrative et juridique. Pour les systèmes traditionnels locaux, qui représentent la majorité des croyances en AOF, les actes sorcellaires ont des incidences concrètes sur les communautés sociales que l'administration sur place doit considérer à tous les échelons judiciaires. La réception coloniale des cas de sorcellerie dont a connaissance l'ordonnancement institué par la métropole se veut comme un mouvement d'ampleur dans les territoires de l'Ouest africain et une condamnation unanime par ses agents des pratiques répréhensibles. Il reste cependant difficile d'établir pour la période coloniale des statistiques judiciaires permettant d'obtenir une vision la plus exhaustive possible des réalités de la sorcellerie féminine en Afrique subsaharienne occidentale. Les correspondances administratives et les affaires portées devant les tribunaux indigènes font ressortir deux aspects majeurs. Bien que les accusations de sorcellerie touchent davantage les femmes locales, l'appréhension

coloniale qui en résulte ne laisse pas entrevoir de différences importantes selon le genre. Devant le peu de matériau à la disposition de l'observateur, le traitement qualitatif doit l'emporter en l'espèce, même s'il ne révèle pas de distinctions significatives.

- 23 La sorcellerie en Afrique, qu'elle soit ou non le fait de femmes locales, constitue encore aujourd'hui un drame pour le continent¹⁰⁴. L'attachement aux croyances tirées de systèmes traditionnels affecte durablement les usages et les relations sociales parmi les communautés locales. Des années après les périodes de décolonisation, les auteurs issus de l'ancienne AOF continuent à s'emparer du sujet et à dénoncer les influences sorcellaires qui affectent en particulier leurs contemporaines¹⁰⁵. Les œuvres récentes montrent un État colonial ou post-colonial en difficulté lorsqu'il s'agit de se saisir administrativement et juridiquement de la sorcellerie et de défendre les populations qui en sont victimes, femmes ou hommes. Pour le colonisateur français, l'obstacle de taille réside essentiellement dans le poids accordé aux croyances qui sous-tendent les actes sorcellaires. Malgré une perception généralement négative de la sorcellerie par les populations locales, savoir dans quelle mesure l'administration française doit respecter leurs institutions juridiques et sociales reste un enjeu essentiel de la démarche coloniale¹⁰⁶.

NOTES

1 B. Durand, « Introduction », B. Durand et M. Fabre (dir.), *Le Juge et l'Outre-Mer. Le royaume d'Aiétès*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2008, p. 7.

2 Le nom a été changé.

3 A. Duteil et S. Sarazin, *La sorcellerie pourquoi ?*, Paris, Centre d'information missionnaire, 1981, p. 6.

4 Le terme d'« invisible » sera ici privilégié à celui d'« occulte » ou d'« occultisme », davantage utilisé et péjorativement marqué. Les deux notions restent proches en ce qu'elles renvoient à ce qui est caché ou secret.

5 C'est l'opinion majoritairement représentée auprès des populations qui intéressent l'article, à savoir les femmes issues des populations de l'Ouest

africain colonisé par la France. *Contra* : il faut relever plusieurs témoignages qui font état d'actes sorcellaires à visée bénéfique, où interviennent plutôt les figures des devins, des guérisseurs ou plus généralement des féticheurs. A. Duteil et S. Sarazin, *La sorcellerie pourquoi ?*, op. cit., p. 5.

6 Sur ces sujets, voir : A. Le Chatelier, *L'Islam dans l'Afrique Occidentale*, Paris, G. Steinheil, 1899 ; M. Gomez-Perez, « Trajectoires de l'islam en Afrique de l'Ouest », *Esprit*, vol. 317, n° 8/9, 2005, p. 128-137 ; M. Philiponeau, « Micro-histoire de la diffusion de l'islam en Afrique de l'Ouest », *Cahiers d'études africaines*, vol. 196, 2009, p. 969-1000 ; J. K. Agbeti, *West African Church History. II, Christian mission and theological training. 1842-1970*, New York, E. J. Brill, 1991 ; B. Salvaing, « Missions chrétiennes, christianisme et pouvoirs en Afrique noire de la fin du XVIII^e siècle aux années 1960 : permanences et évolutions », *Outre-mers. Revue d'histoire*, t. 93, n° 350-351, 2006, p. 295-333 ; J.-F. Zorn, « Le temps long de la christianisation en Afrique », *Afrique contemporaine*, vol. 252, n° 4, 2014, p. 132-134.

7 G. B. Matar, *La sorcellerie. Un virus dangereux pour le monde moderne*, Paris, L'Oasis, 2012, p. 3. Il y est mis sur le même plan les marabouts parisiens, les rebouteux du Berry et les sorciers africains.

8 C. Arnoult, *Histoire de la sorcellerie*, Paris, Tallandier, 2017, p. 300.

9 Les procès en sorcellerie à Salem demeurent les événements les plus marquants quant à l'histoire extra-européenne de la sorcellerie dans le monde occidental. Voir à ce sujet L. Crété, *Les Sorcières de Salem*, Paris, Juilliard, 1995 ; M. Condé, *Moi, Tituba sorcière... Noire de Salem*, nouvelle édition, Paris, Le Mercure de France, 2017.

10 G. Thomas, « Discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée le 16 octobre 1885 », cité par B. Marin-Curtoud, « Les procès de sorcellerie pendant la III^e République », M. Introvigne et J.-B. Marin (dir.), *Le Défi magique, volume 2. Satanisme, sorcellerie*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1994, p. 164 : « L'étrangeté apparente de phénomènes pathologiques, récemment étudiés et mis en lumière, reportent l'esprit vers des manifestations analogues qui se produisirent au Moyen-Age [sic]... Les hommes de ces temps observèrent et crurent comprendre les effets de la sorcellerie, en s'inspirant des principes qui dirigeaient alors la pensée. Le danger social né de ces accidents provoqua une impitoyable répression... Si l'épidémie démonopathique est rare aujourd'hui, n'arrive-t-il pas qu'une névrose particulière dispose certains sujets à subir inconsciemment une influence étrangère et va jusqu'à les contraindre à obéir invinciblement aux suggestions qui leur sont imposées ? ».

- 11 Concernant ce bureau et ses précédents, voir A. Duchêne, *La politique coloniale de la France. Le Ministère des Colonies depuis Richelieu*, Paris, Payot, 1928 ; F. Berge, *Le Sous-Secrétariat et les sous-secrétaires d'État aux colonies. Histoire de l'émancipation de l'administration coloniale*, vol. 1, Paris, Société française d'histoire d'outre-mer, 1962.
- 12 13 décembre 1799.
- 13 CE, AFFAIRE CADOT, 13 décembre 1899, n° 66145. La décision du Conseil d'État renforce le contrôle judiciaire de l'administration en plus du contrôle hiérarchique.
- 14 O. Le Cour Grandmaison, « L'exception et la règle : sur le droit colonial français », *Diogenes*, vol. 212, n° 4, 2012, p. 49. Ce constat pousse le Procureur général près la Cour de cassation Paul Matter dans la préface du *Traité de droit colonial* dirigé par Pierre Darest de La Chavanne en 1931 à assimiler la situation juridique coloniale à un « régime des décrets ».
- 15 Concernant la colonisation de l'Ouest africain par la France, voir Ch. Becker, I. Thioub et S. M'Biaye (dir.), *AOF, réalités et héritages. Sociétés ouest-africaines et ordre colonial, 1895-1960*, t. 1, Dakar, Direction des archives du Sénégal, 1997 ; C. Coquery-Vidrovitch et O. Goerg (dir.), *L'Afrique occidentale au temps des Français. Colonisateurs et colonisés (c. 1860-1960)*, nouvelle édition, Paris, La Découverte, 2010 ; P. Vermeren (dir.), *L'Empire colonial français en Afrique. Métropole et colonies, sociétés coloniales, de la conférence de Berlin aux accords d'Évian*, Malakoff, Armand Colin, 2023.
- 16 La conférence en question est précédée de l'Acte de Berlin qui constitue le document juridique et protocolaire du partage de l'Afrique. Voir L. Chambard et D. de Saivre, *La Conférence de Berlin (1884-1885)*, Dakar, Nouvelles Éditions Africaines, 1985, p. 39.
- 17 La fédération de l'Afrique occidentale française (AOF) est créée par le décret du 16 juin 1895 pour donner suite à « la nécessité, devenue impérieuse, de donner plus d'unité dans [les] possessions du Nord-Ouest africain, à la direction politique et à l'organisation militaire. ». Son gouvernement se voit réorganisé par trois décrets successifs entre 1899 et 1904, avant que sa composition soit définitivement fixée par le décret du 4 décembre 1920. Voir à ce sujet P. Deloncle, *L'Afrique occidentale française. Découverte, pacification, mise en valeur*, Paris, Ernest Leroux, 1934 ; P.-P. Dramé, *L'impérialisme colonial français en Afrique. Enjeux et impacts de la défense de l'AOF, 1918-1940*, Paris, L'Harmattan, 2007.

18 Décret du 1^{er} mars 1919, portant division de la colonie du Haut-Sénégal-Niger et création de la colonie de la Haute-Volta. La colonie se voit par la suite démantelée par le décret du 5 septembre 1932 répartissant son territoire entre le Niger, le Soudan et la Côte-d'Ivoire, puis rétablie par le décret du 4 septembre 1947.

19 *Journal officiel des Territoires du Togo*, 1^{er} août 1922, p. 1.

20 É. Diarra, « Le droit colonial en Afrique de l'Ouest francophone ou la construction d'une société nouvelle », J.-P. Bras (dir.), *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, Karthala, 2015, p. 113.

21 Léopold Sédar Senghor, dans un rapport supplémentaire annexé au procès-verbal de la deuxième séance de l'Assemblée nationale constituante du 5 avril 1946, justifie la volonté républicaine « par [l'] indifférence, partie par [l'] ignorance, partie même, il faut être juste, par [l'] hostilité aux "aventures coloniales" ».

22 E. Blanchard et J. Glasman, « Le maintien de l'ordre dans l'empire français : une historiographie émergente », J.-P. Bat et N. Courtin (dir.), *Maintenir l'ordre colonial. Afrique et Madagascar, XIX^e-XX^e siècles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012, p. 13. Bien que le texte soit au départ pensé nominativement pour celles de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion le pouvoir colonial se réfère constamment au sénatus-consulte du 3 mai 1854 dans l'organisation des colonies, qui précise en son article 18 que ces dernières « seront régies par décrets de l'Empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un sénatus-consulte ».

23 H. Bonin, *L'empire colonial français : de l'histoire aux héritages*, Malakoff, Armand Colin, 2018, p. 87 : « L'Afrique subsaharienne regroupe quelque 500 fonctionnaires d'autorité en 1907, dont 70 diplômés de l'École coloniale ; les "administrateurs" sont au nombre de 385 en AOF en 1937 et de 366 en AEF en 1928 ».

24 *Journal officiel de la République française*, 24 novembre 1903, p. 7092.

25 B. Brunet-Laruche, *La justice pénale au Dahomey*, mémoire, sous la direction de S. Eckert-Dulucq, histoire, université de Toulouse II - Le Mirail, 2008, p. 27.

26 J. Clauzel, *La France d'outre-mer (1930-1960). Témoignages d'administrateurs et de magistrats*, Paris, Karthala, 2003, p. 661.

- 27 E. Sibeud, « “Science de l’homme” coloniale ou science de “l’homme colonial” ? Rapports de genres et ethnographie coloniale en Afrique française au début du ^{xx}^e siècle », A. Hugon (dir.), *Histoire des femmes en situation coloniale. Afrique et Asie, ^{xx}^e siècle*, Paris, Karthala, 2004, p. 187.
- 28 B. Brunet-La Ruche, « *Crime et châtement aux colonies* » : poursuivre, juger, sanctionner au Dahomey de 1894 à 1945, thèse, sous la direction de S. Dulucq, histoire, université Toulouse Le Mirail - Toulouse II, 2013, p. 248. En l’occurrence, les administrateurs coloniaux voient d’un mauvais œil la préséance de juges locaux des pratiques sorcellaires et préféreraient que les tribunaux de subdivision soit présidés par un magistrat français. En conséquence, les actes réprimés échappent largement aux tribunaux indigènes et se règlent au sein des communautés.
- 29 Voir à ce sujet A. Enders, « L’école nationale de la France d’Outre-mer et la formation des administrateurs coloniaux », *Revue d’Histoire Moderne & Contemporaine*, vol. 2, n° 40, 1993, p. 272-288 ; J.-C. Farcy, « Quelques données statistiques sur la magistrature coloniale française (1837-1987) », *Clio@Themis*, n° 4, 2011, <http://journals.openedition.org/cliiothemis/1367> (consulté le 30/04/2024).
- 30 F. Renucci, « Introduction. Premières conclusions et pistes ouvertes », F. Renucci (dir.), *Dictionnaire des juristes. Colonies et Outre-mer. ^{xviii}^e-^{xx}^e siècle*, Rennes, PUR, 2022, p. 27.
- 31 G. François, *Le Gouvernement général de l’Afrique Occidentale Française*, Paris, Larose, 1908, p. 28 : « On sait les dangers d’erreur que présente en Afrique ce mode de preuve [la preuve testimoniale], les droits et les intérêts des parties en cause sont absolument à la merci de l’honnêteté et de la bonne foi de quelques individus ».
- 32 A. Retel-Laurentin, *Sorcellerie et ordalies. L’épreuve du poison en Afrique noire, essai sur le concept de négritude*, Paris, Anthropos, 1974, p. 205. Les cartes contenues aux pages suivantes permettent de se constituer un panorama représentatif des occurrences d’épreuves ordaliques. Voir aussi J. Fralon et C. Garnier, *Le fétichisme en Afrique noire*, Paris, Payot & Rivages, 1950 ; N. Rouland, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991 ; E. A. Amouzou, *Le développement de l’Afrique à l’épreuve des réalités mystiques et de la sorcellerie*, Paris, L’Harmattan, 2010 ; R. Verdier, N. Kalnoky et S. Kerneis (dir.), *Les Justices de l’Invisible*, Paris, L’Harmattan, 2013.

- 33 M.-T. Mangue, « La jeunesse camerounaise et les phénomènes de sorcellerie. Essai d'interprétation sociologique », É. de Rosny (dir.), *Justice et sorcellerie. Colloque international de Yaoundé (17-19 mars 2005)*, Paris, Karthala, 2006, p. 122.
- 34 M. Augé, « Les croyances à la sorcellerie », M. Augé (dir.), *La construction du monde. Religion/Représentations/Ideologies*, Paris, Maspéro, 1974, p. 55.
- 35 L. Obadia, *La sorcellerie*, Paris, Le Cavalier bleu, 2005, p. 16. En 2004, Charles Lancelin évoque déjà le parallèle entre sorcellerie et religion dans *La sorcellerie des campagnes*.
- 36 M. Augé, *Théorie des pouvoirs et idéologies. Étude de cas en Côte-d'Ivoire*, Lyon, ENS Éditions, 2020, p. 123 : « the study of wizardry is almost the study of the beliefs which people have about the capabilities and activities of others and the actions which they take to avoid attacks or to counter them when they believe they have occurred. [...] in the field of wizardry we are dealing primarily with ideas which people have concerning the secret maleficent acts of others ».
- 37 Voir à ce sujet E. E. Evans-Pritchard, *Sorcellerie, oracles et magie chez les Azandé*, Paris, Gallimard, 1972 ; M. Marwick (dir.), *Witchcraft and Sorcery*, New York, Penguin Books, 1982.
- 38 M. Douglas, « Thirty Years after Witchcraft, Oracles and Magic », M. Douglas (dir.), *Witchcraft Confessions and Accusations*, Londres, Tavistock, 1970, p. xxix.
- 39 M. Cavina, « Il missionario, il giudice, il legislatore. Decrittazioni giuridiche della stregoneria nell'Africa occidentale subsahariana (sec. XVII-XX) », *Historia et Ius*, n° 17, 2020, p. 38.
- 40 Sur les liens entre les deux notions, voir C. Raynaud-Paligot, *L'École aux colonies. Entre mission civilisatrice et radicalisation (1816-1940)*, Ceyzérieu, Champ Vallon, 2021 ; T. Vennes, *Civiliser et discipliner : la mission civilisatrice et la culture militaire coloniale lors de la guerre du Bani-Volta (1885-1919)*, mémoire, sous la direction de A. Barros, histoire, Université du Québec, Montréal, 2022.
- 41 Fondée par le décret du 30 septembre 1887, qui étend le régime de l'indigénat aux territoires français de l'Ouest africain, l'organisation administrative et juridique de l'AOF se développe et se modifie principalement par les décrets du 10 novembre 1903, du 16 août 1912, du 22 mars 1924 et du 3 décembre 1931. Il faut attendre l'année 1946 pour voir la

suppression définitive du régime de l'indigénat par décret le 20 février. Deux mois plus tard, le décret du 30 avril retire aux tribunaux indigènes toute compétence en matière répressive, désormais confiée aux juridictions françaises.

42 *Journal officiel de la République française*, 24 novembre 1903, p. 7096.

43 B. Brunet-Laruche et L. Manière, « De l'“exception” et du “droit commun” en situation coloniale : l'impossible transition du code de l'indigénat vers la justice indigène en AOF », B. Piret, C. Braillon, L. Montel et P.-L. Plasman (dir.), *Droit et Justice en Afrique coloniale. Traditions, productions et réformes*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2019, p. 119.

44 Quant aux liens entre le régime de l'indigénat et la sorcellerie, voir L. Manière, *Le code de l'indigénat en Afrique occidentale française et son application : le cas du Dahomey (1887-1946)*, thèse, sous la direction d'O. Goerg, histoire, université Paris Diderot - Paris 7, Paris, 2007.

45 B. Durand, « Prolégomènes. Les Justices indigènes : un état des lieux par les autorités coloniales », B. Durand, M. Fabre et M. Badji (dir.), *Le Juge et l'Outre-Mer. Les dents du dragon : justitia illiterata, æquitate uti ?*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2010, p. 24. Le décret du 22 mars 1924 rend la conciliation obligatoire, mais elle reste toujours limitée dans ses objets.

46 L'article 22 du Pacte de la Société des Nations (SDN) de 1919 insiste fortement sur l'idée que « le bien-être et le développement de ces peuples [non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne] forment une mission sacrée de civilisation ».

47 R. Delavignette, *Service africain*, Paris, Gallimard, 1946, p. 90.

48 Voir à ce sujet C. Guiard, « Être féministe en contexte colonial dans l'Algérie des années 1930. Les militantes de l'Union française pour le suffrage des femmes », *Revue historique*, n° 673, 2015, p. 125-148.

49 Voir à ce sujet P. Barthélémy, « 1931. Une porte de Paris s'ouvre sur le monde », P. Boucheron (dir.), *Histoire mondiale de la France*, Paris, Seuil, 2017, p. 606-609. Il faut noter que les États généraux du féminisme s'avèrent peu concluants quant à une amélioration de la condition des femmes locales ; voir à ce sujet R. Goutalier, « Les États généraux du féminisme à l'Exposition coloniale, 30-31 mai 1931 », *Revue française d'histoire moderne et contemporaine*, vol. 36, n° 2, 1989, p. 266-286.

50 Union française pour le suffrage des femmes.

51 C. Brunschvicg, « États généraux du féminisme. Les Femmes dans la France Coloniale », *La Française*, n° 975, 1931, p. 1, https://www.archivesdufeminisme.fr/wp-content/themes/mastertheme/img/articles_la_francaise/0975-1.pdf (consulté le 05/04/2024).

52 Voir à ce sujet A. Viollis, *Indochine S.O.S.*, Paris, Les Bons Caractères, 2008 ; A.-A. Jeandel, Andrée Viollis. *Une femme grand reporter. Une écriture de l'événement, 1927-1939*, Paris, L'Harmattan, 2006.

53 La colonialité du genre sera le thème retenu par le numéro 6 de la revue *Intersections*. « Appel à contributions pour le n° 6 La colonialité du genre : perspectives juridiques », 18 février 2025, <https://revue-intersections.parisnantes.fr/index.php/accueil/announcement/view/7>, (consulté le 21/03/2025).

54 M. Lugones, « La colonialité du genre », *Les cahiers du CEDREF*, n° 23, 2019, p. 51, <http://journals.openedition.org/cedref/1196> (consulté le 30/04/2024).

55 A. Quijano, « “Race” et colonialité du pouvoir », *Mouvements*, n° 51, 2007, p. 112.

56 Voir à ce sujet Société africaine de culture (dir.), *La civilisation de la Femme dans la tradition africaine. Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972*, Paris, Présence Africaine, 1975.

57 Voir à ce sujet F. Sow (dir.), *La recherche féministe francophone*, Paris, Karthala, 2009 ; E. Bouilly et M. N'Diaye, « “Étudier l'anti-genre en Afrique : un phénomène social orphelin d'un concept, vraiment ?” Entretien avec Patrick Awondo, Rose Ndengue et Fatou Sow », *Politique africaine*, vol. 4, n° 168, 2004, p. 115-133.

58 F. Beuvier, « Insaisissable sorcellerie. Législation, compétence et pratique au Cameroun (1916-1959) », *Cahiers d'études africaines*, vol. 58 ; n° 231-232, 2018, p. 603.

59 Ces centres d'archives, en particulier pour l'ANS, sont privilégiés par rapport à ceux d'autres colonies composant la fédération de l'AOF car l'ensemble de la documentation coloniale est amenée à transiter par Dakar avant d'être envoyée à la métropole. Les ANS conservent ainsi une trace des échanges administratifs réalisés dans la fédération coloniale. De plus, l'homologation et l'annulation le cas échéant des décisions rendues par les tribunaux indigènes en AOF sont réalisées par la Chambre d'homologation, à

savoir une formation spéciale de la cour d'appel de Dakar, susceptible de conserver localement les minutes des arrêts rendus. Voir à ce sujet F. Chamelot, « “Se priver d'archives, c'est se priver de mémoire” : la dualité central/local du fonds de l'Afrique occidentale française (AOF) », *La Gazette des archives*, n° 256, 2019, p. 69-80.

60 Désignés respectivement ci-après « CEHS-AOF » et « CAF ». Voir dans l'ouvrage de S. Dulucq et C. Zytnicki (dir.), *Décoloniser l'histoire. De « l'histoire coloniale » aux histoires nationales en Amérique latine et en Afrique (xix^e-xx^e siècles)*, Saint-Denis, Société française d'Histoire d'Outre-mer, 2003, la contribution de M.-A. de Suremain, « Chroniques africanistes ou prémisses à une histoire totale de l'Afrique ? L'histoire coloniale dans le Bulletin du Comité d'études historiques et scientifiques de l'AOF/IFAN, 1916-1960 », p. 39-58 ; ainsi que celle d'A. Piriou, « Intellectuels colonisés et écriture de l'histoire en Afrique de l'Ouest (c. 1920 - c. 1945) », p. 59-81.

61 Parlement panafricain, « Accusations de sorcellerie et d'agressions rituelles : vers l'élimination des pratiques néfastes et autres violations des droits de l'Homme », *Rapport et directives à l'attention des parlementaires*, 2021, p. vii, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-12/PAP-Guidelines-FR.pdf> (consulté le 20/04/2024) : « Les femmes sont affectées de manière disproportionnée par les PNASAR ».

62 B. B. Léopold, « Violences liées aux accusations de sorcellerie et vulnérabilité de la femme âgée en contexte burkinabé », *European Scientific Journal*, vol. 17, 2021, p. 46.

63 B. Brunet-La Ruche, « Crime et châtement aux colonies » : *poursuivre, juger, sanctionner au Dahomey de 1894 à 1945*, op. cit., p. 419.

64 P. O. Seck, « Justice et sorcellerie en Afrique Occidentale et Centrale (1900-1960) », *Droit et Cultures*, n° 46, 2003, p. 124.

65 ANS, 13G382, 1912.

66 M. Sidibé, « Coutumier du cercle de Kita (Soudan Français – A. O. F.) », *Bulletin du Comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique occidentale française*, Paris, Larose, 1933, p. 175.

67 Voir à ce sujet D. Zahan, *Religion, spiritualité et pensées africaines*, Paris, Payot & Rivages, 1980 ; M. Raynal, *Justice traditionnelle, justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, 1994.

68 L. Manière, « Justice indigène et transformations des règles pénales en Afrique occidentale française (1903-1946) », D. Gary-Toukara et

D. Nativel (dir.), *L'Afrique des savoirs au sud du Sahara (xvi^e-xxi^e siècles)*. Acteurs, supports, pratiques, Paris, Karthala, 2012, p. 81 : « Ce rituel de la “promenade” était destiné à confondre l'auteur d'un meurtre. Une fois le village rassemblé, plusieurs officiants portaient le cadavre sur leurs épaules et lui imprimaient un léger balancement. Si le cadavre venait à toucher un individu, celui-ci était accusé d'être le coupable ».

69 G. Thomann, « À la Côte d'Ivoire. La Sassandra », *Bulletin du Comité de l'Afrique française*, Paris, CAF, 1901, p. 140. Il convient de rappeler qu'il ne s'agit pas là de la seule dénomination employée pour désigner la sorcellerie par les populations colonisées.

70 H. H. Mbodj, *L'organisation de la justice pénale en Afrique occidentale française. Le cas du Sénégal de 1887 à l'aube des indépendances (1887-1960)*, thèse, sous la direction de M. Ortolani, droit, université Côte d'Azur, 2017, p. 347.

71 G. Thomann, « A la Côte-d'Ivoire. La Sassandra », *op. cit.*, p. 130.

72 *Ibid.* : « Les indigènes regretteront longtemps encore la suppression de cette coutume, car ils sont persuadés que le bois en question épargne les bons et ne tue que les sorciers. Il serait inutile d'essayer de leur faire entendre raison ».

73 ANOM, FM71 Guernut, 1930.

74 B. Brunet-La Ruche, « Crime et châtiment aux colonies » : poursuivre, juger, sanctionner au Dahomey de 1894 à 1945, *op. cit.*, p. 451.

75 Archives nationales du Bénin (ANB), 1F27, 1906.

76 B. Brunet-La Ruche, « Crime et châtiment aux colonies » : poursuivre, juger, sanctionner au Dahomey de 1894 à 1945, *op. cit.*, p. 440.

77 A. Gilbert-Desvallons et E. Joucla, *Jurisprudence de la Chambre d'homologation*, Gorée, Imprimerie du Gouvernement général, 1910, p. 33.

78 A. Adler, *Roi sorcier, mère sorcière. Parenté, politique et sorcellerie en Afrique noire. Structures et fêlures*, Paris, Le Félin, 2006, p. 23 : « l'Occident est passé par trois étapes dans l'explication des faits de sorcellerie : la sorcière a d'abord été une possédée du démon, puis une malade et enfin, une malade mentale. Nous sommes très loin de l'Afrique ancienne et moderne. ».

79 *Ibid.*, p. 63.

- 80 B. Hoffman, *Les représentations hybrides de la mort dans le roman africain francophone. Représentations négro-africaines, islamiques et occidentales*, Stuttgart, Ibidem, 2014, p. 321.
- 81 M. D. Jackson, « Structure and Event: Witchcraft confessions among the Kuranko », *Man*, vol. 10, n° 3, 1975, p. 400.
- 82 ANS, M. 99 – Justice indigène. Principes. S. 1906-1918, Jugement correctionnel n° 10 de la Province du Guet (27 juin 1911).
- 83 Il faut noter cependant que Demba N’Gom est porté disparu à la date de l’audience. Dam N’Gom, quant à lui, se retrouve orphelin de mère, mais n’est pas concerné par les accusations.
- 84 G. Le Goff, « Les Noirs se suicident-ils en A. O. F. ? », *Bulletin du Comité d’études historiques et scientifiques de l’Afrique occidentale française*, Paris, Larose, 1938, p. 135.
- 85 S. Fancello, « Penser la sorcellerie en Afrique : un défi pour les sciences sociales ? », S. Fancello (dir.), *Penser la sorcellerie en Afrique*, Paris, Hermann Éditeurs, 2015, p. 25 : « Le witch, le “sorcier”, désigne un individu plutôt asocial et maléfique opérant grâce à un pouvoir de dédoublement, de métamorphose et de déplacement de son “âme” alors même que son corps ne quitte pas le lieu où il dort. L’imaginaire collectif zandé attribue ce pouvoir “psychique” à une substance (*mangu*) logée dans son ventre, qui agit sans intermédiaire, de façon invisible, en général la nuit. L’action sorcière proprement dite consiste à “dévorer” la substance vitale (“manger la viande des autres”) et à retirer à la victime toute force et toute vie (même si elle continue à vivre en apparence comme un zombie). Le sorcerer, le “magicien”, est par contre un personnage socialement reconnu, dont le mode opératoire est en principe visible dans le monde du jour. L’efficacité de sa “technique” s’appuie sur la connaissance et la maîtrise des substances végétales ou organiques, les “médecines” (*ngwa*) et l’accomplissement des rites. ».
- 86 Capt. Duffner, « Croyances et Coutumes religieuses chez les Guerzés et les Manon de la Guinée française », *Bulletin du Comité d’études historiques et scientifiques de l’Afrique occidentale française*, Paris, Larose, 1934, p. 545.
- 87 J. Vidal, « La légende officielle de Soundiata. Fondateur de l’Empire Manding », *Bulletin du Comité d’études historiques et scientifiques de l’Afrique occidentale française*, Gorée, Imprimerie du Gouvernement général, 1924, p. 323.

88 Capt. Duffner, « Croyances et Coutumes religieuses chez les Guerzés et les Manon de la Guinée française », *op. cit.*, p. 558 : « il est à tous égards préférable de témoigner ouvertement de la bienveillance aux rites, tout en ne manquant jamais de spécifier que sera inexorablement sanctionnée toute atteinte à la liberté ou à la sécurité ».

89 F. de Coutouly, « Quelques coutumes des Kroumen du Bas-Cavally (Côte-d'Ivoire) », *Bulletin du Comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique occidentale française*, Paris, Larose, 1920, p. 95.

90 *Ibid.*, p. 98.

91 A. M. Nsimba, *La sorcellerie rabique en Afrique. Outils et stratégies pour lutter contre ce fléau*, Paris, Les Impliqués, 2021, p. 23. Voir aussi P. E. Joset, *Les sociétés secrètes des hommes-léopards en Afrique noire*, Paris, Payot, 1955 ; P. Laburthe-Tolra, *Initiations et sociétés secrètes au Cameroun. Essai sur la religion beti*, Paris, Karthala, 1985 ; M. Kamto, « Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme » *Les États d'Afrique noire francophone*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.

92 D. Savineau, *La famille en AOF : Condition de la femme*, Nouvelle édition, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 10.

93 F. de Coutouly, « Cérémonies et épreuves rituelles dans le Bas-Cavally (Côte d'Ivoire) », *Bulletin du Comité d'études historiques et scientifiques de l'Afrique occidentale française*, Paris, Larose, 1921, p. 61.

94 ANS, M93 – Justice indigène. Principes. Con à Cu. 1904-1918, Enquêtes sur la mort du nommé Salé, du village de Cahy.

95 *Ibid.*

96 ANS, M93 – Justice indigène. Principes. Con à Cu. 1904-1918, Rapport sur le jugement rendu le quinze mars mil neuf cent quatorze par le tribunal de Cercle de SOUBRE.

97 ANS, M96 – Justice indigène. Principes. L à N. 1906-1919, Rapport Prouteaux (administrateur de 3^e classe et Commandant de Cercle) sur le jugement du tribunal de cercle de Tabou.

98 *Recueil Dareste*, Paris, G. Godde, 1921, p. 141.

99 É. Gasparini, « La Chambre d'homologation et le contrôle de la justice pénale indigène (AOF et AEF) », B. Durand, M. Fabre et M. Badji (dir.), *Le Juge*

et l'Outre-Mer. *Les dents du dragon : justicia illiterata, æquitate uti ?*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2010, p. 153.

100 ANS, 1G2, p. 42.

101 A. Traoré, *Les coutumes et la justice indigène au Soudan français (1892-1946)*, thèse, sous la direction de É. de Mari, histoire du droit, université de Montpellier, Montpellier, 2021, p. 86.

102 ANS, M93. Justice Indigène. Principes. Con à Cu. 1904-1918, Rapport sur les circonstances de l'affaire des sorciers de la Tribu Pié.

103 *Journal officiel de la République française*, 22 août 1912, p. 7589 : « Art. 45. – La prescription en matière civile et commerciale est de cinq ans. Elle n'existe pas en matière répressive pour les infractions prévues par la coutume. ».

104 Dans les années soixante-dix, sous la conduite du président de la République populaire du Bénin Mathieu Kérékou, la lutte contre la sorcellerie affecte principalement des femmes âgées et isolées ayant perdu des enfants.

105 B. N'Diaye, *La mort des fétiches de Sénégoudou*, Paris, Présence Africaine, 1999, p. 114.

106 H. Solus, « Le Respect des Coutumes Indigènes », *Recueil Dareste*, Paris, 1933, p. 30.

RÉSUMÉS

Français

La littérature scientifique fait état de la sorcellerie comme un des fléaux ravageant l'Afrique subsaharienne occidentale. De par leur position au sein des différents groupes sociaux qui composent les territoires de l'Ouest africain, les femmes sont plus susceptibles d'en subir les retombées. La situation n'est pas nouvelle en ce que la conquête coloniale entre le ^{xix}^e et le ^{xx}^e siècle en a bien conscience, à travers les institutions administratives et judiciaires qu'elle met en place notamment au sein de la fédération de l'Afrique occidentale française (AOF). Néanmoins, le traitement colonial de la sorcellerie féminine au sein de ces territoires ne laisse pas apparaître de véritables distinctions selon le genre des personnes accusées.

English

According to local observers, witchcraft is one of the scourges ravaging black Africa. Because of their position within the various social groups that make up the territories of West Africa, local women are more likely to suffer

the consequences. This situation is not new, as the colonial conquest between the 19th and the 20th century is aware of it, through the administrative and judicial institutions it set up notably in French West Africa (AOF). Nevertheless, the colonial treatment of female witchcraft in these territories does not reveal any real distinctions according to the gender of the accused.

INDEX

Mots-clés

colonisation, femmes, sorcellerie, administration, justice

Keywords

colonization, women, witchcraft, administration, justice

AUTEUR

Maxime Tourette

Doctorant au sein du Centre d'histoire et d'anthropologie du droit (CHAD) à l'université Paris Nanterre. Il rédige actuellement une thèse intitulée « Les crimes rituels en Afrique occidentale. Les pratiques traditionnelles pénalement répréhensibles pour le colonisateur français (1903-1945) » sous la direction de la Professeure Soazick Kerneis.

IDREF : <https://www.idref.fr/285212265>

Analyse critique d'une disposition sexo-spécifique : le délai de viduité de 1804 à 2004

Critical Analysis of a Gender-Specific Provision: The Waiting Period before Remarriage from 1804 to 2004

Marie Dry

DOI : 10.35562/melete.165

PLAN

Introduction

I. Prévenir les atteintes aux bonnes mœurs

A. Une disposition sexo-spécifique

B. Un outil de contrôle des femmes

II. Prévenir la confusion de parts

A. Une disposition disproportionnée

B. Un outil d'assignation à la maternité

Conclusion

TEXTE

Je remercie Julia C. Braunmiller pour l'inspiration de cet article, Myrtille Puiseux pour sa relecture et les examinateurs anonymes de la revue pour leurs suggestions. Je suis particulièrement reconnaissante à Marc Pichard pour sa lecture attentive et ses conseils.

Introduction

- 1 Dans une décision rendue le 27 juin 2023 dans l'affaire Nurcan Bayraktar contre la Turquie, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a estimé que les dispositions du droit turc instituant un délai de viduité étaient contraires à la Convention européenne des droits de l'homme¹. Selon le Code civil turc, une femme divorcée devait observer un délai de trois cents jours avant de pouvoir contracter un nouveau mariage. Dans l'affaire portée devant la CEDH, une femme divorcée cherchait à obtenir une dispense de ce délai sans présenter au tribunal aux affaires familiales de certificat médical attestant qu'elle n'était pas enceinte. Sa demande a été refusée en

vertu de l'article 132 du Code civil turc, lequel disposait que le tribunal pouvait lever ce délai s'il était avéré que la femme en question n'était pas enceinte. La CEDH a considéré que ce refus, en l'absence d'examen médical, portait atteinte au droit au respect de la vie privée, y compris au droit à l'épanouissement personnel et à l'autonomie.

- 2 En outre, la Cour a critiqué la motivation du jugement du tribunal aux affaires familiales turc, lequel affirmait :

« on ne saurait [comparer] la puissance [physique] d'un homme avec celle d'une femme, mais, par la sensibilité et les émotions qui la caractérisent dans son rôle de mère, la femme est beaucoup plus forte que l'homme [...] la capacité de donner naissance est propre à la femme² »

- 3 Pour la CEDH, cette décision s'appuyait sur des stéréotypes de genre qui entravaient la réalisation de l'égalité entre les sexes, un objectif majeur des États membres du Conseil de l'Europe. De plus, pour la Cour, ces stéréotypes *semblaient* être en contradiction avec les normes internationales en matière d'égalité entre les sexes. Bien que la Cour européenne ait adopté une position prudente dans sa formulation³, elle a néanmoins conclu à une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit au respect de la vie privée, ainsi qu'à une violation de l'article 14 combiné avec l'article 12, qui protège le droit au mariage.

- 4 En France, un délai de viduité similaire a été intégré au Code civil de 1804, aux articles 228 et 296. Ces articles, désormais abrogés, prévoyaient un délai de dix mois avant qu'une femme puisse se remarier après la dissolution de son précédent mariage⁴. Le délai de viduité était une disposition légale distincte des clauses de viduité, lesquelles sont des conditions insérées dans un testament ou une donation visant à priver un conjoint du bénéfice d'une libéralité en cas de remariage⁵. Le terme « viduité » vient du latin *vacuitas*, dérivé de *vacuus*, signifiant « vide ». Il évoque le vide laissé par le conjoint décédé, en particulier auprès des veuves⁶. Cette étymologie reflète les origines historiques du délai de viduité, initialement imposé aux femmes veuves après le décès de leur mari. Le terme

« délai de viduité » a cependant subsisté pour désigner à la fois le délai imposé à la suite de la mort du conjoint et celui imposé à la suite d'un divorce.

- 5 Alors que ce délai a été aboli en Belgique dès 1960⁷ et en Espagne en 1981⁸, il est resté en vigueur en France jusqu'au 1^{er} janvier 2005. Dans plusieurs pays à travers le monde, comme l'Uruguay⁹ et le Japon¹⁰, des lois continuent d'imposer un délai de viduité aux femmes avant le remariage. De même, dans certaines anciennes colonies françaises, comme le Gabon et le Niger, où le Code napoléonien de 1804 a été imposé¹¹, un délai de viduité demeure en vigueur¹². Ces dispositions législatives ont cependant été amendées¹³ pour permettre certaines dérogations par rapport à leurs versions d'origine¹⁴. À la lumière de la persistance de ces dispositions dans certains pays, il est important d'examiner les origines historiques du délai de viduité en droit français et ses conséquences sur les inégalités de genre.
- 6 Le délai de viduité s'inscrit dans une longue tradition juridique remontant à l'époque romaine. En droit romain, les premières mentions d'un délai de viduité remonteraient à la période royale¹⁵, où il était alors un temps de deuil imposé. D'une période de tolérance du célibat avant l'application des sanctions issues des lois caducaires pendant l'ère classique, le délai a évolué à un délai formel sous peine de sanctions civiles durant le Bas-Empire romain¹⁶. Durant le Moyen Âge, la doctrine du droit canonique, bien que défavorable aux secondes unions, a choisi de ne pas imposer de délai précis pour le remariage des veuves. Des décrétales papales — notamment celles d'Alexandre III, Urbain III et Innocent III — ont réaffirmé l'absence de délai obligatoire pour les veuves¹⁷ afin, d'après certains commentateurs, qu'elles ne puissent pas mener « dans l'attente, une vie de désordre »¹⁸. À la Renaissance, sous le règne de François II, l'Édit des secondes noces a étendu le délai de viduité à l'ensemble du royaume. Cette mesure a été inspirée par les lois romaines *Feminae* et *Hac edictali lege* du Bas-Empire¹⁹. Elle a été motivée, également, par des considérations successorales à la suite d'un scandale impliquant Catherine d'Aligre, une veuve de haute noblesse, qui s'était remariée avec un homme jeune, entraînant une importante donation au détriment des enfants de son premier mariage²⁰. Au terme des délibérations parlementaires pour la rédaction du premier Code civil

des Français, un délai de viduité de dix mois a été incorporé à celui-ci²¹.

- 7 Ce délai, adopté en 1804, est resté en vigueur en France pendant plus de deux cents ans. L'adoption de la Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 a conduit à la suppression définitive du délai de viduité du Code civil²². Dans un rapport fait au nom de la commission des lois, un député a expliqué que l'abrogation de ces dispositions était « motivée par leur obsolescence et la discrimination qu'elles constituent à l'égard des femmes »²³. Cette mesure a été jugée discriminante en ce qu'elle établissait une différence de traitement entre les femmes et les hommes mais c'est la reconnaissance de sa désuétude qui a permis sa disparition. Cette section de la réforme que porte la loi du 26 mai a été peu discutée, peu débattue et peu commentée²⁴. Cette révision des empêchements au remariage ne représentait pas l'une des principales mesures de cette réforme du divorce²⁵. Si peu discutée, l'abrogation du délai de viduité a conduit à un oubli législatif : la contravention associée dans le Code pénal n'a été supprimée qu'en 2017²⁶. Comme l'a remarqué Françoise Gaspard, « [c]ette réforme s'est faite sans bruit, sans qu'un mouvement la revendique, au détour d'un débat parlementaire. Il s'agissait de prendre acte des progrès de la science »²⁷.
- 8 L'abrogation du délai de viduité a été justifiée par son obsolescence, due aux progrès technologiques, scientifiques et juridiques. Avant ces avancées, le délai avait été délibérément maintenu, considéré comme une nécessité pour éviter la confusion de parts. Par exemple, lors des débats autour de la Loi du 12 juillet 1975, un amendement visant à supprimer le délai de viduité avait été proposé mais le Garde des Sceaux avait alors soutenu : « le délai de viduité est une nécessité »²⁸. Cependant, avec la découverte et la popularisation des tests ADN dans les années 80 et 90²⁹, sa justification principale avait perdu de sa pertinence, puisque ces nouveaux moyens permettaient désormais de déterminer les origines biologiques³⁰. Ce constat soulève la question de savoir si le délai de viduité répondait adéquatement et uniquement à l'objectif de prévenir la confusion de parts. S'il en était ainsi, son maintien jusqu'en 2004 pourrait sembler justifié. Dans le cas contraire, il serait légitime de s'interroger sur sa validité et sa nécessité avant même l'avènement des progrès technologiques et

scientifiques permettant d'apporter de nouvelles preuves de paternité.

- 9 En 1804, le délai de viduité a été adopté pour deux raisons : prévenir la confusion de parts et « éviter l'indécence du remariage hâtif »³¹. Plusieurs auteurs ont souligné ce double motif : Henri Estève évoquait le respect des convenances et la clarté de la filiation³², Louis Vallas citait l'objectif de prévention de la confusion de parts et des « convenances sociales [qui] imposent à la veuve de ne point se remarier avec une trop grande précipitation »³³, tandis que Paul Matard insistait sur la nécessité de prévenir la confusion de parts et un « outrage aux mœurs et à la décence publique »³⁴. Un arrêt de la Cour de Paris du 13 février 1872 allait également dans ce sens : il énonçait « l'article 228 du Code Civil édicte une prohibition d'Ordre Public basée sur le soin de prévenir les filiation équivoques et sur des raisons de décence publique »³⁵. La question qu'il s'agit de se poser réside donc dans la validité de ces deux justifications et dans leur capacité à légitimer le maintien de cette disposition jusqu'en 2004.
- 10 Pour aborder cette problématique, nous examinons l'histoire du délai de viduité par le biais d'une approche critique de genre, afin d'interroger la manière dont ce délai contribue à entériner les inégalités de genre³⁶. Nous analysons les dispositions des articles 228 et 296 du Code civil, leurs différentes modifications entre 1804 et 2004 et la doctrine relative à cet empêchement au remariage. En outre, les travaux et débats parlementaires, la jurisprudence, et des exemples tirés du droit romain sont mobilisés pour démontrer que le délai de viduité est un produit des inégalités de genre ainsi qu'un instrument de légitimation de celles-ci.
- 11 Cette étude examine les deux principales justifications du délai de viduité pour évaluer leur pertinence et leur rôle dans le maintien de cette disposition jusqu'en 2004. Dans un premier temps, l'objectif de prévenir les atteintes aux bonnes mœurs se révèle insatisfaisant, car le délai, en étant sexo-spécifique, impose des normes morales uniquement aux veuves et divorcées, renforçant la différence entre les sexes et la domination masculine (I). Dans un second temps, nous examinons de quelle manière l'argument selon lequel le délai de viduité préviendrait la confusion de parts ne suffit pas à justifier le maintien de cette disposition. Il semble, au premier abord, que ce

motif fait du délai de viduité un outil juridique permettant d'éviter les conflits de présomptions de paternité. Cependant le délai ne répond pas de manière proportionnée à cet objectif, légitimant par ailleurs la subordination des femmes en les assignant à la maternité (II). En entérinant un ordre moral patriarcal et une « assise biologique » de la différence entre les sexes, le délai de viduité n'est pas une mesure sexo-spécifique justifiée par un objectif rationnel, mais plutôt un instrument de contrôle des femmes et de légitimation de la domination masculine.

I. Prévenir les atteintes aux bonnes mœurs

- 12 L'objectif de prévenir les atteintes aux bonnes mœurs a longtemps été invoqué pour justifier l'adoption et le maintien d'un délai de viduité. Cependant, la validité de cet objectif en tant que justification rationnelle mérite d'être examinée. Pour ce faire, nous analysons dans cette partie comment le délai de viduité répondait à ces considérations morales à travers une disposition sexo-spécifique (A), faisant de cette mesure un outil de différenciation des sexes et de perpétuation de la domination masculine (B).

A. Une disposition sexo-spécifique

- 13 Le sens attribué à la prévention des atteintes aux bonnes mœurs a évolué au fil de l'histoire du délai de viduité. Cependant, ce motif remonte à la création du délai en droit romain et constituait initialement la seule considération mobilisée pour imposer cet empêchement au remariage. En répondant à cet objectif par une disposition sexo-spécifique, le délai de viduité n'était pas une mesure neutre en termes de genre mais plutôt une disposition qui entérinait des préceptes moraux applicables uniquement aux femmes divorcées ou veuves.
- 14 En droit romain, faire preuve de respect dans le veuvage se traduisait par le devoir de pleurer convenablement la perte de son conjoint. Pendant la période royale, le délai de viduité était un temps de deuil imposé aux veuves par respect pour leur défunt mari, temps de deuil nommé *Tempus Lugendi*, c'est-à-dire le « temps pour les

pleurs »³⁷. Une veuve se remariant durant cette période de viduité encourait une peine sévère : l'infamie³⁸, qui frappait son père puisqu'elle-même était considérée comme une mineure juridique³⁹. Il est difficile de déterminer avec certitude le moment exact où cette règle a été consacrée en droit romain. Il semble qu'elle remonterait soit au règne de Romulus (753-716 av. J.-C.), le fondateur et premier roi légendaire de Rome, soit à celui de Numa (716-673 av. J.-C.), son successeur⁴⁰.

- 15 Ce motif a perduré en droit français bien qu'il ait été modifié. Avec le déclin de l'influence du Christianisme et par conséquent du droit canonique, le deuil était progressivement moins régulé⁴¹. Ainsi, le délai de viduité ne régissait plus les modalités du deuil de la veuve, mais visait plutôt à défendre un idéal moral lié au respect dû à la mémoire du mari. Plusieurs indices témoignaient de la persistance de cette exigence morale en droit français, notamment le fait que ce délai ne prenait pas fin à l'accouchement⁴² et qu'il s'imposait aux veuves qui ne pouvaient plus avoir d'enfants⁴³.
- 16 Bien que le délai de viduité remplît toujours un objectif de prévention des atteintes aux bonnes mœurs en droit français, le contenu de ces bonnes mœurs avait évolué. La décence ne dictait plus de « pleurer convenablement » son défunt conjoint mais plutôt de faire preuve de modération et de discrétion à la suite de sa mort ou du divorce. Ardeleanu, dans sa thèse intitulée *Du délai de viduité* soutenue en 1911, explicitait ainsi cette exigence morale : pour lui, le délai de viduité prescrivait à la veuve de conserver « une certaine retenue, dans les premiers temps de la mort de son mari et ne pas [faire] scandale par la preuve publique et manifeste de son indifférence, ou même de sa joie »⁴⁴.
- 17 Le délai de viduité tel qu'inscrit dans le Code civil de 1804 établissait une norme morale concernant la conduite à tenir dans les mois qui suivent la dissolution d'un mariage, avec pour objectif de protéger la mémoire du conjoint disparu. Cependant, seules les veuves et les divorcées, tant dans le droit romain que français, étaient tenues de respecter ces exigences de décence. Cette nature sexo-spécifique du délai soulève des interrogations quant au caractère inégalitaire des normes qu'il entérinait.

- 18 L'adoption d'un délai applicable exclusivement aux femmes implique une exigence de décence qui ne s'appliquait qu'à elles, laissant les hommes libres de transgresser ces mêmes normes morales. Le caractère sexo-spécifique du délai de viduité en faisait un instrument d'imposition d'un ordre moral différencié selon le genre.
- 19 En guise de preuve, notons que le législateur a rejeté l'idée d'imposer un délai similaire — bien que plus court — aux hommes. Lors de la rédaction du premier Code civil des Français, le projet soumis à la discussion du Conseil d'État prévoyait un article imposant un délai de viduité de trois mois aux hommes veufs ou divorcés, une disposition qui a fait l'objet de débats. Selon M. Boulay, qui argumentait en faveur de cette mesure, celle-ci permettait de répondre à des considérations de décence. En désaccord, Cambacérès rappelait que ces considérations de décence ne s'appliquaient pas aux hommes car : « n'était-il pas commun de voir un veuf se remarier quarante jours après la mort de sa femme ? Il ne faut pas multiplier les entraves sans aucun profit pour la morale publique ». Bonaparte trancha la question en décidant de s'en remettre aux usages⁴⁵. Or le remariage des veufs, seulement quelques mois après la mort de leur conjointe, n'était plus l'usage au début du XIX^e siècle, les remariages avaient lieu souvent plus tardivement⁴⁶. Pour le premier consul, il n'était donc pas nécessaire d'imposer un délai légal de trois mois car celui-ci aurait été plus « indulgent que l'usage »⁴⁷. Le délai de viduité de trois cents jours imposé aux femmes a donc été adopté sans disposition similaire applicable aux veufs et aux divorcés.
- 20 Précisons que les législateurs du Code civil de 1804 ont, à l'inverse, choisi d'inclure dans ce même Code un délai imposé à tous pour assurer le respect d'autres convenances. Effectivement, selon l'article 297 du premier Code civil des Français, les anciens époux ne pouvaient plus contracter un nouveau mariage dans un délai de trois ans après un divorce par consentement mutuel⁴⁸. L'objectif de ce délai, pour les rédacteurs du Code, était de prévenir un divorce hâtif pour épouser « l'objet de quelque passion nouvelle »⁴⁹ et ainsi encourager la « persévérance des époux »⁵⁰. Ce délai n'a été en vigueur en France que douze ans, entre 1804 et 1816 car le divorce a été aboli en 1816⁵¹. Par la suite, le 27 juillet 1884, le divorce pour faute a été rétabli et assorti d'un délai de viduité imposé aux femmes uniquement⁵². Le divorce par consentement mutuel quant à

lui a été rétabli par la loi du 11 juillet 1975 qui ne l'a pas assorti d'un délai⁵³.

- 21 Il ressort des travaux préparatoires du Code civil que l'imposition d'un délai de viduité sexo-spécifique était délibérée. En cela, le délai de viduité ne constituait pas une condamnation des remariages précoces ou une imposition indifférenciée de normes morales quant à la conduite à adopter après un divorce ou la perte d'un conjoint.
- 22 Le délai de viduité instaure une différence de régime entre les femmes et les hommes quant à la capacité à se remarier à la suite du décès d'un conjoint ou d'un divorce. Il convient d'examiner alors l'ordre moral que le délai de viduité cherchait à protéger afin de démontrer en quoi son contenu, imprégné de stéréotypes de genre, ne permettait pas de justifier rationnellement le maintien de cette disposition.

B. Un outil de contrôle des femmes

- 23 Le délai de viduité traduisait en droit des normes morales qui ne s'imposaient qu'aux femmes à la suite de la dissolution d'un mariage. En vertu de cette disposition, seules les divorcées et veuves étaient légalement tenues de faire preuve de respect, pudeur et retenue dans la période initiale de veuvage ou de divorce. Ainsi, en répondant à des considérations morales, le délai de viduité n'intégrait pas une définition neutre en termes de genre des « convenances », mais plutôt un ordre moral patriarcal qui établit une différence et une hiérarchie entre les sexes.
- 24 Imposer des normes morales différentes aux veuves et aux divorcées par rapport aux veufs et aux divorcés réaffirme la différence entre les sexes. Le délai de viduité reflétait le fait que « nos mœurs, à tort ou à raison, exigent chez la femme une retenue, une pudeur, plus grande que chez l'homme »⁵⁴. Ce faisant, le délai de viduité visait à empêcher l'expression de sentiments romantiques et joyeux, jugée inappropriée chez une veuve ou divorcée, alors que l'expression de ces mêmes sentiments par un veuf ou divorcé n'était pas condamnée de manière similaire.
- 25 Au-delà des sentiments romantiques et joyeux, le délai de viduité cherchait à réguler la sexualité des veuves et divorcées en limitant

leur accès au mariage. En effet, la sexualité, en particulier celle des femmes, fait l'objet de régulations morales et juridiques⁵⁵. En 1981, Rondeau-Rivier expliquait que le délai de viduité pourrait représenter « la survie temporaire de l'obligation de fidélité que les convenances imposaient à la veuve »⁵⁶. Le délai de viduité, en interdisant aux femmes de se remarier pendant une période donnée, les empêchaient d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que leur ancien conjoint. Les bonnes mœurs exigeaient ainsi non seulement de témoigner du respect envers son précédent mari mais aussi de lui rester « sexuellement fidèle » pendant une période allant au-delà de la dissolution des liens matrimoniaux. Cette perspective rappelle la désapprobation chrétienne du remariage, en contradiction avec l'idéal d'un mariage *cum unica et virgine*⁵⁷. Cette désapprobation est explicitée notamment par Tertullien, qui considère qu'il ne peut y avoir qu'« un seul mariage, comme il n'y a qu'un seul Dieu ». Par conséquent, la femme qui se remarie commettrait un adultère⁵⁸.

26 En intégrant un ordre moral ainsi différencié dans le Code civil, le délai de viduité réaffirmait la différence entre les sexes. Cette disposition exigeait des femmes qu'elles fassent preuve de pudeur, de retenue et de chasteté, tandis que les hommes étaient libres de contracter un second mariage dès qu'ils le souhaitaient. Plutôt que de se fonder sur les similitudes entre les femmes et les hommes après la dissolution d'un mariage, cette règle mettait en avant la différence⁵⁹ et en utilisant le genre comme une distinction pertinente pour restreindre ou non la liberté matrimoniale, inscrivait cette différence entre les sexes en droit⁶⁰.

27 Comme le soulignait Joan W. Scott dans un article de 1986, le droit, comme d'autres institutions normatives, joue un rôle clé dans la définition et la construction d'une vision binaire et hiérarchisée du genre⁶¹. En prescrivant des normes morales applicables uniquement aux femmes, le délai de viduité n'affirmait pas seulement que ces dernières sont différentes des hommes mais également qu'elles leur sont inférieures. Ainsi, le délai de viduité n'était pas seulement un outil de différenciation entre les sexes mais également un outil de domination masculine. Cette disposition établissait une hiérarchie entre les sexes en indiquant que le mari méritait le respect et la fidélité de sa femme au-delà du mariage du fait de son statut,

tandis que la femme était tenue de lui témoigner respect et obéissance en tant qu'inférieure.

- 28 Les articles 228 et 296 du Code civil obligeaient les femmes à faire preuve de respect envers leur ancien conjoint, car le mari était considéré comme méritant ce respect. Cette idée était visible également dans différentes itérations du délai de viduité en droit romain, qui imposaient qu'une veuve était tenue de respecter la mémoire de son mari après sa mort, s'il était jugé que ce dernier méritait un tel honneur. À cet égard, la Loi des Douze Tables (451-449 av. J.-C.) disposait qu'une veuve devait rester fidèle à la mémoire de son époux pendant l'année suivant son décès sauf si, par exemple, le mari avait été condamné pour « crime de haute trahison » et s'était donné la mort « motivé par les remords que des crimes passés faisaient peser sur sa conscience »⁶². Ces exceptions démontraient que l'objectif du délai était de permettre à la veuve de pleurer son défunt mari lorsque celui-ci méritait cet honneur, en tant que *paterfamilias*⁶³. Dans le Code de 1804, le mari conservait un statut supérieur au sein de la famille ce qui pourrait justifier l'imposition d'un comportement spécifique attendu de la veuve ou divorcée. En effet, le mari détenait la puissance paternelle⁶⁴, c'est-à-dire l'autorité exclusive sur les enfants pendant le mariage (art. 373), le droit de correction (arts. 375 et s.) et la jouissance des biens des enfants durant le mariage (art. 384). La femme, quant à elle, devait obéissance au mari (art. 213) et en tant que mère son rôle se réduisait « principalement à une influence morale et de bon conseil »⁶⁵.
- 29 Le délai de viduité reflétait par conséquent la domination masculine au sein de la famille et renvoyait également à son corollaire : la subordination des femmes. En conditionnant le comportement des femmes à des normes morales et en condamnant les écarts à celles-ci, le délai de viduité rappelait que les mœurs considéraient la femme comme inférieure à l'homme, dévouée à l'entretien de sa famille et tenue de faire les sacrifices nécessaires pour protéger sa réputation et sa mémoire. En cela, le délai de viduité ne se contentait pas d'institutionnaliser une distinction entre les sexes, il instituait également une hiérarchie entre eux. Théophile Huc, dans son ouvrage *Commentaire théorique et pratique du Code civil français* publié en 1892, expliquait à cet effet :

« L'année de deuil ou de viduité est, en effet, consacrée par les plus anciennes traditions. Mais ces traditions remontent aux époques où la femme était considérée comme tout à fait inférieure à l'homme, obligée à ce titre de porter le deuil de son mari, alors que l'homme était affranchi de semblables exigences »⁶⁶

- 30 Prévenir les atteintes aux bonnes mœurs était un objectif ancien du délai de viduité. Il a parfois, en droit romain, été le seul et principal fondement expliquant l'instauration d'une telle disposition et a perduré avec l'inclusion de celle-ci dans le Code civil. Cependant, ce motif ne permet pas de justifier le maintien du délai de viduité jusqu'en 2004 car son caractère sexo-spécifique traduisait en droit des normes morales patriarcales qui réaffirmaient la différence entre les sexes et la domination masculine.
- 31 Le caractère moral du délai de viduité s'est réduit peu à peu au cours du ^{xx}e siècle, lorsque des nouvelles possibilités de dérogations ont été progressivement aménagées⁶⁷. Le recul des considérations morales sous-tendant le délai de viduité a mis davantage en avant un second motif, celui de prévenir la confusion de parts. Cette justification était alors considérée comme le « but principal »⁶⁸ ou même la « véritable et unique raison d'être »⁶⁹ du délai.

II. Prévenir la confusion de parts

- 32 Après avoir examiné l'objectif de prévenir les atteintes aux bonnes mœurs dans la première partie, nous abordons maintenant le deuxième objectif qui était poursuivi par le délai de viduité : prévenir la confusion de parts. À première vue, ce second motif semble, au contraire du précédent, proposer une justification rationnelle au maintien du délai de viduité. Cependant, le délai de viduité constituait une réponse disproportionnée et inadaptée à cet objectif (A) qui agissait comme un outil d'assignation des femmes à la maternité (B).

A. Une disposition disproportionnée

- 33 Le délai de viduité avait pour but de prévenir la confusion de parts, un objectif considéré comme crucial tant en droit romain qu'en droit

français. Toutefois, cette disposition se révélait disproportionnée, notamment dans sa durée par rapport à l'objectif visé. De plus, l'objectif même de prévenir la confusion de parts pouvait être remis en question. Ainsi, il devient de plus en plus évident que cette justification qui a permis de maintenir le délai de viduité dans le Code civil pendant plus de deux siècles n'est pas convaincante.

- 34 Le délai de viduité prévenait la confusion de parts en contraignant les veuves et les divorcées à attendre dix mois, ou trois cents jours, avant de se remarier puisque le mariage, en droit français, faisait naître une nouvelle présomption de paternité au profit du nouvel époux qui pouvait entrer en conflit avec celle de l'ancien mari. Conformément aux dispositions du Code civil de 1804, la présomption de paternité commençait cent quatre vingts jours après le prononcé du mariage et s'étendait trois cents jours après la dissolution de celui-ci⁷⁰. En s'abstenant de se remarier pendant cette période, les veuves ou les divorcées évitaient une situation où deux présomptions de paternité pouvaient entrer en conflit.
- 35 Prévenir la confusion de parts était considéré comme un enjeu important, justifiant la restriction de la liberté matrimoniale des femmes engendrée par le délai de viduité. Les sanctions, parfois sévères, toujours associées à la violation du délai au cours de l'histoire de celui-ci, témoignaient de l'importance accordée à cet objectif. Par exemple, certains Empereurs romains chrétiens ont promulgué diverses peines patrimoniales pour dissuader les femmes de transgresser ce délai. En 382 ap. J.-C., la Constitution *Feminae Quae* de Théodose imposait qu'une femme qui se remarierait avant l'expiration du délai de viduité n'avait pas le droit de donner à son nouveau mari plus d'un tiers de ses biens. En outre, elle était elle-même privée du droit d'hériter *ab intestat* de ses parents au-delà du troisième degré et de bénéficier d'une succession testamentaire de son ancien conjoint⁷¹. Ces mesures visaient à condamner fermement la possibilité de confusion de sang, en latin *perturbatio sanguinis*⁷², tout en appauvrissant les veuves et les divorcées, ce qui rendait plus difficile la tâche de trouver un époux⁷³.
- 36 De même, le droit coutumier en France au ^{xvii}^e siècle a parfois adopté des sanctions similaires. La coutume de Clermont en Argonne et les coutumes de Gorze disposaient par exemple que la veuve perdait sa

part d'héritage — le douaire — si elle avait « abusé de son corps ». Des arrêts rendus par le tribunal de Rouen en 1649 et le Parlement de Paris en 1664 ont privé de leurs douaires deux veuves qui s'étaient remariées respectivement vingt cinq jours et trois jours après le décès de leur mari ⁷⁴. Ces peines illustraient l'importance que revêtait alors l'observation du délai de viduité aux yeux du législateur et de certains magistrats.

- 37 Ces sanctions n'ont cependant pas été adoptées lors de la codification, malgré des demandes en ce sens de la part de tribunaux de régions du droit écrit ⁷⁵. En 1810, le premier Code pénal de l'Empire français a précisé la question de la sanction associée au non-respect du délai de viduité. L'article 194 de ce Code disposait que l'officier d'état civil qui recevait, avant expiration du délai prescrit par l'article 228, l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée était passible d'une amende de seize à trois cents francs. Ainsi, c'était l'officier d'état civil qui prononçait un mariage en violation des empêchements établis dans le Code civil qui encourait une amende, alors que la femme qui se remariait avant l'expiration du délai n'encourait aucune sanction. Dans sa thèse *Des Seconds Mariages*, Rousseau le déplorait : « l'impunité la plus complète est acquise à la veuve trop prompte à convoler » ⁷⁶.
- 38 Toutefois, bien qu'une veuve ou une divorcée pouvait se remarier sans encourir de sanction avant la fin du délai de viduité, cette mesure conservait une importance fondamentale. Le langage employé dans la doctrine le démontrait en associant ce motif de prévenir la confusion de parts à un impératif catégorique : Rousseau parlait de « conjurer ce danger » ⁷⁷, tandis qu'Ardeleanu affirmait que sans ce délai, l'« incertitude eût été éminemment scandaleuse et déplorable » ⁷⁸. Cependant, la question de savoir si le délai constituait une mesure proportionnée par rapport à l'objectif visé se pose.
- 39 La durée du délai était un enjeu central dans l'appréciation de son caractère proportionné. Cette durée a évolué tout au long de l'histoire de cette disposition en droit romain et en droit français. Par exemple, sous le règne de Gratien et Valentinien (380-382 ap. J.-C.), le délai de viduité auparavant de dix mois a été étendu à une année ⁷⁹. En droit français, entre sa promulgation et son abrogation, la durée du délai de viduité a également subi des ajustements. Initialement, la

durée du délai a été fixée à dix mois, durée estimée suffisante compte tenu du fait que dix mois correspondait à la durée maximale d'une gestation. En 1804, le calendrier républicain était encore en vigueur, ce qui signifiait que dix mois pouvaient contenir trois cents, trois cent trois ou trois cent six jours⁸⁰. Lorsque le calendrier grégorien est remis en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1806, le délai de dix mois comprenait trois cent trois à trois cent cinq jours⁸¹. En 1907 pour le divorce et en 1919 pour le veuvage, le délai a été abaissé de dix mois à trois cents jours⁸².

- 40 Par ailleurs, le point de départ du délai qui a fait l'objet de débats au cours du XIX^e siècle a pu contribuer à allonger considérablement sa durée. À partir de 1884, dans les cas de divorce pour faute, le délai ne commençait plus à courir « après le divorce prononcé » mais « après que le divorce sera devenu définitif ». L'hésitation était alors la suivante : le délai commence-t-il à courir à partir du jour du jugement ou du jour de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil ? La règle était d'abord incertaine et des interprétations contradictoires ont été proposés par divers tribunaux et circulaires⁸³. En 1899, dans l'affaire de Dame Marie-Eugénie Lucas, le Tribunal civil de la Seine a fixé le point de départ du délai de viduité au jour de la transcription du jugement⁸⁴, prolongeant ainsi le délai au-delà des dix mois prescrits par la loi. En l'espèce, Dame Lucas a été contrainte d'attendre plus de quinze mois avant de se remarier, en raison du temps nécessaire à l'épuisement des voies de recours et des délais associés⁸⁵. La question du point de départ du délai de viduité en cas de divorce a été tranchée par le législateur en 1907⁸⁶ afin de mettre fin à cet allongement parfois considérable, qualifié par certains de « véritable cruauté »⁸⁷, en particulier dans les cas de divorce par conversion du jugement de séparation de corps⁸⁸.
- 41 Toutefois, même contenue à dix mois ou trois cents jours, la durée du délai de viduité restait excessive et disproportionnée au regard de l'objectif de prévention de la confusion de parts. Selon plusieurs auteurs, un délai de quatre mois aurait été suffisant pour atteindre l'objectif visé⁸⁹. En effet, les règles de présomption de paternité étaient les suivantes : selon les articles 312 et 314 du Code civil, le mari était le père de l'enfant qui naît cent quatre-vingts jours après le début du mariage et jusqu'à trois cents jours après sa dissolution⁹⁰. Or si une femme se remariait quatre mois (environ cent vingt jours)

après la dissolution de son premier mariage, si elle accouchait dans les six premiers mois (soit moins de cent quatre-vingts jours) de son deuxième mariage, la présomption de paternité qui entraînait en jeu était celle du premier mari. Si une femme se remariait quatre mois (environ cent vingt jours) après la dissolution de son premier mariage et qu'elle accouchait six mois (cent quatre-vingts jours) après son remariage, l'enfant était présumé du deuxième mari puisque plus de trois cents jours se seraient écoulés depuis la dissolution du premier mariage et plus de cent quatre-vingts jours depuis le début du second mariage⁹¹. En articulant le délai de viduité avec les règles de présomption de paternité, il était donc possible de réduire le délai à seulement quatre mois pour prévenir adéquatement la confusion de parts. Ainsi, l'ancrage de la durée du délai de viduité dans la durée maximale estimée d'une gestation ne semble pas correspondre à une restriction minimale et nécessaire de la liberté matrimoniale des femmes pour atteindre un objectif rationnel.

- 42 En plus d'être une restriction disproportionnée pour prévenir la confusion de parts, le délai de viduité constituait une mesure préventive — puisque c'était un empêchement dirimant⁹² — qui répond à un objectif intrinsèquement peu convaincant. Le délai de viduité n'a été abrogé qu'en 2004 en France, lorsque des tests biologiques ont permis de fournir une réponse basée sur les « origines biologiques » aux conflits de présomptions. Jusqu'alors, il était jugé nécessaire d'éviter ces conflits tant qu'une réponse conforme à la « vérité biologique » ne pouvait être garantie, bien qu'une solution juridique aurait pu être envisagée.
- 43 Plusieurs auteurs avaient proposé des réponses que le droit pouvait apporter à ces conflits de présomption : les présomptions pourraient se neutraliser mutuellement, nécessitant de trancher la question en fait, en appréciant s'il y a eu une réunion de fait entre les époux ; la présomption incontestable pourrait prévaloir ; ou encore, l'enfant pourrait être autorisé à choisir d'établir un lien de filiation plutôt qu'un autre⁹³. Même si le droit aurait pu concevoir une solution aux conflits de présomptions de paternité, il demeure qu'il pouvait sembler préférable de prévenir de telles situations. Toutefois, l'argument de la restriction de la liberté matrimoniale des femmes uniquement pour des raisons de commodité ou de préférence apparaît, une fois de plus, peu convaincant.

- 44 Le délai de viduité avait pour avantage, en creux de cet objectif de prévenir les conflits de présomption, de rechercher une concordance entre le sang et le droit. Comme l'a rappelé le Conseil d'État en 2018, la philosophie des règles d'établissement de la filiation repose « sur la vraisemblance, le sens de la présomption et de la reconnaissance étant de refléter une vérité biologique »⁹⁴. La tentative de prévenir la confusion de parts en empêchant les femmes de se remarier, et donc d'avoir des relations sexuelles avec un autre homme, visait donc en réalité à faire concorder la présomption de paternité avec des origines biologiques vraisemblables. Cette conception de la filiation ancrerait celle-ci dans une « vérité biologique ». Toutefois, cette définition « biologisante » de la filiation naturalisait et figeait les rôles des pères et mères, car elle réaffirmait la différence entre les sexes en mettant l'accent sur la contribution génétique à la procréation dans l'attribution de la paternité. Pourtant, d'autres modes d'établissement de la filiation, comme la possession d'état ou l'adoption, permettent d'établir la filiation sans la faire concorder avec une « vérité biologique ». Renforcer l'attention de l'établissement de la filiation sur la « vérité biologique » réinscrivait en droit la différence entre les sexes, par le biais de rôles procréatifs différenciés par le genre et considérés comme complémentaires.
- 45 Le délai de viduité se révèle ainsi inadapté et excessif dans sa tentative de prévenir la confusion de parts. En renforçant le besoin de prévenir cette « confusion », ou plutôt de possibles écarts entre le sang et le droit, il réitérait la prévalence d'une filiation basée sur une supposée « vérité biologique ». Cette conception de la filiation, enracinée dans des rôles reproductifs genrés, assigne les femmes à la maternité, rôle complémentaire à celui des hommes qui contribuent génétiquement à la procréation. Par conséquent, en agissant comme un dispositif sexo-spécifique ayant pour motif principal de prévenir la confusion de parts, le délai de viduité renforçait et naturalisait la différence entre les sexes.

B. Un outil d'assignation à la maternité

- 46 En visant à prévenir la confusion de parts, le délai de viduité subordonnait la liberté matrimoniale des femmes à la maternité. Ainsi, cette disposition entérinait une conception binaire et

biologiquement déterminée des différences entre les sexes, contribuant à légitimer la subordination des femmes et à renforcer les inégalités de genre.

- 47 Annick Batteur et Laurence Mauger-Vielpeau justifiaient le caractère sexo-spécifique du délai de viduité en le présentant comme une nécessité pour prévenir la confusion de parts, affirmant que cette mesure, « par la nature même des choses, ne s'imposait qu'à la femme »⁹⁵. Par l'intermédiaire de la formule « par la nature même des choses », ces auteures renvoyaient à la spécificité sexuée de la grossesse et de l'accouchement. L'empêchement que constituait le délai de viduité était donc jugé « très supportable »⁹⁶ puisqu'il découlait « tout à fait logiquement »⁹⁷ d'une fonction reproductive assignée aux femmes. Du fait de l'accouchement, il était considéré comme acceptable de restreindre la liberté matrimoniale des femmes, qui portaient « naturellement [...] le poids essentiel » de « la sanction des incertitudes de la filiation »⁹⁸, afin d'établir une paternité ancrée dans une « vérité biologique » et la légitimité des enfants à naître. L'inégalité entre les femmes et les hommes face au droit au remariage était donc perçue comme une conséquence inévitable du fait que les femmes accouchaient.
- 48 Cependant, cette restriction au remariage était appliquée sans tenir compte de l'état de grossesse ni de la capacité reproductive effective des femmes. Jusqu'en 1922, le délai ne prenait pas fin après un accouchement⁹⁹. Ainsi, une veuve qui avait déjà accouché d'un enfant dont le père était son précédent mari restait empêchée de se remarier, même si elle ne pouvait évidemment plus tomber enceinte de son défunt conjoint. Seule sa capacité à être enceinte déterminait son statut et l'étendue de sa liberté matrimoniale, plutôt que le risque de confusion de parts. La réforme de 1922, qui a permis aux femmes d'abréger le délai de viduité après un accouchement semblait alors le détacher d'une assignation forcée à la maternité. Cependant, ce détachement demeurerait incomplet car le délai continuait de s'appliquer à de nombreuses situations où l'incapacité des veuves ou des divorcées à porter un enfant de leur précédent mariage n'était pas prise en compte. Les femmes ménopausées ou infertiles étaient soumises au délai de viduité de la même manière que les femmes en âge de procréer. Ainsi, la liberté matrimoniale des femmes était déterminée par leur genre et non par leurs capacités reproductives.

- 49 Cette distinction basée sur le genre met en scène la différence entre les sexes, érigeant les différences sexuelles et biologiques assignées aux femmes et aux hommes comme critère d'octroi de droits et de libertés. Le délai de viduité découlait d'une différence, réelle ou supposée, entre les sexes : les femmes, définies par leur capacité à être enceinte, étaient soumises au délai, tandis que les hommes, dépourvus de cette capacité, étaient libres de se remarier à leur guise. Le droit participe ici à la construction du genre, comme l'explique Danièle Lochak :

« Pourtant, c'est le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en "hommes" et "femmes", institutionnalise ainsi la différence des sexes ; c'est le droit qui décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère pertinent pour conférer droits et obligations ou régler certaines situations »¹⁰⁰.

- 50 Au-delà de faire du genre une condition de restriction de la liberté matrimoniale, le délai de viduité et ses différentes itérations révélaient l'ingérence des normes juridiques dans la liberté reproductive des femmes. À plusieurs reprises en droit romain et en droit français, des conditions de levée ou restriction du délai ont été admises afin d'encourager — et d'assigner — les femmes à la maternité. En ce sens, le délai de viduité permet d'illustrer la « maternalisation » du corps féminin par le droit comme souligné par Mary Joe Frug dans son *Postmodern Feminist Legal Manifesto* publié en 1992 où elle affirme qu'« [u]n autre sens de "corps féminin" est donc un corps qui est "destiné" à la maternité. Le discours juridique soutient cette signification »¹⁰¹.
- 51 En 1922, à la suite de la Première Guerre mondiale, le législateur français a admis que le délai de viduité prenne fin après l'accouchement afin de favoriser les remariages et la natalité¹⁰². La raison de l'adoption de cette réforme était la volonté de repeupler le pays après la guerre. C'est dans le but de permettre aux femmes de « remplir leur rôle de mères » que le législateur a consenti à réduire la portée du délai de viduité. Alors que les femmes ne sont ni électrices ni éligibles à la Chambre des députés, le législateur décidait des normes nécessaires ou superflues permettant d'encourager ou de restreindre la liberté reproductive des femmes.

Jane Misme, journaliste féministe française, critiquait cette ingérence des législateurs dans son texte intitulé « La maternité est-elle une vocation ? » :

« Mais n'est-il pas étrange que dans la propagande pour la natalité ce soient presque toujours des hommes qui décident de ce qui convient ou ne convient pas aux femmes. Évidemment, ils sont entraînés par une vieille habitude de commander en toutes choses. Si j'étais homme, je me sentirais, je crois, cependant un peu gêné sur ce chapitre »¹⁰³.

De même que les empereurs romains promulguaient des lois caduques pour pénaliser les célibataires et encourager la natalité afin de repeupler Rome¹⁰⁴, le législateur français de l'entre-deux-guerres modulait l'étendue de la liberté matrimoniale des femmes en fonction des « besoins reproductifs » de l'État. Bien que ces besoins permettent d'admettre des dérogations au délai de viduité, ils conditionnaient toujours les droits des femmes à la maternité.

- 52 En 1928, la loi relative aux seconds mariages aménageait de nouvelles dérogations permettant de mettre fin au délai de viduité. Un sénateur expliquait ainsi l'esprit de la réforme : « nous nous sommes inspirés d'une pensée généreuse qui s'est manifestée dans notre législation, surtout depuis la guerre, avec la diminution de la natalité »¹⁰⁵. Cette réforme donnait entre autres le pouvoir au juge civil du tribunal compétent pour la célébration du mariage de raccourcir le délai, à la demande simple des intéressés, si les circonstances montraient qu'il n'y avait pas eu cohabitation entre les époux depuis trois cents jours¹⁰⁶. L'adoption de cette loi avait donné lieu à un vif débat au Sénat. Les défenseurs de la réforme affirmaient que celle-ci ne portait pas atteinte au délai mais au contraire l'améliorait en le « purifi[ant] par les exceptions »¹⁰⁷. Un sénateur, qui essayait de rassurer ses collègues inquiets par la portée de la proposition, expliquait que ce n'était :

« pas de plein droit que la femme pourra se remarier avant les dix mois, il faudra qu'elle aille devant le président du tribunal, qu'elle apporte ses justifications, que ce magistrat, puisse au besoin procéder à une enquête »¹⁰⁸.

- 53 La décision d'abrégéer ou mettre un terme au délai restait donc entre les mains des magistrats. Le sénateur Vallier le rappelait d'ailleurs pendant le débat : « quoi de plus humain, et en même temps, messieurs, quoi de plus juridique ? [...] Le président du Tribunal sera juge »¹⁰⁹. Or pour les dix-huit années qui suivront cette réforme, les magistrats français resteront tous des hommes¹¹⁰. Ce n'est qu'en 1946 que Charlotte Béquignon-Lagarde est devenue la première femme magistrate en France¹¹¹. La décision d'abrégéer ou non le délai de viduité d'une veuve ou d'une femme divorcée restait donc dans les mains des hommes qui, comme le dénonçait Jane Misme, « décid[ai]ent de ce qui convient ou ne convient pas aux femmes »¹¹².
- 54 Le délai de viduité était un instrument qui faisait de la maternité, à travers le prisme du genre et des politiques natalistes de l'État, le critère déterminant de la liberté matrimoniale des femmes. Par ce mécanisme, la maternité, définie comme un marqueur de la « réalité biologique » de la différence entre les sexes, était utilisée pour justifier et légitimer les inégalités entre les sexes.

Conclusion

- 55 L'analyse des motifs ayant conduit à l'adoption et au maintien du délai de viduité montre que la persistance des objectifs de prévention des atteintes aux bonnes mœurs et de la confusion des parts ne justifie pas rationnellement le maintien de cette disposition dans le Code civil français jusqu'en 2004. En tant que disposition sexo-spécifique imprégnée de normes morales, le délai de viduité est un outil disproportionné de contrôle des femmes et d'assignation de celles-ci à la maternité. Ainsi, le délai de viduité en plus d'attribuer des droits inégaux, se révèle être un instrument de légitimation de la domination masculine.
- 56 En rejetant les justifications du maintien du délai de viduité, il apparaît que la réforme de 2004, aurait dû être motivée non pas par l'obsolescence du dispositif, mais par la remise en cause d'une disposition injustifiée et discriminante. Cependant, l'abrogation du délai de viduité n'a pas été inscrite à l'agenda féministe en France et n'a pas fait partie des revendications de ces mouvements. Malgré le soutien exprimé par certaines féministes dans la presse du xx^e siècle aux travaux législatifs visant à réduire ou à abolir le délai

de viduité¹¹³, aucun engagement féministe direct n'a soutenu les efforts derrière l'abrogation du délai en 2004. Ce silence contraste avec l'engagement des mouvements féministes dans d'autres pays, tels que la Belgique, où la suppression du délai de viduité en 1960 a été le fruit de l'action de Georgette Ciselet, parlementaire et militante féministe¹¹⁴.

- 57 En abrogeant le délai de viduité en tant que mesure discriminante qui institutionnalisait la différence et la hiérarchie entre les sexes, le législateur aurait pu prendre position pour l'abolition des stéréotypes de genre dans le droit de la famille et la lutte contre le processus d'assignation des femmes à la maternité. Au contraire, en mettant en avant les progrès scientifiques qui rendent la disposition désuète, la suppression du délai de viduité en France — et les discours contemporains qui la racontent en omettant son caractère patriarcal¹¹⁵ — ne remet pas en question son bien-fondé. Sans remise en question de l'ancrage de cette restriction à la liberté matrimoniale dans la différence sexuée, la réforme de 2004 lie à nouveau la condition juridique des femmes à la maternité en admettant l'abrogation au gré des progrès scientifiques qui permettent de maintenir la primauté des origines biologiques dans l'établissement de la filiation.
- 58 Selon la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹¹⁶ et plusieurs initiatives pour l'égalité entre les sexes à l'échelle internationale¹¹⁷, le délai de viduité est désormais reconnu comme une disposition discriminante envers les femmes. L'analyse par une approche critique de genre de cette règle permet d'éclairer ce constat en démontrant que l'historicisation du délai révèle clairement ses présupposés et effets genrés. Remettre en question le bien-fondé du délai de viduité, dans les pays où celui-ci est toujours en vigueur, en soulignant la façon dont ce dispositif ne peut pas être rationnellement justifié et permet de légitimer les inégalités entre les sexes, ouvrira la voie pour adopter des réformes qui profitent réellement au statut juridique des femmes.

NOTES

- 1 CEDH, Nurcan Bayraktar contre Türkiye, 27 juin 2023, 27094/20, paragraphe 91.
- 2 *Ibid.*, paragraphe 8.
- 3 *Ibidem*. Opinion concordante du Juge Krenc. Voir M. Saulier, « De la vacuité du délai de viduité », *Actualité juridique Famille*, n° 9, 2023, p. 467.
- 4 C. civ., Art. 228 et 296 (1804).
- 5 J. Carbonnier, *Droit Civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, Paris, Thémis Droit Privé, 1999, p. 435. E.N. Rousseau, *Des Seconds Mariages*, thèse de doctorat, direction non spécifiée, droit, Faculté de Droit de Rennes, 1874, p. 127.
- 6 Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, « Viduité : Définition de Viduité », *Ortolang*, <https://www.cnrtl.fr/definition/viduit%C3%A9> (consulté le 24/02/2024). Académie française, « viduité », *Dictionnaire de l'Académie Française*, 3^{ème} édition, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A3V0326> (consulté le 24/02/2024).
- 7 C. Jacques, « Militantisme féministe et pouvoir politique : parcours de deux parlementaires féministes belges (1945-1960) », *Amnis*, n° 8, 2008, paragraphe 15, <https://journals.openedition.org/amnis/641#bodyftn13> (consulté le 05/03/2024).
- 8 Ley 30/1981 *modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil* (Espagne).
- 9 Código Civil, art. 112 (Uruguay).
- 10 Civil Code, art. 733 (Japon).
- 11 G. Canivet, « French Civil Law between Past and Revival », *Loyola Law Review*, vol. 51, n° 1, 2005, p. 39-56.
- 12 Code des personnes et de la famille, art. 246 (Burkina Faso). Code civil, art. 228 et 296 (Niger). Code civil, art. 214 (Gabon). Code de la Famille, art. 137 (République du Congo).
- 13 M. Berinzon et R. Briggs, « Legal Families Without the Laws: The Fading of Colonial Law in French West Africa », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, n° 2, 2016, p. 329-370.

- 14 Code civil, art. 214 (Gabon). Code de la Famille, art. 137 (République du Congo).
- 15 Ovide, « Les Fastes, Livre Premier », D. Nisard (éd.), *Collection des auteurs latins avec la traduction en français*, Paris, Firmin Didot frères, fils et Cie, 1869, p. 581. Cité par H. Estève, *Étude sur les droits légaux de la veuve dans la législation romaine et la législation française*, thèse de doctorat, sous la direction de M. Ginoulhiac, droit, Faculté de Droit de Toulouse, 1875, p. 85.
- 16 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, thèse de doctorat, sous la direction de A. Wahl, droit, Faculté de Droit de l'Université de Paris, 1911, p. 28-32.
- 17 P. Dubois, *De la condition de viduité et des déchéances causées par le remariage*, thèse de doctorat, sous la direction de R. Piédelièvre, droit, Université de Paris, 1911, p. 31-32.
- 18 A. Castaldo et J.-P. Lévy, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2ème édition, 2010, p. 102.
- 19 A. Desrayaud, *Les secondes nocces dans l'ancien droit français XIII^{ème} siècle-XVIII^{ème} siècle*, thèse de doctorat, direction non spécifiée, droit, Université de Paris Val de Marne, 1984, p. 313.
- 20 A. Castaldo et J.-P. Lévy, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 103 ; P. Dubois, *De la condition de viduité et des déchéances causées par le remariage*, op. cit., p. 46.
- 21 C. civ., art. 228 et 296 (1804).
- 22 Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, NOR : JUSX0300062L, JORF n° 122 du 27 mai 2004, Texte n° 1, art. 23.
- 23 Assemblée Nationale, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le sénat (n° 1338), relatif au divorce par M. Patrick DELNATTE, député », *Rapport législatif*, 2004, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1513.asp> (consulté le 29/04/2024).
- 24 F. Bellivier, « Réforme du Divorce. Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (JO 27 mai 2004, p. 9319) », *RTD Civ.*, 2004, p. 565.
- 25 H. Bosse-Platière, « Dossier juridique - La réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004. Présentations, enjeux, débats », *Informations sociales*, vol. 122, n° 2, 2005, p. 100-106.

- 26 C. Courtin, « Non-respect par l'officier d'état civil de certaines règles relatives à l'état civil », dans Y. Mayaud (dir.), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2023, paragraphe 345. Décret n° 2017-270, 1er mars 2017, relatif à la délégation des fonctions d'officier de l'état civil exercées par le maire et au lieu de célébration des mariages, NOR : JUSC1634814D, JO du 3 mars 2017, texte n° 28.
- 27 F. Gaspard, « Du patriarcat au fratriarcat. La parité comme nouvel horizon du féminisme », *Cahiers du Genre*, vol. 3, n° 2, 2011, p. 158.
- 28 Assemblée Nationale, « Compte-rendu intégral – 51^{ème} séance, 2^{ème} séance du jeudi 29 mai 1975 », 1975, p. 3395. M.-C. Rondeau-Rivier, *Le Remariage*, thèse de doctorat, direction non spécifiée, droit, Université Jean Moulin Lyon III, 1981, p. 182.
- 29 J. Lamoril, N. Ameziane, J-C. Deybach, P. Bouizegarène et M. Bogard, « Les techniques de séquençage de l'ADN : une révolution en marche. Première partie », *Immuno-analyse & Biologie Spécialisée*, vol. 23, n° 5, 2008, p. 260-279.
- 30 P. Courbe et A. Goutteboire, *Droit de la famille*, Paris, Sirey Université, 6^{ème} édition, 2013, p. 34. D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 2008, p. 68.
- 31 C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 3, Paris, A. Durand, 3^{ème} édition, 1865, p. 169. M.-C. Rondeau-Rivier, *Le Remariage*, op. cit., p. 173.
- 32 H. Estève, *Étude sur les droits légaux de la veuve dans la législation romaine et la législation française*, op. cit., p. 246.
- 33 L. Vallas, *Les seconds mariages en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, sous la direction de J.-E. Labbé, droit, Faculté de Droit de Paris, 1878, p. 153.
- 34 P. Matard, *Des seconds mariages en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, direction non spécifiée, droit, Faculté de Droit de Rennes, 1881, p. 109-110.
- 35 Cour de Paris, 13 février 1872, (Recueil Sirey 1873, 2, 112 ; Dalloz 1873, 2, 160).
- 36 S. Hennette-Vauchez et C. Girard, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, vol. 20, n° 2, 2012, p. 53-59.

- 37 R. Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz, Connaissance du Droit, 1995, p. 5.
- 38 C. Bur, *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C.-96 apr. J.-C.)*, Rome, École française de Rome, 2018, p. 497.
- 39 H. Estève, *Étude sur les droits légaux de la veuve dans la législation romaine et la législation française*, op. cit., p. 85 et 87.
- 40 A. Castaldo et J.-P. Lévy, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 102.
- 41 J. Poumarède, *Itinéraire(s) d'un historien du Droit*, Toulouse, Presses universitaires du Midi, 2011, p. 221.
- 42 P. Matard, *Des seconds mariages en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 110. C. Maure, *Du second mariage de l'époux survivant*, thèse de doctorat, direction non spécifiée, droit, Faculté de Droit de Paris, 1852, p. 19.
- 43 L. Vallas, *Les seconds mariages en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 153.
- 44 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, op. cit., p. 58.
- 45 P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 9, Paris, Videcoq, 1836, p. 80.
- 46 G. Cabourdin, « Le remariage », *Annales de démographie historique*, 1978, p. 316.
- 47 P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 81.
- 48 C. civ., art. 297, 1804.
- 49 J.-G. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. 3, Paris, Imprimerie Impériale, 1805-1807, p. 319.
- 50 P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., p. 506.
- 51 F. Bertran de Balanda, « Louis de Bonald et la question du divorce, de la rédaction du Code civil à la loi du 8 mai 1816 », *Histoire, économie & société*, vol. 36, n° 3, 2017, p. 72-86.
- 52 Loi n° 14485 du 27 juillet 1884, JO du 29 juillet 1884, art. 296.
- 53 Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, JORF n° 0161 du 12 juillet 1975 (ci-après Loi du 11 juillet 1975).
- 54 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, op. cit., p. 61.

- 55 M. Foucault, *The History of Sexuality*, New York, Knopf Doubleday Publishing Group, vol. 1, 2012, p. 29-30.
- 56 M.-C. Rondeau-Rivier, *Le Remariage*, op. cit., p. 171.
- 57 A. Castaldo et J.-P. Lévy, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 102.
- 58 J. Gaudemet, *Mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Paris, Éditions du Cerf, 1987, p. 85.
- 59 S. Henneville-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *Genre et droit*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, p. 16.
- 60 D. Lochak, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », P. Noreau et L. Rolland (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, p. 662.
- 61 J. W. Scott, « Gender: A Useful Category of Historical Analysis » *The American Historical Review*, vol. 91, n° 5, 1986, p. 1067.
- 62 H. Estève, *Étude sur les droits légaux de la veuve dans la législation romaine et la législation française*, op. cit., p. 86-87.
- 63 R. Szramkiewicz, op. cit., p. 8-9.
- 64 C. civ., Livre 1^{er}, Titre IX. De la Puissance Paternelle (1804).
- 65 P. Nourrisson, *Étude Critique sur la Puissance Paternelle et Ses Limites. D'après le Code Civil, les Lois Postérieures et la Jurisprudence*, Paris, L. Larose, 1898, p. 50.
- 66 T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil français*, Paris, F. Pichon, vol. 2, 1892, p. 284.
- 67 Loi du 9 décembre 1922 abrégant, en certain cas, le délai de viduité imposé à la femme par les articles 228 et 296 du Code civil, JORF du 10 décembre 1922 (ci-après « Loi du 9 décembre 1922 »). Loi relative aux seconds mariages du 4 février 1928. Loi du 11 juillet 1975.
- 68 P. Matard, *Des seconds mariages en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 109.
- 69 J. André, *De la condition juridique de la veuve dans le droit français actuel*, thèse de doctorat, sous la direction de A. Weiss, droit, Université de Paris, 1903, p. 243.
- 70 C. civ., art. 312-315 (1804).
- 71 P. Matard, *Des seconds mariages en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 50.

- 72 E.-N. Rousseau, *op. cit.*, p. 118.
- 73 *Ibid.*, p. 39.
- 74 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, *op. cit.*, p. 44-45.
- 75 P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, *op. cit.*, t. 4, p. 427.
- 76 E.-N. Rousseau, *op. cit.*, p. 120.
- 77 *Ibid.*, p. 118.
- 78 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, *op. cit.*, p. 57.
- 79 C. Lefebvre, *Leçon d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Cours de doctorat, Paris, L. Larose, 1900, p. 245.
P. Matard, *Des seconds mariages en droit romain et en droit français*, *op. cit.*, p. 50. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^{ème} édition, Paris, A. Rousseau, 1898, p. 158.
- 80 G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 1, Paris, L. Larose, 1899, p. 761. M.-C. Rondeau-Rivier, *Le Remariage*, *op. cit.*, p. 177. J. André, *De la condition juridique de la veuve dans le droit français actuel*, *op. cit.*, p. 244. V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, *op. cit.*, p. 52.
- 81 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, *op. cit.*, p. 51.
- 82 Loi modifiant le point de départ du délai de dix mois imposé à la femme divorcée avant de se remarier, 13 juillet 1907, Bull. officiel 2863, n° 49538. Loi modifiant les articles 45, 63, 64, 69, 73, 75, 76, 151, 154, 168, 173, 206, 228 et 296 du code civil du 9 août 1919.
- 83 Tribunal Civil de la Seine, 1^{ère} ch., 3 mai 1899. Note de A.L., *Jurisprudence Générale*, 1900, p. 177-178.
- 84 *Ibid.*
- 85 E. H. Perreau, « Chronique Législative de Droit Civil », *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1907, 36, p. 180.
- 86 Loi modifiant le point de départ du délai de dix mois imposé à la femme divorcée avant de se remarier, 13 juillet 1907, Bull. off. 2863, n° 49538.
- 87 JO 2 mai 1907, annexes, p. 278. M.-C. Rondeau-Rivier, *Le Remariage*, *op. cit.*, p. 176.
- 88 Loi qui rétablit le divorce, 27 juillet 1884, n° 14485, JO du 29 juillet 1884, art. 310. Loi modifiant le point de départ du délai de dix mois imposé à la

femme divorcée avant de se remarier, 13 juillet 1907, Bull. off. 2863, n° 49538, art. 2.

89 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, op. cit., p. 56. E.-N. Rousseau, op. cit., p. 118.

90 C. civ., art. 312-315 (1804).

91 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, op. cit., p. 51.

92 L.-G. Locré, *Esprit du Code Napoléon*, op. cit., t. 2, p. 379. P. Matard, *Des seconds mariages en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 132.

93 L. Vallas, *Les seconds mariages en droit romain et en droit français*, op. cit., p. 156-158. C. Maure, *Du second mariage de l'époux survivant*, op. cit., p. 19-20. V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, op. cit., p. 80 et s.

94 Conseil d'État, « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », Section du rapport et des études, 28 juin 2018, p. 61.

95 A. Batteur et L. Mauger-Vielpeau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Paris, Lextenso, 2023, paragraphe 952.

96 N. Sulpice-Megy, *Le remariage*, thèse de doctorat, sous la direction de M. Roujou de Boubée, droit, Université des sciences sociales de Toulouse, 1972, p. 30.

97 P.-J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2024/2025*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 2024, p. 548.

98 J.-F. Têtu, « Remarques sur le statut juridique de la femme au XIX^e siècle », R. Bellet (dir.), *La femme au XIX^e siècle*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1979, p. 4.

99 Loi du 9 décembre 1922, art. 1 et 2.

100 D. Lochak, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques », op. cit., p. 662.

101 M.-J. Frug, « A Postmodern Feminist Legal Manifesto », *Harvard Law Review*, vol. 105, 1992, p. 130.

102 J.-L. Halpérin, « Chapitre 2 - Les retouches du droit familial » dans *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012, p. 219. Loi du 9 décembre 1922, art. 1 et 2. J. Barthélémy et P. Galanopoulos, *La Cour de cassation et la Grande guerre*, Paris, Dalloz, 2019, p. 149-150.

- 103 J. Misme, « La maternité est-elle une vocation ? », *La Française : journal de progrès féminin*, Conseil national des femmes françaises, 29 avril 1922, p. 1.
- 104 V. Ardeleanu, *Du délai de viduité*, op. cit., p. 26. H. Estève, *Étude sur les droits légaux de la veuve dans la législation romaine et la législation française*, op. cit., p. 83.
- 105 Sénat, Séance du 29 novembre 1927, JO du 30 novembre 1927, débats parlementaires, p. 1172 et 1173, dans *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Paris, Sirey, 1928, p. 1551.
- 106 Loi relative aux seconds mariages du 4 février 1928, art. 2.
- 107 Sénat, Séance du 29 novembre 1927, op. cit.
- 108 *Ibid.*
- 109 *Ibid.*
- 110 H. Duffuler-Vialle, « [Le point sur...] Numéro spécial “Femmes Avocates : Égalité et sororité” - La dévirilisation de l’office d’avocat : la loi du 1^{er} décembre 1900 », *La lettre juridique*, 2023, p. 12.
- 111 S. L. Kimble, « No Right to Judge: Feminism and the Judiciary in Third Republic France », *French Historical Studies*, vol. 31, n° 4, 2008, p. 609-641.
- 112 J. Misme, « La maternité est-elle une vocation ? », op. cit., p.1.
- 113 J.F. Raspail, « Veuvage, Divorce, et Remariage », *La Française : journal de progrès féminin*, Conseil national des femmes françaises, 1922, p. 2.
- 114 C. Jacques, « Militantisme féministe et pouvoir politique : parcours de deux parlementaires féministes belges (1945-1960) », op. cit., paragraphe 15.
- 115 P. Courbe et A. Goutteboire, *Droit de la famille*, op. cit., p. 34. Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Introduction Biens Personnes Famille*, Paris, Sirey, 23^e édition, 2023, p. 684-685. J. P. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce 2024/2025*, op. cit., p. 548.
- 116 CEDH, Nurcan Bayraktar contre Türkiye, op. cit.
- 117 World Bank, *Women, Business and the Law 2024*, Washington DC, 2024, https://bit.ly/WBL2024_FullReport (consulté le 30/04/2024). Committee on the Elimination of Discrimination against Women, « Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Japan », United Nations, New York, 2009, <https://www2.ohchr.or->

[g/english/bodies/cedaw/docs/co/cedaw.c.jpn.co.6.pdf](https://www.univ-paris1.fr/anglais/bodies/cedaw/docs/co/cedaw.c.jpn.co.6.pdf) (consulté le 30/04/2024).

RÉSUMÉS

Français

Cet article retrace l'histoire du délai de viduité dans le Code civil français, de son adoption en 1804 à son abrogation en 2004, afin de mettre en lumière son ancrage dans des stéréotypes de genre et ses effets sur les inégalités entre les sexes. En examinant les deux motifs d'adoption et de maintien du délai — à savoir la préservation des bonnes mœurs et la prévention de la confusion de parts — cette étude montre que le délai de viduité a été utilisé comme un outil de contrôle des femmes et de légitimation de la domination masculine. En conclusion, l'article souligne la nécessité d'abolir cette disposition pour son caractère discriminant afin de condamner les inégalités entre les sexes que le délai de viduité entérine et légitime.

English

This article traces the history of the waiting period before remarriage in the French Civil Code, from its adoption in 1804 to its repeal in 2004, highlighting its roots in gender stereotypes and its impact on gender inequalities. By examining the two main reasons for its adoption and persistence—namely the preservation of morality and the prevention of parentage confusion—this study shows that the waiting period functioned as a tool for controlling women and legitimizing male domination. In conclusion, the article emphasizes the need to abolish this provision due to its discriminatory nature, to condemn the gender inequalities that the waiting period enshrines and legitimizes.

INDEX

Mots-clés

remariage, viduité, filiation, genre, discrimination

Keywords

remarriage, waiting period before remarriage, filiation, gender, discrimination

AUTEUR

Marie Dry

Marie Dry est doctorante à l'université Paris Nanterre et à la faculté de droit de l'université McGill.

IDREF : <https://www.idref.fr/285212184>

Le droit d'être marchande à Marseille dans la seconde moitié de l'Ancien Régime

The Right to be a Woman Merchant in Marseille in the Second Half of the Ancien Régime

Romain Facchini

DOI : 10.35562/melete.191

PLAN

Introduction

I. Les femmes et le droit de faire du commerce à Marseille

A. Être marchande pour les épouses

B. Les femmes marchandes et les réglementations des corporations

II. Le droit, les biens et les bénéfices

A. La possession des biens et l'engagement de la responsabilité du mari

B. La propriété des bénéfices

Conclusion

TEXTE

Introduction

CONTRAIGNABLE, adj.
(Jurisprudence) se dit de celui qui peut être forcé par quelque voie de droit à donner ou faire quelque chose. L'obligé peut être contraignable par différentes voies, savoir, par saisie et exécution de ses meubles, par saisie-réelle de ses immeubles, même par corps, c'est-à-dire par emprisonnement de sa part, ce qui dépend de la qualité du titre et de l'obligé. Les femmes

ne sont point contraignables par corps, si ce n'est qu'elles soient marchandes publiques, ou pour stellionat procédant de leur fait. Quand on dit qu'un obligé est contraignable par les voies de droit, on entend par là toutes les contraintes qui peuvent être exercées contre lui. Voyez ci-après Contrainte. (A)¹.

- 1 L'article de l'*Encyclopédie* d'Antoine-Gaspard Boucher d'Argis, sur l'adjectif « contraignable », montre que l'irresponsabilité et l'incapacité juridique des femmes ne sont pas totales dans le cas de celles exerçant la profession de marchandes publiques, et doivent donc être nuancées. Il y a des particularités juridiques fondées sur le sexe dans le cadre du commerce. Ainsi, sont contraignables les femmes coupables de stellionat². Le stellionat désigne une « manœuvre frauduleuse qui consiste à vendre un bien dont on sait ne pas être propriétaire, à vendre un même bien à plusieurs personnes, à présenter comme libre un bien hypothéqué ou à minorer les hypothèques qui grèvent un bien »³. Le statut de marchande publique, qui se retrouve partout en Europe depuis le Moyen Âge avec quelques nuances, définit l'activité d'une femme dans le commerce qui doit être publique et connue du mari⁴. Pour être reconnue marchande publique, l'activité de l'épouse doit être différente de celle du mari, sans quoi la femme est considérée comme préposée à l'époux. Dans ce dernier cas qui peut relever d'une fiction juridique genrée, l'épouse n'est pas une marchande publique, mais une collaboratrice, une « fille de boutique » aidant son mari⁵. À l'inverse, le statut de marchande publique permet à la femme de vendre, d'acheter, de signer des contrats et tout ce qui a trait à son activité.
- 2 La qualité de marchande est une particularité dans le droit au sein duquel l'incapacité juridique des femmes, éternelles mineures devant être sous l'autorité d'un homme – père, mari, frère, oncle –, est présente dès la Renaissance. Cette spécificité marque ainsi une

détérioration de leur situation vis-à-vis du droit par rapport à l'époque médiévale⁶. C'est la faiblesse physique et psychologique de la femme à travers l'image de l'*imbecillitas sexus* qui justifie ce modèle en matière de droit. Cette puissance juridique, qui s'exerce sur les corps et les biens, est propre à chaque lieu et peut varier selon les cas. Ainsi, c'est la somme des entraves faites aux femmes qui forme une incapacité totale, d'où l'intérêt d'interroger une catégorie d'actrices en particulier. Certaines régions sont régies par le droit écrit – héritage du droit romain –, par opposition au droit coutumier qui s'applique schématiquement au nord d'une ligne La Rochelle-Genève. Toutefois, les pays au sud de cette ligne ne sont pas tous régis par les mêmes règles et traditions romaines. Celles-ci semblent plus strictes au bord de la Méditerranée, plus romaine pourrait-on dire, par rapport à la côte Atlantique qui peut être qualifiée de plus coutumière⁷. Les femmes, en pays de droit coutumier, s'émancipent de la puissance paternelle lorsqu'elles se marient et, une fois devenues veuves, conservent cette indépendance. En pays de droit écrit, les enfants restent sous la domination paternelle, sauf acte volontaire d'émancipation. Les filles célibataires possèdent en théorie dans les pays de coutumes une capacité juridique totale, alors qu'elles demeurent en pays de droit écrit sous l'autorité du père, tout comme leur frère. Une fois mariées, elles passent sous l'autorité de l'époux, en « puissance du mari », qui peut envoyer son épouse au couvent et si besoin la « corriger » en usant de violence physique. Le mari doit donner son accord afin que sa femme puisse passer un contrat, accepter une donation, ester ou témoigner en justice, et disposer de son bien librement. Une fois veuves, les femmes sont émancipées de la puissance paternelle et maritale, détiennent une capacité juridique et ont la possibilité d'administrer leurs biens⁸. Néanmoins, les veuves peuvent se retrouver en difficulté lorsqu'il n'y a pas, ou peu, de biens⁹.

- 3 Dans le contexte d'Ancien Régime, les pratiques féminines quotidiennes du commerce, souvent invisibles ou difficilement prouvables, notamment lors d'actions en justice, rencontrent une législation provençale qui illustre bien souvent la domination juridique que subissent les femmes¹⁰. Si celles-ci travaillent, leur reconnaissance en tant que marchande pose question, comme en témoignent pour la Provence les procès faisant état du droit de

posséder en propre des bénéfices, ou encore de celui d'acquérir ou de conserver une boutique après le décès du mari. Il s'agit ainsi de mettre en exergue l'autonomie plus ou moins grande des femmes par rapport aux hommes dans le commerce phocéén, les possibilités dont elles disposent dans leurs affaires par rapport au droit, ou à l'inverse les obstacles qu'elles rencontrent notamment concernant leurs ressources matérielles. Ainsi, la réflexion porte sur les usages sociaux du droit et sa jurisprudence dans un contexte marchand afin de déterminer si les femmes bénéficient ou non d'un cadre juridique propice à leurs affaires, et comment elles s'adaptent à ces structures légales qui appliquent une distinction entre homme et femme au sein du commerce¹¹. L'inscription des femmes marchandes dans un cadre légal suppose de réfléchir aux singularités du territoire étudié sur le plan du droit pour saisir d'éventuelles différences régionales dans des ensembles loin d'être homogènes.

- 4 À ce titre, l'essor économique de Marseille, dont les activités se mondialisent aux ^{xvii}e et ^{xviii}e siècles, invite à analyser les particularités juridiques provençales à l'égard des femmes impliquées dans le commerce¹². Au ^{xvii}e siècle, le commerce de la cité phocéenne est principalement méditerranéen. L'édit d'affranchissement du port de 1669 qui implique l'instauration d'un monopole du commerce avec les Échelles du Levant, marque le dynamisme de la cité et la volonté royale de développer cette place marchande¹³. Au ^{xviii}e siècle, Marseille compte parmi les plus grands ports du royaume, notamment grâce au commerce colonial, comme Nantes, Bordeaux, ou le site de Rouen et du Havre. L'originalité du commerce marseillais au ^{xviii}e siècle réside dans une croissance quantitative et qualitative, notamment à l'échelle mondiale. En matière de droit, le particularisme marseillais est de relever du droit écrit, ce qui permet des comparaisons à l'échelle régionale et internationale.
- 5 L'historiographie a mis en exergue l'intérêt d'établir des liens entre l'histoire économique et le droit. L'établissement de cette relation est d'autant plus important que l'inscription sociale des femmes diffère dans une Europe organisée en ordres¹⁴. Dès lors, les rapports entre le droit et la jurisprudence appliqués aux femmes marchandes et la hiérarchie sociale sont essentiels à comprendre comme le souligne Laurence Fontaine : l'» on peut penser que les décisions, les contradictions du droit leur ont permis d'exploiter des espaces de

liberté et d'élargir les horizons de pensée. »¹⁵ Les recherches en histoire du genre portant à la fois sur l'histoire du droit et l'histoire économique sont désormais assez nombreuses, même si les comparaisons entre le nord et le sud de l'Europe demeurent plus rares¹⁶. À ce titre, si la grande majorité des ports étudiés dans l'historiographie se situe sur la façade atlantique ou bien en Europe du Nord-Ouest, Marseille, en tant que port méditerranéen et lieu privilégié du commerce provençal, se distingue par ses particularités. En matière juridique, cela signifie analyser un espace régi par le droit écrit¹⁷. Il a longtemps été dit que l'Europe du Nord-Ouest fournirait plus d'indépendance économique aux femmes, à l'inverse du Sud. En réalité, il s'agit moins d'une opposition binaire que de différences régionales qui ne relèvent pas uniquement du droit. Par ailleurs, plusieurs travaux ont mis en exergue la particularité des cités portuaires où les hommes sont fréquemment absents, ce qui donne la possibilité aux femmes d'assumer un certain nombre de responsabilités¹⁸.

- 6 Les traités juridiques ont beaucoup été utilisés pour étudier les possibilités dont disposaient les femmes, mais ce n'est que récemment que l'on s'est intéressé à l'effet réel de ces traités, alors que la nécessité de recourir à des sources de la pratique pour écrire l'histoire des femmes est attestée depuis plusieurs années¹⁹. Les enjeux juridiques pour les femmes dans le commerce peuvent être analysés par le biais de *factums*, des mémoires d'avocats rédigés à l'occasion de procès, ainsi qu'à travers des arrêts rendus à la suite de différends entre deux parties. En plus des éléments juridiques et de leur discussion, l'intérêt des *factums* et des arrêts réside dans leur propension à fournir une multitude de détails quant à la vie des marchandes, dont des témoignages. Si le secret des affaires implique pour certaines sources une limite dans les informations transmises, les *factums* exposent des éléments de contextualisation de la vie des femmes marchandes propres à nourrir les analyses du présent travail. Ce corpus rend ainsi possible la confrontation entre les pratiques marchandes quotidiennes des femmes et les cadres juridiques en vigueur qui régissent leurs actions. Dans la perspective de ces agencements juridiques et matrimoniaux, nombre de cas de femmes marchandes sont repérables dans les *factums* qui sont des documents rédigés et publiés en plusieurs exemplaires par les parties

lors d'une instance judiciaire. Il s'agit donc d'un mémoire contenant les détails du procès – avec en en-tête les noms des protagonistes et les enjeux de l'affaire – et les éléments de droit qui s'y réfèrent, ce qui implique une connaissance fine du droit d'Ancien Régime. L'ensemble mêle les faits à proprement parler, le droit et la jurisprudence afin d'être diffusé publiquement pour attacher à sa cause l'opinion publique, mais aussi transmis aux juges pour les influencer dans le sens des parties concernées. Le *factum* reprend l'affaire en exposant les causes du conflit puis propose une lecture à la faveur de son client ce qui, au-delà des références jurisprudentielles, laisse place à l'interprétation. Il convient toutefois de noter que ces sources entrent en partie dans une catégorie fictionnelle au sens où il s'agit de la construction d'un récit²⁰. La fin du XVIII^e siècle peut être qualifiée d'âge d'or des *factums* – avec une facilité d'impression qui permet une large diffusion – après une période de généralisation au XVII^e siècle²¹. C'est en effet à cette période que le *factum* se répand, concernant davantage d'individus, en particulier pour des affaires médiatisées pour lesquelles les tirages s'élèvent à plusieurs milliers d'exemplaires²².

- 7 Plusieurs *factums* conservés à la Bibliothèque Universitaire de droit d'Aix-en-Provence offrent la possibilité d'avoir des explications précises autour de cas qui mettent en tension le droit et ses applications²³. La source, qui se veut descriptive et explicative, abreuve le lecteur par sa nature même de détails sur les relations interpersonnelles, les logiques hiérarchiques ou encore les différentes activités de travail. Ces sources invitent également à se demander ce qu'elles représentent statistiquement. Les cas évoqués sont issus de recueils d'arrêts : s'agit-il, dans ces recueils, des cas les plus typiques qui sont compilés et représentés par un ou deux cas qui servent d'exemple – cela signifierait donc que la question se pose souvent –, ou bien à l'inverse s'agit-il d'affaires particulièrement singulières – cela impliquerait cette fois qu'il est question de situations rares²⁴ ? Notre corpus pour cette étude se compose de 21 recueils – chacun pouvant contenir plus d'une dizaine d'affaires – pour 24 cas. Les recherches ont été menées sur presque une centaine de recueils principalement à partir de la bibliothèque numérique patrimoniale d'Aix-Marseille Université, Odyssée²⁵. Il n'y a en effet que peu de cas concernant des femmes, et les procès relatifs

à des marchandes sont d'autant plus rares qu'une majorité d'affaires porte sur des enjeux d'héritage ou de dot hors du champ du commerce. Compte tenu de la pauvreté documentaire, l'analyse ne repose pas sur des catégories économiques spécifiques (marchande, négociante, etc.), mais interroge l'ensemble des cas concernant des femmes.

- 8 À cela s'ajoutent quelques statuts et règlements des communautés de métiers conservés dans différents fonds d'archives²⁶. Ces documents donnent à voir la distinction qui s'opère entre homme et femme, en particulier dans le droit d'accéder ou non à la corporation.
- 9 À travers l'étude de cette documentation, l'objectif est tout d'abord de comprendre les distinctions juridiques entre les femmes et les hommes dans le domaine commercial, notamment en ce qui concerne leur capacité à exercer le commerce et leur rôle au sein des corporations. Une fois cela établi, il conviendra de s'interroger sur le droit des épouses à disposer des bénéfices de leur travail, et plus largement sur leurs rapports aux biens en lien avec leurs affaires, en particulier dans le cadre du couple.

I. Les femmes et le droit de faire du commerce à Marseille

- 10 Les affaires décrites dans les divers mémoires de justice étudiés concernent principalement des femmes mariées dans la mesure où les structures matrimoniales conditionnent les rapports entre les époux et le règlement des différends dans le cadre du commerce. Beatrice Zucca Micheletto évoque un « modèle culturel issu de l'Ancien Régime » qui pousse à considérer le travail féminin comme moindre par rapport à celui des hommes, et donc à marginaliser l'apport des femmes dans le couple marchand. Le travail féminin, en raison des conditions d'infériorité et de marginalité des femmes, est dévalorisé et les femmes sont perçues comme des collaboratrices du mari sans que ne leur soient reconnues des spécificités propres²⁷. Or, des travaux ont mis en évidence la capacité des femmes à remplacer leur mari absent, notamment en contexte portuaire, ainsi que leur rôle dit de substitution dans les maisons négociantes au profit de leurs enfants encore trop jeunes pour reprendre l'activité du

défunt mari²⁸. De plus, l'autonomie des femmes mariées dans le travail n'est pas un fait acquis. Ainsi, il est nécessaire de reconsidérer le rôle des femmes dans le cadre du couple marchand et de comprendre comment le droit le définit²⁹.

A. Être marchande pour les épouses

- 11 Un arrêt du 13 mars 1711 expose le cas de la demoiselle Bain de Marseille « qui disait ne s'être obligée que pour le sieur Baume son fils, dans l'achat des marchandises qu'elle avoit fait avec lui³⁰ », qui se qualifie de marchande dans l'acte pour envoyer des marchandises à son mari en Candie. Lorsqu'elle est assignée devant les juges pour le prix de ces marchandises faute de paiement, elle garde sa position de marchande. Ainsi, faire du commerce revient dans ce cas de figure à être une marchande, autrement dit à pouvoir en revendiquer le statut par l'exercice même du commerce. À ce titre, lorsqu'en 1727 la dame Marguerite Olivier, femme du Sieur Louis Degras de Marseille, avocat à la cour, demande à reprendre des billets à ordre, elle explique être sous la puissance de son mari et « qu'elle ne devrait pas même être réputée marchande, si elle avoit geré pour son propre compte ; quelque petit negoce fortuit ne pouvant pas imprimer ce caractere à la femme d'un Avocat »³¹. Cette stratégie est employée en guise d'échappatoire en niant être une véritable marchande, son mari lui ayant en effet donné procuration pour ses affaires. De plus, Marguerite Olivier argumente que seules les marchandes publiques sont soumises à la loi consulaire – la juridiction consulaire, qui relève du roi, prolonge les lois relatives à la navigation et aux pratiques marchandes – et cherche en cela à échapper à ce statut de marchande publique pour ne pas avoir à payer³². Cela prouve donc qu'il y a une connaissance du droit et de ses contournements possibles. Le *factum* argüe qu'un si petit commerce ne peut permettre de la considérer comme une marchande publique à part entière : « pour avoir signé quelques Billets à ordre, & fait casuellement quelques actes de commerce »³³. Or, les juges ne retiennent pas ces arguments et estiment que les billets n'ont pas été rédigés en qualité de procuratrice du mari. Les juges estiment également qu'il est impossible qu'elle ait pu produire des billets à ordre sans l'aval de son époux. *In fine*, elle est considérée comme marchande, les juges faisant valoir que « sa qualité de femme d'Avocat

n'étant pas exclusive de la qualité de marchande »³⁴. Son activité, aussi modeste soit-elle, lui confère donc ce statut de marchande malgré la réfutation par Marguerite Olivier elle-même qui cherche à se défaire de ce qu'elle doit. L'hypothèse d'un billet à ordre émis en dehors de toute activité commerciale semble peu probable dans la mesure où Marguerite Olivier est notamment décrite pour ses activités marchandes.

- 12 Par ailleurs, si la présence des femmes dans la boutique est identifiable ainsi que les activités qu'elles y mènent, leur statut juridique reste soumis à d'autres conditions que la simple pratique du commerce. Autrement dit, mener des activités de commerce pour une femme ne signifie pas être reconnue dans la législation provençale comme marchande à part entière. Dans un mémoire au sujet d'un héritage, un capitaine de vaisseau marchand, le Sieur Larchier, tient un magasin de regraterie, dans lequel son épouse, la demoiselle Massis, vend toutes sortes de denrées³⁵. Ce petit commerce s'inscrit pleinement dans une logique conjugale, mais le statut de la femme n'est pas spécifié, si ce n'est à la voir comme une fille de boutique. Il est cependant précisé que « La Demoiselle Massis n'étoit point héritière pure & simple, elle étoit comme on vient de le dire, grévée de substitution en faveur de ses enfans ; son devoir étoit donc de faire procéder à un inventaire, sinon juridique, du moins domestique, pour constater l'importance de la succession »³⁶. Autrement dit, la demoiselle Massis doit transmettre à sa mort l'héritage de son défunt mari à ses enfants. Ainsi, l'épouse n'est pas une marchande possédant en propre un magasin, mais aide son mari dans la boutique. Sylvie Steinberg a développé le concept de « substitution » afin de qualifier les veuves qui reprennent les activités du défunt mari dans la perspective de les transmettre aux enfants, et donc de perpétuer une famille³⁷. Ces femmes, une fois veuves, se substituent à la puissance paternelle et leur statut juridique permet une indépendance et de multiples possibilités d'action, ce qui explique que l'on trouve plusieurs veuves à la tête de commerce, même lorsque les enfants sont en âge de gérer des affaires³⁸. Or, pour l'avocat de la partie adverse, la demoiselle Massis s'empara du magasin de regrattière afin d'en jouir comme si elle en était la seule héritière : « La fayance fabriquée, étoit toujours transportée dans le magasin de la mere, & vendue par elle & pour son

compte. »³⁹ Quelques années avant sa mort, le Sieur Larchier avait en effet pris en location une fabrique de faïence dont les biens qui en sortaient étaient apportés dans un second magasin. Ayant le même métier que son mari, son épouse ne pouvait être considérée comme marchande publique – du moins pas sans une séparation des biens – et à la mort de celui-ci, la demoiselle Massis n'est visiblement pas décrite comme marchande bien qu'ayant une activité dans le commerce, ce qui pourrait renvoyer à la question de la substitution. Autrement dit, la demoiselle Massis, qui n'était pas reconnue comme marchande du temps de son mari, ne ferait que garder la boutique pour ses enfants sans se voir assigner le statut de marchande.

B. Les femmes marchandes et les réglementations des corporations

- 13 La place du droit dans le quotidien des marchandes s'observe également, en dehors du cadre conjugal, dans la complexité de leur intégration au sein du monde corporatif qui oscille entre rejet et acceptation⁴⁰. Les corporations, véritables « compartiments socio-juridiques », réglementent une partie du commerce et relèvent du droit⁴¹. « Il existe des variations locales quant à l'inclusion ou l'exclusion des femmes des corporations. »⁴² À Nantes, par exemple, l'absence de corporations féminines indique que les femmes, bien avant que la révolution industrielle ne vienne dévaloriser leur travail, ne vivaient pas dans cet âge d'or souvent fantasmé.⁴³ D'autres études ont exposé l'influence des corporations, notamment par l'analyse de l'incorporation des femmes, des enfants et particulièrement des filles vis-à-vis des garçons⁴⁴. La thèse du déclin de la présence des femmes dans les corporations, initiée par Alice Clark, a été remise en question par Angela Groppi « qui a proposé l'image d'un "mouvement en accordéon" caractérisé par des phases d'inclusion et d'exclusion, liées avant tout à la situation économique »⁴⁵. Jusqu'à présent, l'historiographie française reste moins développée sur cette thématique des corporations que les productions anglophones ou italiennes⁴⁶. L'étude des archives phocéennes montre que les Marseillaises font l'objet de statuts spécifiques dans les divers règlements retrouvés, pour intégrer une communauté et s'y faire

inscrire, dans le cas des veuves pour reprendre la boutique du mari, et enfin au sujet des filles de maîtres.

- 14 Si Louis XIV, et avec lui Colbert, décident d'ouvrir progressivement aux femmes l'accès à toutes les corporations afin notamment d'obtenir davantage de rentrées fiscales, les interactions entre les femmes et les communautés de métiers à Marseille n'ont laissé que peu de traces, parfois très brèves, en dehors des divers règlements et statuts. Un document unique fait état du nombre de maîtres et de maîtresses à Marseille pour l'année 1765⁴⁷. Ainsi, on dénombre en 1765 à Marseille un ensemble de 68 arts, métiers et corps, dont 15 avec des veuves et trois avec des maîtresses. La part des 3,4 % de femmes est faible en comparaison des hommes qui représentent 96,6 % des effectifs. Cette différence s'accroît lorsqu'on ne sélectionne que les métiers corporés avec 3 % de femmes pour 97 % d'hommes. Pourtant, la lecture des statuts et règlements de 1719 du corps des maîtres marchands gantiers, parfumeurs et peaussiers de la ville de Marseille révèle qu'aucune barrière explicite n'empêchait l'intégration des femmes, et que leur admission y était même juridiquement encadrée⁴⁸.

[...] les Femmes & Filles qui ont presentement Boutique ouverte en cette Ville, de Marchand, Gantier, Parfumeur & peaussier, continueront à l'avenir de faire ledit Métier, sans pouvoir être troublées, ni inquiétées leur vie durant, dans l'exercice dudit Métier, en contribuant par elles comme les autres Maîtres aux Charges de leur Corps & Communauté, & sans qu'elles soient obligées à autre chose qu'à ladite inscription sur le Registre des Syndics⁴⁹.

- 15 Au sein de cette corporation, les femmes payent autant de charges que leurs homologues masculins. La vie des femmes au sein de la corporation n'est donc pas entravée par les statuts et règlements.
- 16 Les statuts précisent toutefois que les femmes et les filles ne pourront plus à l'avenir être admises à la maîtrise dans la mesure où elles ne possèdent pas « la force ni l'expérience pour faire ledit métier »⁵⁰. S'opère dès lors une restriction de l'accès des femmes à cette corporation à l'appui d'un argument qui ne fait sens que dans une logique d'exclusion. En effet, si les femmes déjà en place ainsi que celles ayant exercé dans ce corps de métier par le passé ont eu la

force et l'expérience nécessaires pour être intégrées, il semble difficilement concevable que cela ne soit plus le cas. Ainsi, d'autres intégrations sont plus complexes voire impossibles, compte tenu du statut des femmes – veuve ou non – ainsi que de leur savoir-faire.

- 17 Un autre moyen pour les femmes d'intégrer une corporation est le veuvage. La reconnaissance des veuves comme remplaçantes des maîtres invite à envisager le rôle des femmes comme un travail à part entière au sein des corporations⁵¹. En effet, les statuts et règlements des corporations marseillaises mentionnent – à l'exception des deux corps que sont les fabricants de bas et les portefaix – le cas des veuves de maîtres⁵². Pour les veuves, poursuivre l'activité du mari est le signe d'une collaboration dans l'atelier ou la boutique du vivant de ce dernier. Lorsqu'elles reprennent le commerce, les femmes endossent aussi le rôle du *pater familias* pour mener à bien la vie familiale, assurer la succession filiale, et avoir une autonomie dans les affaires qu'il s'avère dès lors nécessaire de contrôler, mais aussi parfois de protéger⁵³. Dans le cadre de l'accès à la boutique, les veuves ont la possibilité de maintenir l'activité sous le contrôle d'un maître devant marquer de son poinçon les pièces produites à l'image de Marianne Maneille, veuve de Jean Silbert maître orfèvre. Cette dernière, précise-t-on, doit tenir un registre des achats de matériaux et des ventes⁵⁴. Les raisons invoquées par les juges du tribunal de la monnaie pour reprendre au plus vite l'activité du défunt mari sont les enfants à nourrir qui suscitent « beaucoup dambarras »⁵⁵ et « il importe à la suppliante pour pouvoir faire subsister et entretenir la famille de jouir de cette faculté et prerogative »⁵⁶. Le contrôle exercé sur ces veuves se retrouve y compris physiquement au sein de la boutique lorsque Louise Constant, veuve de Guillaume Vallier maître orfèvre de Marseille, doit, dans le cadre de sa demande pour tenir boutique après le décès de son mari, afficher de façon la plus visible qui soit dans sa boutique le règlement qui porte sur les veuves⁵⁷.

- 18 Il convient également d'interroger la place des filles de maîtres qui sont mentionnées dans 18 des 26 règlements recensés pour ce travail⁵⁸. Ces filles constituent, dans les règlements où elles apparaissent, un moyen d'accéder à la maîtrise pour les hommes qui les épousent si ces derniers ont des compétences dans le corps. Par ailleurs, cinq règlements exposent que les filles de maîtres ont la possibilité de reprendre la boutique – à l'image des veuves.

L'ensemble des conditions à respecter s'inscrit dans une logique d'aide et de survie, et signale dans le même temps les capacités qui sont reconnues à ces filles pour tenir boutique. L'expérience acquise par ces filles est ainsi vérifiée par des maîtres jurés dans les statuts et règlements de 1642 pour le corps des « marchands et ouvriers composant les cinq Arts de la Soye, contenant les Maîtres Passementiers, Teinturiers, Mouliniers, Ouvriers en draps de Soye à la grande Naveté & Cardeurs à Soye »⁵⁹. Il est donc « deffendu aux Femmes & Filles qui ont fait Apprentissage des susdits Métiers, dresser ou faire dresser aucuns Métiers que au préalable, ils n'ayent fait foi aux Maîtres Jurés en bonne & dûe forme de leur Apprentissage »⁶⁰. Les statuts et les règlements des corporations marseillaises conservés accordent également un droit d'accès à la maîtrise pour cinq d'entre eux⁶¹. Les modalités d'intégration du corps peuvent varier entre les hommes et les femmes. Ainsi, dans le cas des cordonniers : « II. Le Chef-d'œuvre pour homme sera une paire de soulier & une paire d'escarpin à l'usage du temps, & fait suivant les règles de l'art. Si l'Aspirant veut avoir la faculté de faire des bottes, il sera tenu d'en faire pour son Chef-d'œuvre une paire des fortes ou des molles à son choix, auquel cas il ne sera obligé que de faire une paire de souliers ou d'escarpins. III. Le Chef-d'œuvre pour femmes, sera une paire de souliers & une paire de pantoufles, & les mêmes règles seront observées tant dans ce Chef-d'œuvre que dans celui pour hommes. »⁶² Toutefois, les corporations ne demandent pas systématiquement la réalisation d'un chef-d'œuvre pour les enfants de maîtres. En 1697, l'article VIII du règlement des maîtres barbiers, perruquiers, baigneurs et étuvistes précise que « les Enfants de Maître seront néanmoins exempts de faire lesdits Chef-d'œuvres, & ne payeront que vingt-cinq livres. »⁶³ La possibilité que le terme « enfans » intègre les filles de maîtres demeure en suspens dans la mesure où l'article XVIII précise que « les Fils de Maitres, & ceux qui auront épousé une fille d'un des Maitres, seront reçus en faisant une simple expérience, & ne payeront que la moitié des honoraires, ou droits que les autres Aspirant payent »⁶⁴.

19 Le droit, et plus largement les réglementations du commerce, opèrent une distinction entre les hommes et les femmes qui défavorise ces dernières. Ce n'est pas le travail des femmes qui est remis en cause, mais la difficulté à lui conférer une reconnaissance

pleine, que ce soit en termes de statut, de visibilité ou de légitimité économique.

II. Le droit, les biens et les bénéfices

- 20 Dans le cadre de la question des biens dans le couple, le régime de la communauté s'applique dans les pays coutumiers, sauf en Normandie et à Reims, et le régime dotal se retrouve en Aquitaine, en Languedoc et en Provence⁶⁵. Dans le Midi, le mari dispose de la dot, mais ne peut l'aliéner ou l'hypothéquer sans le consentement de l'épouse afin de laisser à celle-ci en cas de veuvage une somme pour survivre. L'une des particularités juridiques propres à la Provence est l'opposition de deux principes : la présomption de dotalité des biens de l'épouse qui domine le ^{xvii}^e siècle, et la présomption de paraphernalité des biens de l'épouse qui domine le ^{xviii}^e siècle. Soit, avec la présomption de dotalité, tous les biens en propres de la femme sont dans la dot, soit, avec la présomption de paraphernalité, les biens en propre de la femme, y compris à venir, qui ne sont pas dans la dot restent en son pouvoir, ce qui revient à un régime de stricte séparation des biens. Au ^{xvii}^e siècle, on veut protéger les biens de l'épouse en les rendant dotaux. Le fait qu'en Provence, au ^{xviii}^e siècle, ce qui prévaut – sauf contrat – est le régime des biens paraphernaux implique que la situation après mariage est la même qu'avant⁶⁶. Les femmes peuvent ainsi, particulièrement au ^{xviii}^e siècle, disposer de leurs biens paraphernaux sans un droit de regard du mari.

A. La possession des biens et l'engagement de la responsabilité du mari

- 21 Le Parlement de Provence, qui s'inspire ponctuellement du droit coutumier et notamment celui de la Coutume de Paris, décrète que les marchandes mariées – peu importe sous quel régime matrimonial – engagent leur mari dans leurs actes de commerce⁶⁷. En effet, le mari est engagé sur les dettes contractées par sa femme puisqu'il assume également les bénéfices de celle-ci. Le mari est le seul administrateur des biens du couple, y compris de la dot

de l'épouse⁶⁸. La femme peut se passer de l'accord – tacite – du mari dans le seul cas où il y a une séparation de biens, ce que les lois de l'Ancien Régime permettent lors de la rédaction du contrat de mariage⁶⁹. En Provence, la rédaction d'un contrat – qu'il soit privé ou non – avant le mariage est laissée à la libre appréciation des époux et de leur famille. La seule obligation quant à la nature du contrat est le respect de la loi ou de la coutume⁷⁰. Jacques Poumarède souligne que nombre de Provençaux tentaient d'échapper aux contraintes de l'administration et de la fiscalité en signant des « conventions matrimoniales sous-seing privé », voire se dispensaient volontairement de contrat afin de bénéficier d'une stricte séparation des biens⁷¹.

- 22 La question de la possession des biens dans le cadre du régime matrimonial implique la responsabilité du mari lorsque son épouse est marchande publique comme dans cet arrêt du Parlement de Provence daté du 5 juillet 1776 – sans aucune précision sur la date des faits – : « Arrêt V. Le mari connoissant le commerce de sa femme, mariée sous une constitution générale est censé l'autoriser par son silence, & est tenu même par corps des obligations qu'elle contracte »⁷². En l'espèce, des fabricants d'indiennes – des toiles de coton peintes ou imprimées fabriquées d'abord en Inde puis dans les manufactures européennes, et utilisées dans l'habillement ou la décoration – d'Aix, les sieurs Ginoux, livrent de la marchandise à la femme de Gaspard Barlatier, ménager de Trets, mais ne sont pas entièrement payés. Afin de récupérer le reste de la somme, ils se pourvoient devant le Lieutenant d'Aix contre le mari, Barlatier. Mais celui-ci explique qu'il ne vit pas avec sa femme et n'a pas connaissance de son commerce. Or, le principe veut que « le mari qui connoissoit le commerce de sa femme, étoit valablement obligé, & contractoit les mêmes engagements. Ce principe, utile à la bonne foi du commerce, à la sûreté publique, adopté dans les coutumes, est suivi en Provence »⁷³. En effet, dans le cadre du mariage, même lorsqu'une femme a une activité différente de celle de son mari, elle l'oblige malgré tout dans ses dettes puisque celui-ci peut bénéficier des rentrées d'argent liées au commerce de son épouse. En Provence – mais aussi en Normandie et dans la coutume de Paris –, la séparation des biens libère le mari de cette responsabilité et la femme se retrouve seule pour assumer ses dettes⁷⁴. C'est donc ici la

solution de la loi coutumière qui est adoptée au détriment du droit écrit puisque celui-ci ne dit rien sur ce point et que le droit provençal s'inspire au besoin du droit coutumier⁷⁵. Le cas des marchandes est particulier et l'enjeu réside ici dans la séparation ou non de corps entre le mari et sa femme. Bien que les liens du mariage soient indissolubles, il est possible de séparer un couple par deux manières⁷⁶. Tout d'abord la séparation de biens, autrement dit d'un point de vue patrimonial, ce qui permet aux femmes, notamment marchandes, de protéger leurs biens ou d'établir une stratégie de protection des biens du couple dans le cadre d'une fausse séparation. L'autre type de séparation, dit de corps, vise à protéger la femme des violences de l'époux en établissant une division physique du couple dans deux domiciles. Dans le cas présent, il est prouvé « par les certificats des Consuls & du Curé, que Barlatier vivoit avec sa femme, n'ayant qu'une même habitation, un même ménage »⁷⁷. Sur ce point, Barlatier s'en défend à l'aide d'autres certificats et le mémoire précise que le couple était séparé depuis plusieurs années et que le mari était dans l'impossibilité de connaître les affaires de sa femme. Finalement, ce sont les sieurs Ginoux qui permettent de trancher l'affaire. Ils apportent en effet un livre de commerce prouvant que Barlatier a reçu des marchandises et donné des acomptes pour les livraisons aux sieurs Ginoux. Ainsi, « Barlatier fût condamné au paiement de la somme de 1502 liv. pour reste & entier paiement des marchandises livrées à son épouse, avec intérêts tels que de droit, & contrainte par corps. »⁷⁸

- 23 Maître Janety, dans le *Journal du palais*, rapporte un cas similaire qui ajoute un élément supplémentaire à la réflexion autour de la possession des biens par la femme dans le cadre d'une constitution particulière – en référence à la constitution de la dot –, et non plus générale comme évoquée *supra* : « La femme, ayant même des biens libres, commerçant au vu & su de son mari, ce dernier répond civilement des dettes qu'elle contracte à raison de son commerce, comme étant censé l'autoriser & en profiter. »⁷⁹ Les marchands Pontés et Juglas, de la ville de Manosque, livrent à Françoise Durand, épouse de Jacques Richard de la ville de Barjols, des marchandises pour en faire « des bonnets d'enfan & autres objets de cette nature ». Le 10 décembre 1776, Pontés et Juglas assignent Richard devant le Juge de Barjols pour demander 303 livres et 18 sols qui leur sont dus.

Ici, la femme de Richard est mariée sous une constitution particulière et possède donc des biens dits libres ou paraphernaux. Dans le cadre d'une constitution particulière, les biens paraphernaux, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas dans la dot, sont sous le contrôle de la femme. À l'inverse, dans une constitution générale, c'est le mari qui décide et possède tous les biens. Ici, le mari n'a donc pas d'autorité sur les biens paraphernaux de son épouse. Mais l'époux a toujours pouvoir sur la personne de sa femme qui, si elle mène ses activités publiquement, le fait par l'approbation du mari. « Le seul cas qui, d'après les vrais motifs de la règle, pourroit en être tiré, ce seroit celui où le mari n'auroit pas le pouvoir d'empêcher le négoce de sa femme. Le cas de séparation juridique est en effet le seul excepté par la coutume de Paris de qui on a adopté comme une règle expresse, une décision qui étoit implicitement dans les principes du droit romain. »⁸⁰ Ainsi, la possession en propre des biens pour la femme n'est pas suffisante pour exclure le mari de ses responsabilités. Ici, l'application de la coutume parisienne sur le droit écrit provençal, dans le cas de biens paraphernaux, implique que le mari ne peut ignorer l'activité de son épouse et donc se désengager, sauf si le couple connaît une séparation de corps. En effet, ce n'est pas la constitution matrimoniale, qu'elle soit générale ou particulière, qui prime pour les femmes marchandes, mais la séparation de corps.

B. La propriété des bénéfices

- 24 Cette question de la possession des biens se pose également à propos des bénéfices issus du commerce que mènent les femmes. Dans une affaire qui oppose au ^{xvii}^e siècle une femme et son mari, l'enjeu juridique est de savoir à qui appartiennent les bénéfices issus du commerce de l'épouse. Un arrêt de la Cour du Parlement de Provence exposé par l'avocat et juriste Hyacinthe de Boniface (1612-1699) décrit l'affaire et les difficultés juridiques qu'elle pose⁸¹. L'enjeu est de savoir « si les acquisitions faites par une femme séparée de corps & de biens d'avec son mary, & négociant du consentement du mary, appartiennent au mary, en propriété ou en usufruit »⁸². Mariés en 1660, André Rey et Jeanne Montagne connaissent une série de conflits conjugaux qui aboutissent à une séparation des deux époux. En 1669, Jeanne recouvre sa dot et une séparation des biens entre les deux époux est prononcée, puis une séparation de corps en 1670.

Après cette date, Jeanne poursuit son commerce de vanes en indiennes : les vanes sont des couvertures de lit matelassées avec de la bourre de coton entre les deux toiles qui la composent⁸³. Pour des raisons qui nous sont inconnues, André recouvre la gestion de la dot de Jeanne en 1683 – le mari peut après dix ans redemander l'examen de la séparation – et, en s'appuyant sur la législation provençale, demande à ce que les bénéfices lui soient reversés en vertu de « la constitution générale de tous ses droits en dot »⁸⁴. Ainsi débute en 1683 un procès devant la Grand'Chambre du Parlement de Provence au sujet « des acquisitions faites par une femme séparée, pendant la séparation »⁸⁵. Ce procès doit décider si Jeanne est une marchande publique, autrement dit si elle a mené ses activités séparément de son mari⁸⁶. En effet, le commerce de Jeanne aurait été mené au sein de la boutique possédée par André, ce qui lui permettrait de réclamer les bénéfices.

- 25 André Rey et Jeanne Montagne sont mariés sous une constitution générale qui donne la possibilité au mari d'administrer les biens présents et à venir de sa femme. Or, une femme mariée sous une constitution générale ne peut entreprendre d'action sans l'accord de son mari et l'origine des biens doit être connue sans quoi on considère qu'ils appartiennent à André⁸⁷. Ainsi, si les biens n'appartiennent pas à Jeanne la justice considère qu'elle a réalisé des bénéfices « comme par soustraction qu'elle auroit pu faire des biens de son mari, ou par un commerce scandaleux, contraire à son honneur et à sa réputation »⁸⁸. Compte tenu de l'appauvrissement d'André et des mauvais traitements qu'il a infligés à Jeanne, il est décidé que l'usufruit des biens de Jeanne revient à André. Toutefois, cette dernière conserve la possession de ses biens. André ne peut en jouir qu'à condition de les lui restituer à la même valeur. Ainsi, Jeanne a acquis depuis la séparation une « autonomie relationnelle » et les conclusions de la procédure judiciaire impliquent une « autonomie fonctionnelle » permettant à Jeanne de mener à bien ses activités et de conserver les bénéfices de son travail⁸⁹. Hyacinthe de Boniface note que « finalement on disoit que le mary n'est pas le maître naturel de la femme ny de sa dot, & qu'il ne l'est que par fiction »⁹⁰.

- 26 Au XVIII^e siècle, cet enjeu de la possession des bénéfices demeure au sein des couples mariés, comme en témoigne le cas d'Anne Bonifay. Mariée en 1727 sans contrat de mariage avec Jean Lyon, voiturier et

cabaretier de Marseille, cette Phocéenne travaille au sein de l'auberge tenue par son mari⁹¹. À la suite du décès de Jean Lyon qui transmet à sa femme la location de l'auberge, Anne Bonifay poursuit son activité en y ajoutant une boutique de sel pour les « Muletiers de la Montagne qui apportent des provisions à Marseille »⁹². Quelques années plus tard, en 1746, elle se marie de nouveau avec Joseph-Jérôme Roman. Le contrat de mariage explique que le montant de la dot est de 7 110 livres, comprenant de nombreux capitaux issus de ses activités marchandes⁹³. Anne Bonifay décède en 1777.

- 27 Après sa disparition, Joseph-Antoine Roman – neveu de Joseph-Jérôme Roman – demande auprès des autorités à reprendre tous les biens d'Anne. La question est de savoir si les acquisitions réalisées par Anne Bonifay, d'un montant de 27 000 livres, doivent revenir aux héritiers de Joseph Roman ou bien à ceux d'Anne Bonifay. L'avocat de Joseph-Antoine Roman considère qu'Anne Bonifay « a fait des acquisitions très considérables pendant son mariage, à l'insçu de son mari. Elle n'a eu aucun commerce particulier & séparé. Elle n'a pu les payer que de l'argent de son mari »⁹⁴. L'enjeu une nouvelle fois réside donc dans la capacité à se faire reconnaître comme marchande publique et à justifier la provenance de biens et ressources pour que la possession soit légale et à son nom⁹⁵. Après l'exposition de la nature de l'union et des droits que celle-ci donne à Anne, les avocats des deux parties argumentent sur la possibilité ou non d'exercer une activité marchande à part entière. Si pour Gras, l'avocat de Roman, le travail de Bonifay s'apparente à celui d'une fille de boutique, l'avocat de Bonifay, Pascalis, défend en revanche son autonomie dans les affaires.
- 28 Anne Bonifay est mariée sous une constitution particulière qui exclut les biens paraphernaux – les biens paraphernaux, c'est-à-dire tous ceux qui ne sont pas dans la dot, sont sous le contrôle de la femme –, alors que l'union conjugale de Jeanne Montagne était régie par une constitution générale de la dot qui exigeait un consentement mutuel et concernait tous les biens présents et à venir de l'épouse⁹⁶. Dans le cas d'Anne, « si la constitution de dot est particulière de certains biens, tous les autres biens de la femme sont appelés paraphernaux. La femme en a la jouissance et la libre disposition. Elle peut les aliéner »⁹⁷. Dans son mémoire, Pascalis, l'avocat d'Anne Bonifay, défend l'idée qu'une femme peut exercer durant son mariage des

activités qui ne dépendent pas forcément de son mari ⁹⁸. L'avocat conclut que si une femme mène un commerce et que celui-ci est connu, il n'y a plus de présomption sur elle, autrement dit, il ne peut plus y avoir de doute quant à l'origine des ressources utilisées par la femme – ce qui revient à une preuve d'honorabilité quant à son travail – et il en va de même si elle se marie avec plus pauvre qu'elle. C'est par un arrêt du 4 juin 1783 que le Parlement de Provence donne finalement raison à Anne Bonifay. Celle-ci s'était réservée hors de sa dot son commerce d'avant son second mariage, et possédait ainsi les bénéfices acquis entre les deux mariages grâce à l'auberge et aux voitures. Ces biens paraphernaux lui ont donc permis de poursuivre ses activités marchandes.

- 29 La question du droit pour les femmes dans le commerce se joue par ailleurs dans leur responsabilité à se porter garantes dans le cadre d'une transaction. Dans un arrêt rendu par la Chambre des Enquêtes le 7 juin 1720, la demoiselle Cordier passe un accord avec le nommé Joseph Ricard pour des marchandises à destination de son fils à hauteur de 1 125 livres. On reproche à Cordier de s'obliger pour un tiers et donc « que la femme qui s'oblige pour un autre à qui les créanciers veulent prêter, est bien obligée en apparence, mais ne l'est pas véritablement » ⁹⁹. La question porte sur le risque qu'elle ne rembourse pas et qu'elle puisse ne pas être poursuivie. « La Dlle Cordier a reçu les marchandises en question, pour les négocier en son nom, & pour son propre compte, & pour les faire suivre par son fils qui devoit partir pour l'Amérique. Il n'y a rien là qui tombe dans le Velleyen ; car il n'est pas défendu à une femme, & surtout dans une ville de commerce, d'acheter des marchandises à retour de voyage ; de les faire suivre par qui elle trouve bon ; & de passer à cet effet des obligations. » ¹⁰⁰ Le Sénatus-consulte du Velléen est en vigueur dans les pays de droit écrit ainsi que dans plusieurs régions de coutumes. Il s'agit d'une loi romaine qui interdisait aux femmes d'être garantes pour un tiers en raison de leur faiblesse intellectuelle. Toutefois, la possibilité d'y renoncer entraînait des situations très confuses, en particulier durant le Moyen Âge, dans la mesure où ce droit, bien que toujours valable, ne s'appliquait pas de façon générale, mais en fonction de chaque femme ¹⁰¹.

- 30 Henri IV avait décidé par un édit de 1606 de supprimer ce Sénatus-consulte pour éviter toute ambiguïté, mais la Provence fait partie des

Parlements qui ont résisté à cette abrogation. Le Sénatus-consulte du Velléien, qui s'applique donc en Provence, concerne la puissance du mari dans la séparation des biens. Une femme ne pouvait pas s'engager à payer une dette par exemple, car « en pareil cas on considérait, comme l'effet de l'engagement n'était pas immédiat, que la femme ne se rendait pas compte de la portée de sa promesse, et l'on craignait dès lors des abus d'influence ou encore des engagements irréfléchis »¹⁰². Le Velléien permet de protéger les biens de la femme, y compris du mari qui ne peut la forcer et profiter de façon détournée de ses biens à crédit. C'est, pour Jean-Philippe Agresti, un renforcement de la séparation des biens entre les époux avec l'interdiction pour l'épouse de s'engager pour le mari avec ses biens dotaux ou paraphernaux. Sur ce point, Darlène Abreu-Ferreira considère que le Velléien est l'expression d'une infériorisation de la femme malgré les possibilités dont disposent les femmes de s'engager dans un certain nombre de transactions. « *As will be shown, the references to the Velleianum were not widespread, but any mention of the old Roman law served to undermine a woman's legal status, and provided a not-so-subtle reminder that in the eyes of the legislators, she was not on par with her male counterparts.* »¹⁰³ La situation portugaise semble toutefois différente du droit provençal dans la mesure où les femmes cèdent leurs droits de gestion au mari sans qu'il ne soit fait mention de biens paraphernaux que l'épouse gérerait. De plus, si la loi portugaise exige l'approbation des deux conjoints pour l'aliénation de biens familiaux, peu d'hommes présentent celle de leur épouse. Dans le cas de Cordier, rien ne concerne le Velléien, car il n'y a pas de promesse, mais un achat et qu'elle agit en son nom propre.

Conclusion

- 31 À Marseille, qui ne constitue pas une exception en Europe quant au statut des marchandes – même si des comparaisons systématiques soient encore nécessaires –, le droit provençal relatif aux femmes diffère lorsqu'il s'agit de commerçantes. Outre la nécessité de prouver leur qualité de marchande, les règlements des corporations compliquent leur accès à certains métiers en édictant des articles propres aux veuves et filles de maître. Si les marchandes bénéficient d'un statut particulier pour mener à bien leur commerce, elles sont

aussi, dans le cadre conjugal, limitées dans leurs actions. Le droit provençal s'attache ainsi à distinguer les hommes des femmes lorsqu'il s'agit de s'approprier des bénéfices issus du commerce. En réalité, on observe que ce n'est pas l'activité en elle-même qui est limitée, mais l'accès aux bénéfices et à l'indépendance. Dans le cadre conjugal, le droit provençal n'est donc pas défavorable aux épouses. Plus largement, aucun élément juridique ne permet de dire que la Provence est une terre de restriction au droit de commercer pour les femmes. Le rôle des maris dans le commerce de leur épouse est parfois marginal, voire absent, mais leur place dans le droit est centrale à moins qu'une séparation de biens et de corps ne les désengage.

- 32 La question de la possession des biens renvoie à la responsabilité du mari vis-à-vis des activités de sa femme, et donc à une infériorité juridique de celle-ci. L'enjeu est de contrôler l'activité des femmes pour ne pas que le mari et les éventuels créanciers ne soient lésés. Ces rapports au droit font écho à des débats historiographiques toujours ouverts. Amy Louise Erickson a en effet développé l'idée d'un lien entre le capitalisme anglais du XVIII^e siècle et la perte des droits de propriété pour les femmes mariées sous la *common law* au profit de leurs maris qui pouvaient ainsi investir dans l'économie. À l'inverse, les femmes anglaises célibataires avaient la possibilité de s'engager plus facilement dans l'économie¹⁰⁴. Les femmes mariées ne détenaient que peu, voire aucune marge de manœuvre, sans ressource pour lancer d'éventuelles affaires, alors que les femmes seules et les veuves connaissaient une forte indépendance et donc davantage de moyens. Cette hypothèse d'un lien entre capitalisme et structure de genre a été reprise en proposant des similitudes avec les Provinces-Unies où les femmes mariées et célibataires étaient libres de s'engager économiquement¹⁰⁵. L'étude du droit écrit à Marseille montre que celui-ci est favorable aux épouses impliquées dans le commerce, notamment en raison de l'impossibilité pour les maris d'investir avec la dot. Ces épouses sont ainsi en capacité d'agir économiquement, ce que le droit rappelle à leur endroit. Cependant, la séparation de biens n'est effective qu'après une séparation de corps, ce qui laisse au mari une responsabilité et lui permet de garder le contrôle des biens de l'épouse, y compris des bénéfices.

- 33 Toutefois, il semble complexe d'appréhender l'influence du droit quant aux activités féminines dans le commerce au quotidien dans la mesure où ce sont les conflits qui offrent un point de vue. De plus, ces distinctions genrées opérées par le droit provençal n'apportent d'information qu'à l'endroit des femmes mariées. Ainsi, rien n'est dit des femmes seules dont la situation pourrait s'apparenter à celle des veuves.

NOTES

- 1 A.-G. Boucher d'Argis, « Contraignable », D. Diderot, J. le Rond d'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, vol. IV, Paris, 1754, p. 119 b.
- 2 L'arrêt « VII. En quel cas la contrainte par corps peut être ordonnée contre les femmes ou les filles, pour dette civile » précise « que les femmes & les filles ne peuvent s'obliger, ni être contraintes par corps, si elles ne sont Marchandes publiques ». *Recueil d'arrêts notables du Parlement de Provence, Rendus sur diverses matieres & questions de Droit. Ou suite des arrêts de Boniface par Maître Joseph Bonnet, Avocat au même Parlement*, Aix, chez Claude Paquet, 1737, BUDA, RES 5181A, p. 54.
- 3 Notice « stellionat », CNRTL, URL <https://www.cnrtl.fr/definition/stellionat> (consulté le 09 janvier 2021). Voir également J.- B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence présente*, Paris, 1754-1756, t. 6, p. 142–144 ; J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1695, vol. 1, p. 566.
- 4 Voir B. Zucca Micheletto, *Travail et propriété des femmes en temps de crise* (Turin, ^{xviii}^e siècle), Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2014, p. 169 et suivantes ; A. Slimani, « La femme marchande publique : coutumes, jurisprudence, doctrine (^{xvi}^e-^{xviii}^e siècles) », P. Charlot, É. Gasparini (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2008, p. 93-121 ; V. Lemonnier-Lesage, « La femme normande, marchande publique... reste une femme normande ! », L. A. Barrière, P. Delaigue, D. Deroussin, C. Lauranso-Rosaz (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Dockès*, Paris, LGDJ, 2014, p. 475-494.
- 5 J. Noel, « N'être plus la déléguée de personne : une réévaluation du rôle des femmes dans le commerce en Nouvelle-France », *Revue d'histoire de*

l'Amérique française, vol. 63, n° 2-3, 2009, p. 209-241.

6 Pour ce développement sur le droit voir D. Godineau, *Les femmes dans la France moderne XVI^e-XVIII^e siècle*, Paris, Armand Colin, 2015, p. 9-29. Voir aussi C. Le Mao, M. Trévisi, « "Présentation" La femme et son statut en Europe au XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, n° 244, 3, 2009, p. 387-391 ; P. Petot, A. Vandenbossche, « Le statut de la femme dans les pays coutumiers français du XIII^e au XVII^e siècle », *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bruxelles, Éditions de la Librairie encyclopédique, 1962, t. XII, p. 243-254 ; J. Portemer, « Le statut de la femme en France depuis la réformation des coutumes jusqu'à la rédaction du code civil », *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, La Femme, Recueils de la Société Jean Bodin*, Bruxelles, Éditions de la librairie encyclopédique, 1962, vol. II, p. 447-497 ; C. Regina, « Du rituel verbal au rituel judiciaire. L'injure et les femmes à Marseille au XVIII^e siècle », L. Faggion, L. Verdon (dir.), *Rite, justice et pouvoirs : France-Italie XIV^e-XIX^e siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2012, p. 243-257.

7 Les recherches menées quant au droit dit coutumier en Provence ne donnent aucun résultat à l'endroit des femmes marchandes. Voir notamment J. Morgue (commenté par), *Les Statuts et Coustumes du Pays de Provence*, Aix, Charles David, 1658.

8 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2009 ; V. Lemonnier-Lesage, *Le statut de la femme mariée dans la Normandie coutumière : droit et pratiques dans la généralité de Rouen*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2005 ; J. Musset, *Le régime des biens entre époux en droit normand, du XVI^e siècle à la Révolution*, Caen, Presses universitaires de Caen, 1997.

9 S. Beauvalet-Boutouyrie, *Être veuve sous l'Ancien Régime*, Paris, Belin, 2001 ; S. Beauvalet-Boutouyrie, « La femme seule à l'époque moderne : une histoire qui reste à écrire », *Annales de démographie historique*, n° 2, 2000, p. 127-141 ; O. Hufton, « Women without Men: Widows and Spinsters in Britain and France in the Eighteenth Century », *Journal of Family History*, vol. 9, n° 4, 1984, p. 355-376 ; J.- M., Lanza., *From Wives to Widows in Early Modern Paris. Gender, Economy, and Law*, Aldershot, Ashgate, 2007 ; N. Pellegrin, C. H. Winn (dir.), *Veufs, Veuves et Veufrage dans la France d'Ancien Régime*, Paris, Classique Garnier, 2003.

- 10 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit. ; M. Bernos, « La condition féminine dans l'ancienne France : remarques de méthode » M. Bernos, M. Bitton (dir.), *Femmes Familles Filiations, Société et Histoire*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2004, p. 31-40.
- 11 C. Cardi, A.-M. Devreux, « Le genre et le droit : une coproduction. Introduction », *Cahiers du Genre*, vol. 57, n° 2, 2014, p. 5-18.
- 12 G. Buti, « Comment Marseille est devenue port mondial au XVIII^e siècle », *Marseille, Revue culturelle*, n° 185, 1998, p. 72-81 ; G. Buti, « La naissance de la fonction industrielle du port de Marseille, 1650-1830 », X. Daumalin, N. Girard, O. Raveux (dir.), *Du savon à la Puce. L'industrie marseillaise du XVII^e siècle à nos jours*, Marseille, Jeanne Laffitte, 2003, p. 17-117 ; G. Buti, « Marseille au XVIII^e siècle : ancrage méditerranéen et ouverture océane », F. Bartolotti, X. Daumalin, O. Raveux (dir.), *L'histoire portuaire marseillaise en chantier. Espaces, fonctions et représentations*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2021, p. 29-42 ; G. Buti, « Marseille au XVIII^e siècle : réseaux d'un port mondial », M. Collin (dir.), *Ville et port (XVIII^e-XX^e siècle)*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 209-222 ; R. Bertrand (dir.), *Marseille. Histoire d'une ville*, Marseille, Réseau Canopé – Ville de Marseille, 2018 ; C. Carrière, *Négociants marseillais au XVIII^e siècle. Contribution à l'étude des économies maritimes*, Marseille, Institut historique de Provence, 1973, 2 vols. ; C. Carrière, M. Courdurié, « L'espace commercial marseillais au XVII^e et XVIII^e siècles », P. Léon (dir.), *Aires et structures du commerce français au XVII^e siècle*, Lyon, Centre d'histoire économique et sociale de la région lyonnaise, 1976, p. 75-106 ; C. Carrière, A. Turret, *Richesse du passé marseillais. Le port mondial au XVIII^e siècle*. Marseille, Chambre de Commerce et d'Industrie de Marseille, 1979.
- 13 V. Simon, *Les échelles du Levant et de Barbarie. Droit du commerce international entre la France et l'Empire ottoman (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, LGDJ, 2021.
- 14 A. Stanziani, « Histoire économique et règles de droit », *Genèses*, vol. 50, n° 1, 2003, p. 2-3.
- 15 L. Fontaine, *L'économie morale. Pauvreté, crédit et confiance dans l'Europe préindustrielle*, Paris, Gallimard, 2008, p. 152.
- 16 A. Bellavitis, B. Zucca Micheletto (dir.), *Gender, Law and Economic Well-being in Europe from the Fifteenth to the Nineteenth Century: North*

Versus South?, Londres/New-York, Routledge, 2018, p. 2. Voir également S. Vandenbogaerde, I. Lellouche, H. Duffuler-Vialle, S. Dhalluin, B. Debaenst, (dir.), *(Wo)men in legal history*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2016.

17 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit.

18 A. Bellavitis, *Women's Work and Right in Early Modern Urban Europe*, New-York, Palgrave Macmillan, 2016, p. 70.

19 Voir à ce titre C. Drouault, « Aller chez le notaire : un moyen d'expression pour les femmes ? L'exemple de Tours au XVIII^e siècle », *Genre & Histoire*, n° 6, 2010 ; P. Nicola, *Women in Business 1700-1850*, Woodbridge, The Boydell Press, 2006 ; É. Richard, « Femmes chefs d'entreprise à Marseille. Une question de visibilité », M. Ferrieres, G. Dermenjian, J. Guilhaumou, M. Lapied (dir.), *Femmes entre ombre et lumière : recherches sur la visibilité sociale, XVI^e -XX^e siècle*, Aix, Publisud, 2000, p. 89-97. Voir également T. Kuehn, *Law, Family and Women. Towards a Legal Anthropology of Renaissance Italy*, Chicago, Chicago University Press, 1993.

20 D. Sebouh Aslanian, « Une vie sur plusieurs continents. Microhistoire globale d'un agent arménien de la Compagnie des Indes orientales, 1666-1688 », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n° 1, 2018, p. 19-55 ; 32. L'auteur mentionne ce point au sujet des nombreux *factums* qu'il étudie afin de recomposer la biographie du marchand Martin Marcara Avachintz. Voir également L. Lavoit, *Factums et mémoire d'avocats, un regard sur une société (environ 1620-1760)*, thèse de doctorat, sous la direction de J. Meyer, histoire et sociologie politique, Université Paris-Sorbonne, 1987 ; L. Lavoit, « Factums et mémoires d'avocats aux XVII^e et XVIII^e siècles : un regard sur une société (env. 1620-1760) », *Histoire, Économie et société*, vol. 7, n° 2, 1988, p. 221-242 ; V. Lemonnier-Lesage, « De la difficile carrière du procureur Jacques Quinsat. De l'intérêt des factums », L. Lavoit, F. Lormant (dir.), *Droit, histoire et société, Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissonny*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 2008, p. 79-92 ; S. Maza, « Le tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1987, n° 1, p. 73-90 ; J.-L. Mestre., *Un droit administratif sous l'Ancien Régime. Le contentieux des Communautés de Provence*, Paris, LGDJ, 1976 ; J. Vendrand-Voyer, « Découverte et valorisation d'une source juridique méconnue : le

factum ou mémoire judiciaire », *La Revue du Centre Michel de l'Hospital*, n° 3, 2013, p. 7-142.

21 G. Ther, *La représentation des femmes dans les factums, 1770-1789. Jeux de rôles et de pouvoirs*, thèse de doctorat, sous la direction de B. Garnot, histoire, Université de Bourgogne-Franche Comté, 2015, p. 24. Sur la question des conflits conjugaux voir également M. Charageat, « La confrontation des genres au tribunal au Moyen Âge (xiv^e-xviii^e siècles). Une relecture des relations de couples en conflit », *Genre & Histoire*, n° 5, 2009 ; M. Charageat, *La délinquance matrimoniale : couples en conflit et justice en Aragon au Moyen Âge (xv^e-xvi^e siècle)*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2011.

22 G. Ther, *Jeux de rôles et de pouvoirs. La représentation des femmes dans les factums (1770-1789)*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2017, p. 28.

23 À propos de la dialectique entre le droit et son application, voir Blondel, *A Nosseigneurs de parlement en la Tournelle. Supplient humblement Jean-Louis Leblanc,... et Marie-Geneviève Jacquet, sa femme, ci-devant aubergistes et tenant l'hôtellerie des Quatre-Fils Aymon à Charenton, près de Paris, accusés,... contre Anne-Marie-Pierrette Champy, veuve de Daniel-Louis-Fidèle-Amand Bosquillon, receveur particulier des impositions du bailliage d'Auxonne, dénonciatrice...*, Paris, P.-G. Simon et N.-H. Nyon, 1786, p. 90, cité dans G. Ther, *La représentation des femmes dans les factums, 1770-1789. Jeux de rôles et de pouvoirs*, op. cit., p. 93.

24 S. Dauchy, « L'arrestographie, un genre littéraire ? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2011, n° 31, p. 41-53 ; S. Dauchy, V. Demars-Sion, (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (xvi^e-xviii^e siècles)*, Paris, Éditions la mémoire du droit, 2005. Voir également P. Payen, *La Physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au xviii^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1999 ; P. Payen, *Les Arrêts de règlement du Parlement de Paris au xviii^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 ; H. Piant, « Des procès innombrables », *Histoire & mesure*, vol. 22, n° 2, 2007, p. 13-38.

25 <https://odyssee.univ-amu.fr/about> (consulté le 2 juillet 2021).

26 AMM, BB 129, statuts et règlements de la communauté des marchands drapiers, merciers, toiliers, dentelliers, joailliers et quincaillers, 1750 ; FF 187, 188, 206, 307, 309, 310, 311, 312, 374, 380, 381, 390, 397, 405, 410, 412, 413, 414, 415, 426, 428, 429, 431, 433, 435, registre de police relatifs aux corporations ; HH 389, armuriers et arquebusiers, 1716 ; HH 390, fabricants de bas, 1734 ;

HH 393, maîtres boutonniers, 1715 ; HH 399, maîtres marchands chapeliers et maîtres marchands garnisseurs de chapeaux, 1746 ; HH 401, maîtres chaudronniers, 1697 ; HH 403, maîtres auffiers, 1741 ; HH 404, maîtres cordonniers, 1767 ; HH 409, maîtres fondeurs, 1673 ; HH 410, maîtres marchands gantiers, parfumeurs et peaussiers, 1719 ; HH 411, maîtres horlogers, sans date ; HH 415, marchands magasiniers, sans date ; HH 416 menuisiers, 1630 ; HH 421, maîtres barbiers, perruquiers, baigneurs et étuvistes, 1697 ; HH 422, portefaix, sans date ; HH 431, marchands ouvriers des arts de la soie (pasementiers, teinturiers, mouliniers, ouvriers en draps de soie), 1752 ; HH 433, tabletiers, tourneurs et faiseurs de chaises, sans date ; HH 434, maître marchands tailleurs, 1733 ; HH 438, maîtres tonneliers et barrillats. Parmi ces différents métiers, seuls les maîtres boutonniers et les marchands ouvriers des arts de la soie ne sont pas, d'après le tableau de la figure 3, institués en corporation. ADBdR, C 2388, statuts et règlements du corps des maîtres charcutiers, *xviii^e siècle* (sans date précise) ; C 2391, marchands fabriquant, maîtres faiseurs de bas et autres ouvrages, 1729 ; C 2399, maîtres tabletiers, tourneurs en bois gris et faiseurs de chaises, 1770 ; 240 E 141, maîtres vitriers, 1718. Alcazar, 7161 et Xd8871. Arbaud, 76 C 3.

27 B. Zucca Micheletto, *Travail et propriété des femmes en temps de crise* (Turin, *xviii^e siècle*), *op. cit.*, p. 158.

28 S. Steinberg, « Hiérarchies dans l'Ancien Régime », M. Riot-Sarcey (dir.), *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, Paris, Larousse, 2010, p. 131-160. Voir également E. Charpentier, B. Grenier, *Femmes face à l'absence. Bretagne et Québec (xvii^e-xviii^e siècles)*, Québec, Centre interuniversitaire d'études québécoises, 2015 ; A. Lespagnol, « Femmes négociantes sous Louis XIV. Les conditions complexes d'une promotion provisoire », A. Croix, M. Lagrée, J. Quéniart (dir.), *Populations et cultures. Études réunies en l'honneur de François Lebrun*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 1989, p. 463-470 ; A. Polónia, « Les femmes et l'expansion maritime portugaise. Femmes entrepreneuses au Portugal et outre-mer au *xvi^e siècle* », N. Dufournaud, B. Michon (dir.), *Femmes et négoce dans les ports européens. Fin Moyen Âge – *xix^e siècle**, Bruxelles, Peter Lang, 2018, p. 45-64 ; P. Robic, « La veuve : une partie prenante méconnue dans la transmission des entreprises familiales », *Management international*, vol. 18, n° 4, 2014, p. 175-189. Cette question de la marginalisation concerne également les femmes impliquées dans des sociétés de commerce. Sur ce point voir par exemple O. Wirz, *Les sociétés en nom collectif au *xviii^e siècle**, Paris, LGDJ, 2021, p. 242-243.

29 A. Schmidt, E. van Nederveen Meerkerk, « Reconsidering the “First Male-Breadwinner Economy”: Women’s Labor Force Participation in the Netherlands, 1600-1900 », *Feminist Economics*, vol. 18, n° 4, 2012, p. 69-96 ; P. Labardin, P. Robic, « Épouses et petites entreprises. Permanence du XVIII^e au XX^e siècle », *Revue française de gestion*, vol. 188-189, n° 8, 2008, p. 97-117 ; E. van Nederveen Meerkerk, « Couples Cooperating? Dutch Textile Workers, Family Labour and the “Industrious Revolution”, c. 1600-1800 », *Continuity and Change*, vol. 23, n° 2, 2008, p. 237-266.

30 B. Debézieux, *Arrêts notables de la cour du Parlement de Provence*, Paris, P. G. Le Mercier, Desaint & Saillant, J.-T.- Herissant, 1750, p. 571.

31 « Arrest xx. Si une femme mariée, qui a signé des Billets à ordre, & fait des actes de Commerce, doit être regardée comme Marchande, & peut être convenüe à la Jurisdiction Consulaire. Si une Instance en rescision envers des Billets à ordre introduite devant le Lieutenant, peut empêcher les Creanciers de se pourvoir pardevant les Juges & Consuls, en payement des sommes contenuës dans ces mêmes Billets », *Recueil d’arrêts de la Cour du Parlement de Provence concernant La Compétence de Juges & Consuls des Marchands par Maître Joseph Bonnet, Avocat au même Parlement*, Aix, chez Claude Paquet, 1733, BUDA, *Recueil de factums du XVIII^e siècle*, RES 17192, vol. 1, p. 70.

32 A. Mézin, « La fonction consulaire dans la France d’Ancien Régime : origine, principes, prérogatives », J. Ulbert, G. Le Bouëdec (dir.), *La fonction consulaire à l’époque moderne : L’affirmation d’une institution économique et politique (1500-1800)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2006, p. 37-49 ; 37.

33 « Arrest xx. Si une femme mariée... », *op. cit.*, p. 71.

34 *Ibid.*, p. 73.

35 « Mémoire pour Sr. Jean-Joseph, Marchand Fabriquant de fayance de la Ville de Marseille, fils & héritier bénéficiaire du sieur Jean Larchier, Capitaine de vaisseau marchand, intimé en appel de Sentence rendue par le Lieutenant au siège de Sénéchal de ladite ville, le 13 Mars 1766, Contre Dlle. Marie-Magdeleine Larchier, fille dudit feu Sr. Larchier, Appelante. », Germondy, Jean-Joseph-Pierre Pascalis, Jean-Joseph Julien, Balthazard-Marie Emerigon, *Recueil de factums du 18^e siècle intéressant la Provence (1756-1771)*, BUDA, *Recueil de factums du XVIII^e siècle*, RES 6896, vol. 1 21-45, *factum* n° 40, p. 2.

36 *Ibid.*, p. 3.

- 37 S. Steinberg, « Hiérarchies dans l'Ancien Régime », *op. cit.*
- 38 N. Pellegrin, C. H. Winn (dir.), *Veufs, Veuves et Veuvage dans la France d'Ancien Régime*, *op. cit.* ; Anna Bellavitis propose une synthèse d'exemples qui montrent que « widows were not simple replacements whilst they waited for their sons to take charge of the business » (« les veuves n'étaient de simples remplaçantes en attendant que leurs fils prennent en charge l'entreprise ») : A. Bellavitis, *Women's Work and Right in Early Modern Urban Europe*, New-York, Palgrave Macmillan, 2016, p. 242.
- 39 « Mémoire pour Sr. Jean-Joseph... », *op. cit.*, p. 7.
- 40 C. H. Crowston, « Engendering the Guilds: Seamstresses, Tailors, and the Clash of Corporate Identities in Old Regime France », *French Historical Studies*, vol. 23, n° 2, 2000, p. 339-371 ; C. H. Crowston, « Women, Gender and Guilds in Early Modern Europe: An Overview of Recent Research », *International Review of Social History*, vol. 53, Supplement 16, 2008, p. 19-44 ; D. M. Hafter, « Stratégies pour un emploi : travail féminin et corporations à Rouen et à Lyon, 1650-1791 », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 54-1, 2007, p. 98-115 ; J. M. Lanza, « Les veuves dans les corporations parisiennes au XVIII^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, n° 56-3, 2009, p. 92-122 ; C. Truant, « La maîtrise d'une identité ? Corporations féminines à Paris aux XVII^e et XVIII^e siècles », *Clio. Histoire femmes et sociétés*, n° 3, 1996, p. 55-69.
- 41 M. Marraud, « Corporatisme, métiers et économie d'exclusion à Paris XVII^e-XVIII^e siècle », *Revue historique*, vol. 690, n° 2, 2019, p. 283-313 : 284.
- 42 A. Montenach, C. H. Crowston, D. Godineau, S. Gicheteau, K. Jarvis, A. Montenach, C. Plumauzille, « Genre, travail et Cité », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 394, n° 4, 2018, p. 140.
- 43 S. Guicheteau, « Pinceauteuses, fileuses et tailleuses... Les ouvrières nantaises au XVIII^e siècle : importance et mutation du travail féminin dans une grande cité portuaire et industrielle », E. Charpentier, P. Hroděj (dir.), *Les femmes et la mer à l'époque moderne*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2018, p. 125-138.
- 44 D. van den Heuvel, *Women and Entrepreneurship*, *op. cit.*
- 45 A. Bellavitis, *Women's Work and Right in Early Modern Urban Europe*, *op. cit.*, p. 48. L'auteur se réfère à A. Groppi, « Un questionario da arricchire », S. Cavaciocchi (ed.), *La donna nell'economia, secc. XIII-XVIII*, Atti

delle Settimane di studi dell'Istituto internazionale di Storia economica F. Datini di Prato, 1990, p. 143-154 et F. Le Monnier, A. Groppi, « Lavoro e proprietà delle donne in età moderna », A. Groppi (dir.), *Il lavoro delle donne*, Rome/Bari, Laterza, 1996, p. 119-163.

46 Pour une étude récente sur les corporations en France voir notamment M. Marraud, *Le pouvoir marchand. Corps et corporatisme à Paris sous l'Ancien Régime*, Paris, Champ Vallon, 2021. Voir également sur la relativisation de la prégnance des corporations et de leur homogénéité territoriale dans le modèle français, notamment face au modèle anglais, P. Minard, « Les formes de régulation du travail en France et en Angleterre au XVIII^e siècle : une enquête en cours », *Les Cahiers de Framespa*, n° 2, 2006, URL <http://journals.openedition.org/framespa/59> (consulté le 12 novembre 2022). Les liens entre femmes et corporations ont par ailleurs fait l'objet de certains travaux dont D. Dumont, « Women and guilds in Bologna: the ambiguities of 'marginality' », *Radical History Review*, vol. 70, n° 1-3, 1998, p. 4-25 ; A. Montenach, « Les femmes dans le commerce lyonnais au XVII^e siècle : ressources et stratégies des "travailleuses de l'ombre" », G. Dermenjian, J. Guilhaumou, K. Lambert, M. Lapied (dir.), *La place des femmes dans la cité*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2012, p. 73-84 ; F. Rivière, « Les femmes dans les métiers organisés à Rouen aux XIV^e et XV^e siècles : des droits exceptionnels en Normandie comme en Europe », et C. Potvin, « Les archives des corporations d'arts et métiers sous l'Ancien Régime et le travail des femmes », A. Bellavitis, V. Jourdain, V. Lemonnier Lesage, B. Zucca Micheletto (dir.), « Tout ce qu'elle saura et pourra faire ». *Femmes, droits, travail en Normandie du Moyen Âge à la Grande guerre*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2015, p. 29-42 et p. 43-56 ; E. Fiorucci, « Women at Work in a Southern European Town: Women, Guilds and Commercial Partnerships in Venice in the Sixteenth Century », A. Bellavitis, B. Zucca Micheletto (dir.), *Gender, Law and Economic Well-being in Europe from the Fifteenth to the Nineteenth Century: North Versus South?*, op. cit., p. 215-227 ; A. Groppi, « Une ressource légale pour une pratique illégale. Les juifs et les femmes contre la corporation des tailleurs dans la Rome pontificale (XVII^e-XVIII^e siècles) », R. Ago (dir.), *The Value of the Norm*, Rome, Biblink, 2002, p. 137-161 ; C. H. Crowston, « Du corps des couturières à l'Union de l'Aiguille : les continuités imaginaires d'un corporatisme au féminin », S. L. Kaplan, P. Minard (dir.), *La France malade du corporatisme ? XVIII^e-XX^e siècles*, Paris, Belin, 2004, p. 197-232 ; C. H. Crowston, « Women, Gender and Guilds in Early Modern Europe: An Overview of

Recent Research », *International review of social history*, vol. 16, 2008, p. 19-44 ; D. van den Heuvel, « Guilds, Gender Policies and Economic Opportunities for Women in Early Modern Dutch Towns » et A. C. Fridrich, « Women Working in Guild Crafts. Female Strategies in Early Modern Urban Economies », A. Montenach, D. Simonton (dir.), *Gender in the European Towns: Female Agency in the Urban Economy, 1640-1830*, Londres/New-York, Routledge, 2013, p. 116-133 et p. 134-150 ; D. M. Hafter, « Stratégies pour un emploi... », *op. cit.* ; S. Ogilvie, « How Does Social Capital Affect Women ? Guilds and Communities in Early Modern Germany », *American Historical Review*, vol. 109, n° 2, 2004, p. 325-359 ; E. Musgrave, « Women and the craft guilds in eighteenth-century Nantes », G. Crossick (dir.), *The Artisan and the European Town 1500-1900*, Aldershot, Ashgate, 1997, p. 151-169 ; A. Schmidt, « Women and Guilds: Corporations and Female Labour Market Participation in Early Modern Holland », *Gender & History*, vol. 21, n° 1, 2009, p. 170-189 ; A. D. Smith, « Women's Admission to Guilds in Early Modern England: The Case of the York Merchant Tailors' company, 1693-1776 », *Gender & History*, vol. 17, 2005, p. 99-126 ; C. Truant, « La maîtrise d'une identité ?... », *op. cit.* ; V. Valentín, « Images and Realities of Work: Women and Guilds in Early Modern Barcelona », M. S. Sánchez, A. Saint Saëns (dir.), *Spanish Women in the Golden Age*, Westport (CT)-London, Greenwood Press, 1996, p. 127-139.

47 AMM, FF 187, p. 370-373.

48 Si la présence des femmes dans les corporations n'est pas rare, elles ne sont pas ou très peu présentes à des fonctions dirigeantes. C. Dousset, « Femmes et négoce à Toulouse dans la seconde moitié du XVIII^e siècle », *Annales du Midi*, t. 118, n° 253, 2006, p. 31-50 ; N. Dufournaud, B. Michon, « Les femmes et le commerce maritime à Nantes (1660-1740) : un rôle largement méconnu », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n° 23, 2006, p. 311-330 ; D. Hafter, « Women in the Underground Business of Eighteenth-Century Lyon », *Enterprise & Society*, vol. 2, n° 1, 2001, p. 11-40.

49 AMM, HH 410, Industrie. Corporations. Fripiers. Galons (fabricants de). Gantiers. « Statuts et reglemens pour le corps & communauté des maîtres marchands gantiers, parfumeurs & peaussiers de la ville de Marseille, autorisés par des Lettres-Patentes du Roy, du mois de Décembre 1718. Homologuées au Parlement de Provence le 14 janvier 1719 », article 2.

50 *Ibid.*, article 13.

51 A. Bellavitis, M. Martini, R. Sarti, « Une histoire de la famille à part entière ? », *Mélanges de l'École française de Rome – Italie et Méditerranée*

modernes et contemporaines, vol. 128, n° 1, 2016, URL <https://journals.openedition.org/mefrim/2433> (consulté le 09 janvier 2021) ; D. M. Hafter, « Female masters in the ribbonmaking guild of eighteenth-century Rouen », *French Historical Studies*, vol. 20, n° 1, 1997, p. 1-14 ; J. M. Lanza, « Les veuves dans les corporations parisiennes au XVIII^e siècle », *op. cit.*

52 AMM, HH 390, 422.

53 « Sometimes, however, it was the guild statutes themselves that took into consideration these female roles, as in the case of the butchers from Nantes, by authorising the masters' wives to trade independently, under the protection of the guild, as sellers of offal. », A. Bellavitis, *Women's Work and Right in Early Modern Urban Europe*, *op. cit.*, p. 185. « Parfois, cependant, ce sont les statuts de la guilde eux-mêmes qui prennent en considération ces rôles féminins, comme dans le cas des bouchers nantais, en autorisant les femmes des maîtres à faire du commerce indépendant, sous la protection de la guilde, comme vendeuses d'abats ».

54 ADBdR, 8 B 116, 9 décembre 1748.

55 ADBdR, 8 B 132, Claire Beaumont, veuve Jean-Gérard Poujol. 1702-1703.

56 *Ibid.*

57 ADBdR, 8 B 133, février 1708.

58 AMM, BB 129, Statuts et règlements de la communauté des marchands drapiers, merciers, toiliers, dentelliers, joailliers et quincaillers ; HH 389, armuriers et arquebusiers ; HH 393, maîtres boutonniers ; HH 399, maîtres marchands chapeliers et maîtres marchands garnisseurs de chapeaux ; HH 401, maîtres chaudronniers ; HH 403, maîtres auffiers ; HH 404, maîtres cordonniers ; HH 410, maîtres marchands gantiers, parfumeurs et peaussiers ; HH 415, marchands magasiniers ; HH 421, maîtres barbiers, perruquiers, baigneurs et étuvistes ; HH 431, marchands ouvriers des arts de la soye (passementiers, teinturiers, mouliniers, ouvriers en draps de soye) ; HH 434, maîtres marchands tailleurs. ADBdR, C 2388, maîtres charcutiers ; C 2391, marchands fabriqua, maîtres faiseurs de bas et autres ouvrages ; C 2399, maîtres tabletier, tourneurs en bois gris et faiseurs de chaises ; 240 E 141. Arbaud, 76 C 3. Alcazar, 7161.

59 AMM, HH 431.

60 *Ibid.*, p. 16, article xxv.

61 Pour l'accès à la maîtrise voir AMM, HH 393, 404, 421, 431 ; ADBdR, C 2399.

62 AMM, HH 404, p. 17.

63 AMM, HH 421, p. 10.

64 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit., p. 34.

65 *Ibid.*, p. 25. De plus, lorsqu'il n'y a pas de lois municipales, on a recours au droit romain, note 487, p. 114 : « à la Provence d'autres provinces régies par l'"esprit des Loix Romaines" : la Gascogne, le Languedoc, le Lyonnais, le Dauphiné, le Beaujolais, le Forez, le Mâconnais et "autres pays adjacens" ». Sur de possibles comparaisons avec d'autres régions proches voir par exemple la thèse citée dans J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit., R. Nougier, *Les relations patrimoniales dans le contrat de mariage : étude sur les techniques patrimoniales en Roussillon (1659-1789)*, thèse de doctorat, sous la direction de F.-P. Blanc, droit, Université de Perpignan, 2003, t. 3.

66 Il est intéressant de noter que les Turinois n'ont pas de contrat de mariage : B. Zucca Micheletto, *Travail et propriété des femmes en temps de crise (Turin, XVIII^e siècle)*, op. cit., p. 33. De la même manière : « [...] le phénomène des mariages sans contrat notarié semble tout de même être un particularisme provençal », J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit., p. 135.

67 *Ibid.*, p. 166.

68 B. Zucca Micheletto, « À quoi sert la dot ? Aliénations dotales, économie familiale et stratégies des couples à Turin au XVIII^e siècle », *Annales de démographie historique*, n° 121, 1, 2011, p. 161-186 ; « Femmes, dots et patrimoines », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n° 7, 2011.

69 B. Zucca Micheletto, « La demande en séparation de biens en Provence à la fin de l'Ancien Régime : une action protectrice de la femme mariée », P. Charlot, É. Gasparini (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, op. cit., p. 61-92.

70 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit., p. 173.

71 *Ibid.*, préface de G. Pourmarède p. 16.

72 Maître Janety, *Journal du palais de Provence ou Recueil des arrêts rendus depuis les derniers journalistes, par le Parlement & la Cour des Aides de cette Province. Années 1775, 1776, 1777, 1778*, Aix, André Adibert imprimeur du roi, 1785, Bibliothèque Méjanes Aix-en-Provence, F.0768, Arrêt 5.

73 Ibid., p. 44.

74 B. Zucca Micheletto, *Travail et propriété des femmes en temps de crise* (Turin, XVIII^e siècle), op. cit., p. 171. Le mémoire précise : « Me. Meriaud, Substitut, observa que la Marchande publique est celle qui fait un négoce séparé de celui de son mari, à son vu & su ; pour raison des dettes qu'elle contracte à l'occasion de son commerce, elle oblige par corps elle & son mari. Quand les Marchandes publiques sont mariées, elles n'ont pas besoin d'être autorisées par leurs maris, pour être tenues des dettes & obligations qu'elles contractent pour raison de commerce ; bien plus, elles engagent dans ce cas leurs maris comme elles, & même par corps. », Maître Janety, *Journal du palais de Provence*, op. cit., p. 45.

75 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit., p. 166-167.

76 C. Dejardin, *Madame Blakey. Une femme entrepreneuse au XVIII^e siècle*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2019, p. 36-42.

77 Maître Janety, *Journal du palais de Provence*, op. cit., p. 44.

78 Ibid., p. 47. Sur la question de la séparation des biens comme stratégie afin d'éviter des poursuites de la part des créanciers voir J. Hardwick, *Family Business: Litigation and the Political Economies of Daily Life in Seventeenth-Century France*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

79 Maître Janety, *Journal du palais*, op. cit., Arrêt 29 prononcé le 15 juillet 1777, p. 219.

80 Ibid., p. 224. Voir également L. Croq, « La vie familiale à l'épreuve de la faillite : les séparations de biens dans la bourgeoisie marchande parisienne aux XVII^e-XVIII^e siècles », *Annales de démographie historique*, n° 118, vol. 2, 2009, p. 33-52.

81 H. de Boniface, *Arrest notables de la Cour du parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes et Finance du Meme Pais*, Lyon, Pierre Bailly, 1689, tome II, livre V, titre XIV, chapitre I, p. 307-310.

82 Ibid.

83 Voir notamment à ce sujet O. Raveux, « Espaces et technologies dans la France méridionale d'Ancien Régime : l'exemple de l'indiennage marseillais (1648-1793) », *Annales du Midi : revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, vol. 116, n° 246, 2004, p. 155-170.

84 H. de Boniface, *Arrest notables de la Cour du parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes et Finance du Meme Pais*, op. cit., p. 308. Plus loin : « Au contraire l'on disoit pour la femme que la loy qui a déclaré que les acquisitions faites par la femme pendant le mariage appartenoient au mari sur un principe d'honêteté, pour eviter *turpus quastus suspicionem*, a déclaré aussi qu'elles lui appartiennent sans contredit, lorsque ce soupçon manque, & que la présomption paroît que les acquisitions faites par la femme ne proviennent que des biens du mari, cette même l. Quintus Mutius, & la l. *etiam C.eod.* le decident expressement. », p. 309.

85 *Ibid.*

86 A. Slimani, « La femme marchande publique : coutumes, jurisprudence, doctrine (xvi^e-xviii^e siècles) », op.cit, L'ordonnance du commerce de 1673 ne fait aucune mention du statut de marchande publique (note 16, p. 96).

87 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit.

88 *Maximes du Palais sur les titres les plus utiles des Institutes et du Code, par un ancien magistrat au Parlement de Provence, avec des observations sur chaque maxime, conférées avec la jurisprudence des Parlemens de Droit Ecrit, et plus particulièrement avec celle des Parlemens de Toulouse et de Provence, par Monsieur G. Bonnemant, Avocat au Parlement de Provence*, Tome premier, Nîmes, Chez Castor Belle, imprimeur du Roi, 1785, t. 1, p. 111-112, cité dans J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, op. cit., p. 156.

89 G. Nemer, « L'autonomie, les contours du phénomène », *Le Sociographe*, vol. 6, n° 5, 2013, p. 13-16 : 14.

90 H. de Boniface, *Arrest notables de la Cour du parlement de Provence, Cour des Comptes, Aydes et Finance du Meme Pais*, op. cit., p. 310.

91 Sur l'histoire cette auberge voir E. Canepari, *La longue histoire de l'hôtel des Deux mondes. Belsunce-Marseille, La Tour-d'Aigues, L'Aube*, 2023, en particulier p. 29-122.

92 Mémoire de l'avocat J.-J.-P. Pascalis, « Mémoire pour les hoirs de la Dlle. Anne Bonifay, veuve en secondes noces du sieur Joseph Roman, Aubergiste de la ville de Marseille intimés en appel de Sentence rendue par le Lieutenant au Siege de la même Ville, le 2 Septembre 1779 : Contre Sieur Joseph-Antoine Roman du lieu de Lajavi, en qualité d'héritier du sieur Joseph Roman son oncle, appelant », BUDA, Recueil de *factums* du XVIII^e siècle, cote 10646, p. 3.

93 Mémoire de l'avocat J.-J.-P. Pascalis, *op. cit.*, p. 4.

94 Mémoire de l'avocat Gras « Mémoire servant de réponse Pour Joseph-Antoine Roman, Ménager du lieu de la Javy, héritier testamentaire de Joseph Roman son oncle, en son vivant, Aubergiste de la Ville de Marseille, Appellant de Sentence rendue par le Lieutenant de la même Ville, le 2 septembre 1779. Contre Les Hoirs & Héritiers de la Demoiselle Anne Bonifay, veuve en secondes Nôces dudit Joseph Roman, Intimés. », BUDA, Recueil de *factums* du XVIII^e siècle, cote 10646, p. 1.

95 A. Slimani, « La femme marchande publique : coutumes, jurisprudence, doctrine (XVI^e-XVIII^e siècles) », *op. cit.*

96 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, *op. cit.*, p. 122.

97 J.-J. Julien, *Elémens de Jurisprudence selon les lois romaines et celles du Royaume*, Chez Antoine David, imprimeur du Roi, Aix, 1785, p. 48, cité dans J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, *op. cit.*, p. 118.

98 Mémoire de l'avocat J.-J.-P. Pascalis, *op. cit.*, p. 17.

99 B. Debézieux, *Arrêts notables*, *op. cit.*, p. 571.

100 *Idem.*

101 J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien Régime : contribution à l'étude du droit et de la pratique notariale en pays de droit écrit*, *op. cit.*, p. 344-345.

102 *Ibid.*, p. 344.

103 « Comme nous le verrons, les références au Velléien n'étaient pas très répandues, mais toute mention de l'ancien droit romain servait à saper le statut juridique de la femme et rappelait, de manière peu subtile, qu'aux

yeux des législateurs, elle n'était pas sur un pied d'égalité avec ses homologues masculins. », D. Abreu-Ferreira, « Women, Law and Legal Intervention in Early Modern Portugal », *Continuity and Change*, n° 33, 2018, p. 295.

104 A. L. Erickson, *Women and Property in Early Modern England*, Londres/New-York, Routledge, 1993 ; A. L. Erickson, « Coverture and capitalism », *History workshop journal*, n° 59, 2005, p. 1-16.

105 D. van den Heuvel, *Women and Entrepreneurship. Female Traders in the Northern Netherlands, c. 1580-1815*, Amsterdam, Aksant, 2007, p. 69.

RÉSUMÉS

Français

Cet article étudie les pratiques économiques des femmes à l'aune du droit provençal et de sa jurisprudence aux XVII^e et XVIII^e siècles. La ville et le port de Marseille, alors en plein essor économique, permettent de comprendre en quoi les femmes marchandes font l'objet d'un traitement particulier et dans quelle mesure cela peut entraver la bonne marche de leurs affaires. Ainsi, il peut être difficile de se voir reconnaître le statut de marchande et plus encore de percevoir des bénéfices pour les épouses de marchands.

English

This article examines women's economic practices in the light of Provençal law and jurisprudence in the 17th and 18th centuries. The city and port of Marseille, then booming economically, provide an insight into how women merchants were singled out for special treatment, and to what extent this could hinder the smooth running of their businesses. For example, it could be difficult for the wives of merchants to obtain the status of a merchant, and even more so to earn a profit.

INDEX

Mots-clés

femmes, couple, économie, Provence, Marseille

Keywords

women, couple, economy, Provence, Marseille

AUTEUR

Romain Facchini

Romain Facchini est docteur en histoire moderne. Chercheur associé à l'UMR TELEMMe, il a soutenu sa thèse *Être marchande à Marseille. Femmes, commerce et essor économique d'une ville portuaire (milieu XVIIe – 1789)* en 2023 à l'université Aix Marseille

IDREF : <https://www.idref.fr/244230668>

Des femmes indignes d'être protégées ?

Les exclues du droit d'asile

Women Unworthy of Protection ? Those Excluded from International Protection

Juliette Guiot

DOI : 10.35562/melete.138

PLAN

I. Le genre comme facteur minimisant la responsabilité

II. Le genre comme facteur aggravant la responsabilité

Conclusion

TEXTE

- 1 La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés prévoit, dans son article 1F, que certaines personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions graves, tels des crimes de guerre ou des crimes graves de droit commun, soient exclues du statut de réfugié. Ces clauses d'exclusion, intégrées en droit français via l'article L. 511-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), et également applicables aux potentiel·le·s bénéficiaires de la protection subsidiaire¹ ou temporaire², conduisent à refuser de reconnaître une protection internationale à celles et ceux qui s'en seraient rendu·e·s indignes. L'application de ces clauses, à la frontière entre le droit administratif et le droit pénal, entre application de critères juridiques et prise en compte de contextes géopolitiques et historiques, soulève plusieurs questions. Un des aspects les plus intéressants de ces clauses d'exclusion est le fait qu'elles conduisent les autorités chargées de la détermination du statut de réfugié, notamment l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) et la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), à déclarer une personne indigne de protection. L'exclu·e du droit d'asile est ainsi une figure liminaire, ni réfugié·e, car indigne de protection, ni débouté·e, car des craintes fondées d'être exposé·e à la persécution ou à des atteintes graves lui sont reconnues.

- 2 Cette conception de l'indignité serait-elle influencée par le genre de la personne requérant l'asile ? Les demandeuses d'asile sont-elles traitées différemment dans le cadre de l'application de ces clauses d'exclusion ? Cette vision différenciée, si elle existe, pourrait-elle s'expliquer par une certaine réticence des juges de l'asile à considérer une femme comme capable d'actes de grande violence ? Plusieurs figures de l'exclue du droit d'asile se dessinent : les membres d'organisations utilisant des méthodes terroristes, telles le PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan- Turquie) et les LTTE (Tigres de libération de l'Eelam tamoul-Sri Lanka), les femmes condamnées en France pour traite des êtres humains à des fins de prostitution, ou les femmes ayant détenu des rôles importants dans des régimes dictatoriaux, voire génocidaires (tel au Rwanda). La jurisprudence de la CNDA, la juridiction administrative compétente en matière d'asile, révèle-t-elle un traitement différencié des demandeuses d'asile par rapport aux demandeurs d'asile, s'agissant des clauses d'exclusion ?
- 3 La question du genre dans la pratique de l'asile est d'une grande actualité, ce critère étant désormais explicitement pris en compte dans l'octroi d'une protection. Transposant le droit européen³, et dans la lignée des préconisations internationales⁴, la loi française enjoint désormais aux autorités de l'asile de prendre en compte le genre dans l'évaluation des craintes invoquées⁵. Ce mouvement est également européen, car la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a récemment appelé à la création d'un groupe social des femmes, facilitant ainsi la reconnaissance du statut de réfugiées aux demandeuses d'asile⁶. Le genre est ainsi un facteur important de la phase « inclusion », et cet aspect concentre l'attention de la doctrine du droit d'asile⁷. Toutefois, peu de travaux ont été consacrés à la question de la prise en compte du genre dans la phase « exclusion ». Ainsi, la seule mention de l'exclusion que nous avons pu retrouver dans les travaux portant sur la prise en compte du genre en droit d'asile concerne les épouses d'hommes exclus d'une protection internationale⁸ ! Si la question a été abordée, pour la sphère anglophone, par Kate Ogg⁹, il n'y a, à ce jour, aucune analyse d'ampleur faite sur la jurisprudence française. Cet article vise à combler au moins partiellement ce manque en s'interrogeant sur la prise en compte du genre dans la jurisprudence concernant l'exclusion des demandeuses d'asile. Une de ces questions est

d'identifier en quoi les demandeuses d'asile semblent bénéficier ou souffrir d'un traitement différencié dans ce domaine, et quelles sont les raisons susceptibles d'expliquer ces différences.

- 4 Pour comprendre les enjeux que soulèvent ces questions, il convient d'abord de revenir sur ce que sont les clauses d'exclusion en droit d'asile.
- 5 En droit français, il existe actuellement quatre types de protection internationale : le statut de réfugié¹⁰, la protection subsidiaire¹¹, la protection temporaire¹², et l'apatridie¹³. Ces quatre statuts sont soumis à des clauses d'exclusion, c'est-à-dire des situations dans lesquelles la protection doit être refusée à des personnes qui pourtant remplissent les autres conditions d'accès au statut. Ces clauses d'exclusion portent sur plusieurs motifs, dont, par exemple, le fait d'avoir auparavant obtenu un autre type de protection¹⁴. Nous laisserons ces autres motifs de côté, pour nous focaliser sur un type d'exclusion particulier, celui qui touche à l'indignité.
- 6 Concernant tout d'abord le statut de réfugié, ce dernier peut être reconnu aux personnes qui craignent avec raison d'être persécutées pour un des motifs prévus par la Convention de Genève du 28 juillet 1951¹⁵ : la « race », la nationalité, les opinions politiques, la religion, ou l'appartenance à un certain groupe social. Selon l'article 1F de cette même convention, ce statut doit être refusé lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que la personne qui demande l'asile a commis un crime international (tel un crime de guerre), un crime grave de droit commun, ou un agissement contraire aux buts et aux principes des Nations unies. Concernant ensuite la protection subsidiaire, cette protection, prévue par une directive européenne¹⁶, concerne les personnes qui risquent d'être exposées à des atteintes graves (exécution, torture, traitements inhumains ou dégradants...) ou à des menaces graves et individuelles contre leur vie en raison d'une violence aveugle dans une situation de conflit armé. Une personne peut être exclue de la protection subsidiaire lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elle aurait commis une infraction grave, reprenant globalement celles citées dans l'article 1F de la Convention de Genève¹⁷, ou lorsque cette personne représente une menace grave pour l'ordre public¹⁸. Le droit de l'Union européenne a également prévu un autre statut, celui de la

protection temporaire¹⁹, qui a récemment été appliquée aux ressortissant·e·s ukrainien·ne·s²⁰. Cette protection temporaire concerne les cas d'afflux massif de personnes déplacées. Si elle n'est pas soumise à un critère d'individualisation de la menace, la protection temporaire reste soumise à des clauses d'exclusion²¹ similaires à celles de la protection subsidiaire. Toutefois, à notre connaissance, il n'y a aucune décision d'exclusion portant sur la protection temporaire, un état de fait sans doute dû à sa mise en place très récente. Le dernier type de protection internationale est l'apatridie, qui concerne « toute personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant »²². Ce statut est soumis aux mêmes clauses d'exclusion que le statut de réfugié·e²³. Cependant, de nouveau, il n'y a à notre connaissance aucune décision d'exclusion portant sur le statut d'apatride. Les décisions que nous étudierons ci-dessous porteront donc uniquement sur l'exclusion de deux types de protection internationale : le statut de réfugié·e et la protection subsidiaire.

- 7 Qu'elle concerne le statut de réfugié·e ou la protection subsidiaire, l'exclusion, dans la pratique française, n'intervient qu'après la phase d'inclusion²⁴. En d'autres termes, une personne ne peut être exclue qu'une fois les craintes établies – qu'elles soient des craintes d'être persécutée ou d'être exposée à une atteinte grave. En l'absence de craintes, la décision sera une décision de rejet simple, concluant par exemple au non-établissement des faits invoqués, sans se prononcer sur l'application des clauses d'exclusion. Cet ordre d'analyse, où l'exclusion suit l'inclusion, est important, car il assoit le caractère exceptionnel de l'exclusion. Ce mécanisme concerne en effet des personnes auxquelles on reconnaît des craintes importantes, des personnes qui sont donc, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, non-expulsables²⁵. Les personnes concernées par l'exclusion sont donc bel et bien en danger, mais la protection internationale leur est refusée en raison de leur indignité.
- 8 Ce critère d'indignité peut surprendre, en ce qu'il semble explicitement traduire, dans la pratique du droit d'asile, un jugement d'ordre moral. Il faut cependant garder à l'esprit que l'exclusion ne résulte pas d'une évaluation arbitraire des juges de l'asile, car les conditions de cette indignité sont fixées par les textes précités.

Toutefois, ces textes, s'ils encadrent l'application des clauses d'exclusion, prévoient une certaine marge d'appréciation. Il ne peut en être autrement, dans une matière comme le droit d'asile, où chaque situation doit être étudiée individuellement, en fonction du contexte qui lui est propre. L'exclusion ne peut ainsi être prononcée de façon mécanique ou automatique, mais dépendra d'une étude au cas par cas, tel que le préconise la CJUE ²⁶.

- 9 Cet aspect casuistique nous conduit à formuler une première mise en garde concernant l'analyse de la jurisprudence qui suit. Si nous avons analysé les décisions au prisme du genre, ce n'est là qu'un facteur parmi d'autres qui a été pris en compte dans chaque affaire par les juges de l'asile. Il est ainsi possible que le genre n'ait pas été, en lui-même, l'élément le plus déterminant. Nous pouvons faire un parallèle avec le droit pénal, où le traitement de faveur dont semblent bénéficier les femmes peut s'expliquer, pour la majorité d'entre elles, par leurs faibles antécédents judiciaires ²⁷, plutôt que par leur genre. Toutefois, si le genre n'est qu'un facteur parmi d'autres, notre analyse permet de déceler qu'il est bien un facteur pris en compte. Comme nous le verrons ci-après, certaines femmes, placées dans une situation similaire à certains hommes, ont été considérées comme dignes d'être protégées, contrairement à leurs homologues masculins (I). Dans d'autres cas, le genre féminin de l'autrice de l'acte d'exclusion semble avoir été interprété, à l'inverse, comme un élément aggravant (II).

I. Le genre comme facteur minimisant la responsabilité

- 10 Comme le souligne Chrystèle Bellard en se penchant sur des travaux criminologiques des ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles, les femmes ont souvent été perçues comme ayant une plus faible capacité à commettre des crimes, du fait d'une prétendue « vertu innée », voire même de la « faiblesse de leurs instincts violents et sexuels » ²⁸. Si les théories déterministes sont désormais globalement rejetées, il n'en subsiste pas moins une forme de réticence à reconnaître la criminalité des femmes et leur capacité à commettre des actes d'une grande violence. Selon plusieurs historiens, il existe une tendance marquée depuis la fin du ^{xviii}^e siècle à réprimer la violence masculine et à

percevoir les femmes comme plus vulnérables et nécessitant d'être protégées²⁹. Cette vulnérabilité n'est pas qu'une construction : elle reflète le statut social inférieur de la femme. Les femmes sont ainsi plus volontairement définies comme des victimes par le droit, et notamment par le droit d'asile, comme le démontrent les évolutions récentes facilitant leur obtention du statut de réfugiée. Si les femmes sont majoritairement perçues comme vulnérables et victimes de la violence masculine, elles ne sont que rarement définies comme des agresseuses. Il est possible que, du fait de leur statut social, les femmes aient des opportunités réduites de commettre des crimes et que, du fait de leur éducation, elles soient conditionnées à être plus respectueuses de la loi : ce sont des théories avancées pour expliquer la part très minoritaire des femmes dans les personnes condamnées par la justice pénale³⁰. Toutefois, si les femmes sont effectivement minoritaires dans les rangs des condamnés, il n'en demeure pas moins qu'elles sont capables de commettre des actes d'une grande violence, et que cette capacité est parfois niée, voire minimisée, pour pouvoir ne garder d'elles qu'une image de victime vulnérable. Certaines décisions de la CNDA semblent refléter cet état d'esprit. Nous avons pu relever certaines décisions qui pourraient s'expliquer par une certaine réticence des juges de l'asile, reflétant en cela une réticence plus généralisée, à percevoir les femmes comme pouvant être des agresseuses.

- 11 Nous pouvons commencer par évoquer, de façon chronologique, deux décisions contrastées rendues par l'ancêtre de la CNDA, la Commission de recours des réfugiés (CRR)³¹. Nous opposons ces décisions, car elles révèlent des faits *a priori* assez similaires : une personne fait valoir qu'elle s'est échappée en attaquant un agent persécuteur. La première décision concerne une femme mauritanienne, maintenue dans une situation d'esclavage depuis son enfance, qui indiquait avoir fui en incendiant la case de la personne se désignant comme son maître³². La deuxième décision concerne un militant algérien, qui indiquait avoir tué le gardien de la prison où il était détenu³³. Or, là où la première fut reconnue comme réfugiée, le deuxième fut exclu du statut. Ces solutions différentes pourraient s'expliquer par d'autres éléments : la détention du requérant algérien était peut-être jugée légitime, contrairement à la situation d'asservissement de la requérante, ce qui permettrait de contester le

bien-fondé du meurtre du gardien. Toutefois, ces informations ne nous sont pas disponibles, car elles ne sont pas explicitement mentionnées dans les décisions de la CRR, qui se distinguaient par leur brièveté³⁴. Un indice, cependant, tiré des termes utilisés dans la première décision, laisse penser que la différence de solution entre ces deux décisions s'explique surtout par le genre des requérant·e·s : les termes utilisés dans la décision de la requérante mauritanienne. Cette dernière est avant tout présentée comme une victime : la CRR insiste sur sa « misérable dépendance », sur les « traitements abusifs dont [elle] a été si durablement victime »³⁵. Si la CRR décrit les faits, en indiquant que la requérante a incendié une case, elle ne s'étend pas, dans cette décision, sur les conséquences de cet incendie : aurait-il provoqué la mort du maître autoproclamé, voire d'autres personnes présentes ? La décision ne s'attarde pas sur la question, préférant retenir de la requérante uniquement une image de victime, concluant que « l'acte de vengeance par incendie qu'elle a commis [...] ne saurait dans les circonstances très particulières de l'espèce [résulter en son exclusion] »³⁶. Dès lors que la requérante est perçue avant tout comme victime, la violence qu'elle dit avoir commise, et ses conséquences, semblent être occultées par la CRR. Ainsi, en insistant sur les violences vécues par la requérante plutôt que sur les violences commises, la CRR a pu considérer cette dernière comme étant digne du statut de réfugiée.

- 12 Cette décision révèle qu'il paraît plus aisé de classer les requérantes dans la catégorie de « victime », et que cette classification conduit à minimiser leur rôle en tant qu'agresseuses. D'autres décisions montrent qu'une femme sera plus aisément considérée comme subalterne que comme responsable, et que cette minimisation de leur rôle a un impact certain sur leur traitement judiciaire. Relevons ainsi quelques décisions où le juge de l'asile a estimé qu'une femme n'avait pas les responsabilités nécessaires pour être déclarée responsable au titre de l'exclusion. Pour prendre de nouveau un exemple de la CRR, nous pouvons comparer deux décisions rwandaises, qui avaient trait au génocide s'étant déroulé dans ce pays en 1994. Dans la première, la Commission a jugé qu'un responsable d'une société étatique pouvait être considéré comme ayant été complice du génocide. Même si sa participation était indirecte, et se limitait à la gestion de cette entreprise, la CRR a estimé que les fonds levés par cette entreprise

servaient à acheter des armes, ce qui était une contribution suffisante pour enclencher les clauses d'exclusion³⁷. Par contraste, la CRR a écarté la responsabilité, et donc l'exclusion, de la responsable de la Banque Nationale du Rwanda³⁸, n'établissant aucun lien, même indirect, avec le génocide. De nouveau, la brièveté des décisions de la CRR nous prive de certaines précisions qui pourraient permettre d'expliquer ces différentes solutions. Toutefois, si une responsabilité indirecte dans le financement du génocide a pu être retenue pour un responsable d'une entreprise publique, il est difficile de voir en quoi cette responsabilité devait être écartée pour la responsable de la Banque Nationale du Rwanda. Dans cette deuxième affaire, la requérante semble avoir bénéficié d'une certaine souplesse de la part de la CRR. Une explication possible serait qu'il est plus difficile de retenir la responsabilité en tant que complice de femmes dans des situations de dirigeantes. Notons toutefois que la CNDA a pu exclure des femmes ayant eu des rôles particulièrement importants au sein du régime génocidaire rwandais, dès lors que leur responsabilité était assez évidente : tel est le cas – bien connu – de la veuve de l'ancien président rwandais, désignée comme une des planificatrices du génocide³⁹, ou encore d'une femme membre de « l'élite administrative », ayant contribué à la légitimation du génocide sur la scène internationale⁴⁰.

- 13 Au soutien de cette hypothèse, nous pouvons citer deux décisions plus récentes concernant des requérants kurdes ayant eu des responsabilités dans une association française qui levait des fonds, parfois à travers des extorsions, pour soutenir un groupe qualifié de terroriste⁴¹. Dans ces deux décisions, prises le même jour, le requérant, considéré comme étant le chef de cette association, a été exclu⁴², tandis que la requérante, dont le rôle a été qualifié de « mineur », s'est vue reconnaître le statut de réfugiée⁴³. Pourtant, cette dernière avait été condamnée à une peine de quatre années d'emprisonnement (dont trente mois avec sursis) par la Cour d'appel de Paris, avait été désignée par un autre membre du mouvement comme ayant eu un rôle important, et avait activement participé à de nombreuses actions de l'association. À titre de comparaison, le requérant dans l'affaire connexe avait été condamné à une peine similaire, de cinq ans d'emprisonnement. Pour ce dernier, la CNDA rappelle qu'il avait été auparavant condamné dans le cadre d'actes

violents – toutefois, c’est bien son rôle de responsable associatif qui justifie ici son exclusion, ainsi que le financement d’un groupe terroriste. Or, s’agissant de la requérante, cette dernière avait également participé à ce financement, bien que la CNDA indique que ceci concernait « un montant réduit »⁴⁴. En l’absence d’une mention exacte des montants concernés, tant pour le requérant que la requérante, toute comparaison semble vaine. Il est possible que la différence de contribution entre ces deux profils ait effectivement été conséquente, justifiant leur traitement différencié. Notre propos n’est pas ici de réfuter le bien-fondé de ces décisions, mais de déceler en quoi le profil de la requérante semble présenté d’une façon bien plus favorable que celui du requérant. Car malgré plusieurs éléments en sa défaveur, notamment sa condamnation à une peine importante et sa désignation par d’autres membres de l’association comme en étant une membre active, la requérante a été présentée comme une personne subalterne au sein de l’organisation, aux responsabilités très réduites.

- 14 Un autre exemple en ce sens est celui de la traite des êtres humains. Ces faits peuvent être considérés par le juge de l’asile comme des « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies » dès lors qu’ils ont un « impact international ». Or, cet impact international dépend des agissements et de l’influence du réseau criminel, mais également de la position occupée par le requérant ou la requérante au sein de ce réseau⁴⁵. Malgré une jurisprudence assez fournie en matière de traite des êtres humains, on peut relever que la CNDA a considéré qu’un requérant occupait une position suffisamment importante pour pouvoir qualifier les faits d’« agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies »⁴⁶, alors qu’elle n’a jamais⁴⁷ retenu cette qualification pour des requérantes condamnées à ce titre⁴⁸. Il est possible que jusqu’à présent, la CNDA n’ait eu à connaître que des cas de femmes « proxénètes intermédiaires », pour reprendre la formule souvent utilisée dans la jurisprudence. Cependant, il semblerait qu’ici encore, quand l’exclusion dépend de responsabilités exercées au sein d’un groupe ou d’un réseau, la responsabilité des femmes est plus facilement écartée. Ceci ne traduit pas forcément une trop grande mansuétude de la part du juge de l’asile : il est certain que, du fait de leur position sociale inférieure, les femmes sont souvent écartées de

postes à responsabilités. Il n'en reste pas moins que, concernant certaines requérantes, il est clair que ces dernières avaient de hautes responsabilités, qui ne doivent pas être sous-estimées.

- 15 Le juge de l'asile semble donc plus facilement considérer une femme comme ayant eu un rôle mineur au sein d'organisations se livrant à des actes susceptibles d'entraîner l'exclusion. Cette vision des femmes comme ayant forcément un rôle subalterne se retrouve également dans un arrêt récent concernant une combattante. Dans le cas d'espèce, la requérante indiquait avoir combattu pour un groupe armé srilankais – les LTTE – et avoir été blessée au combat⁴⁹. Toutefois, la CNDA a ici écarté l'application des clauses d'exclusion, en partant du principe que la demandeuse ne se serait pas servie de son arme durant les combats. Cette conclusion est étonnante au vu du profil de la demandeuse tel qu'il ressort du résumé des faits : cette dernière était devenue combattante de son plein gré pour les LTTE, avait suivi une formation militaire de six mois, avait intégré un commando de combattants, et avait été mobilisée sur sept lignes de front différentes sur une période de plus d'un an⁵⁰. Devant un tel engagement, il est difficile d'adhérer à la conclusion de la CNDA selon laquelle la requérante n'aurait pas manié l'arme dont elle était détentrice⁵¹. Cette décision semble, à première vue, peu cohérente : pourrait-elle s'expliquer par une certaine réticence à reconnaître une femme en tant que combattante, en tant que personne dotée d'aspirations bellicistes ?
- 16 Notons également un autre point, plus général. Le genre d'une requérante est souvent présenté comme un facteur de vulnérabilité, permettant d'écarter plus facilement l'application des clauses d'exclusion, notamment à travers l'établissement de causes exonératoires de responsabilité. Ainsi, si la cause exonératoire tirée de la contrainte est d'application très stricte en droit de l'exclusion, cette contrainte sera plus facilement admise pour une requérante que pour un requérant. C'est ce que montre le cas d'une femme transsexuelle brésilienne ayant participé à un trafic de stupéfiants, pour laquelle la CNDA a assez largement caractérisé une situation de contrainte de la part du réseau criminel l'ayant employée⁵². Une cause exonératoire a également été retenue dans les cas d'une demandeuse érythréenne astreinte au service militaire obligatoire⁵³, et d'une travailleuse du sexe haïtienne ayant blessé un client alors

que ce dernier l'attaquait⁵⁴. La CNDA a également su se montrer souple dans une affaire concernant une femme albanaise condamnée pour le meurtre de sa belle-mère, en prenant en compte la vulnérabilité de la requérante et le contexte de violences intrafamiliales dans lequel ce crime avait été commis⁵⁵. Il est possible que l'exclusion aurait été écartée dans ces affaires mêmes si les requérantes avaient été des requérants. Toutefois, il est clair que le genre des demandeuses a été pris en compte dans l'analyse de la CNDA, leur vulnérabilité permettant d'écarter plus aisément l'application des clauses d'exclusion.

- 17 Ces quelques décisions, si elles ne peuvent pas s'expliquer uniquement par le facteur du genre, laissent penser que les requérantes bénéficient parfois d'un traitement plus favorable que certains requérants dans des situations analogues. Cette plus grande souplesse du juge de l'asile semble en partie fondée sur une vision des femmes comme étant avant tout des victimes. Leurs actes de violence et leurs responsabilités au sein de groupes se livrant à des agissements condamnables seront ainsi plus facilement minimisés.

II. Le genre comme facteur aggravant la responsabilité

- 18 Ce désarroi face à la capacité de violence des femmes cohabite cependant avec une réaction opposée : dès lors que la violence est établie, les femmes sont parfois jugées sévèrement. Une femme criminelle est en effet historiquement perçue comme une aberration⁵⁶ : elle ne porte pas seulement atteinte à l'ordre public, mais également à l'ordre social patriarcal⁵⁷. « La perception générale est que [...] la femme criminelle transgresse son statut de femme »⁵⁸. Bien que cette perception de la violence des femmes ait évolué, elle semble toujours exercer une influence sur la vision actuelle de certaines femmes criminelles. Nous pouvons donc observer que si le juge de l'asile aura plus tendance à considérer une femme comme une victime qu'une agresseuse, l'exclusion sera facilement prononcée lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'une femme a violenté d'autres femmes ou des enfants.

- 19 La plupart des exclusions prononcées à l'encontre de requérantes concernent des affaires où des femmes victimisent d'autres femmes. C'est ainsi le cas de requérantes condamnées en France pour leur participation à des réseaux de traite des êtres humains à des fins de prostitution. Ces dernières sont très majoritairement exclues de la protection internationale, la CNDA pouvant s'appuyer sur les éléments de faits retenus dans les décisions pénales⁵⁹. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la CNDA hésite à qualifier de tels faits « d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies » lorsque la personne mise en cause est une femme, concluant souvent à un rôle subalterne au sein du réseau. Toutefois, de tels faits sont parfois qualifiés autrement, en tant que crime grave, ou comme élément permettant de caractériser une menace grave à l'ordre public⁶⁰. La CNDA considère généralement les faits de traite des êtres humains comme étant particulièrement graves, insistant souvent sur le nombre de victimes et sur leurs liens avec la requérante. Cette position ferme est sans doute liée au fait que la Cour a pour habitude d'entendre les victimes de tels trafics dans le cadre de leurs propres demandes de protection internationale. Cette thématique est ainsi plus immédiate, car les faits étant souvent commis sur le sol français, la CNDA pourra être confrontée aux demandes d'asile émanant tant des victimes que des participants d'un même réseau criminel.
- 20 S'agissant toujours de la traite des êtres humains, on peut citer le cas particulier d'une requérante libyenne, proche de Mouammar Kadhafi, qui avait été organisatrice d'un réseau au bénéfice de ce dernier, ciblant des jeunes filles parfois mineures⁶¹. Le cas est particulier parce que les faits ont été commis dans le pays d'origine de la demandeuse. Dans sa décision, la CNDA manifeste fortement sa désapprobation, évoquant ses responsabilités et sa proximité avec l'ancien dictateur libyen. La Cour souligne également le fait que la requérante avait tenté de discréditer une des victimes de cette traite, « en évoquant des affabulations, ses mœurs légères prétendument notoires ainsi qu'un physique peu avantageux »⁶². La requérante est ainsi décrite non seulement comme ayant participé à un système ayant broyé ces victimes, mais comme prolongeant les souffrances provoquées en niant la parole de ces victimes. En soulignant également le fait que ces femmes étaient « placées sous sa

responsabilité directe »⁶³, la CNDA appuie le fait qu'elle avait un grand pouvoir sur les victimes au sein de ce système qui facilitait leurs viols. Cette décision est symptomatique dans la mesure où la requérante apparaît ici comme l'exemple parfait d'une femme ayant permis l'asservissement d'autres femmes.

- 21 Parmi les autres profils de femmes victimisant d'autres femmes, nous pouvons citer les exciseuses. Ces requérantes indiquent avoir pratiqué des mutilations sexuelles sur des bébés ou des enfants, parfois sur une période de plusieurs années. Justifiée par des arguments traditionalistes ou religieux dans les pays où elle est pratiquée, l'excision, aussi appelée mutilation sexuelle féminine (MSF), implique souvent une ablation de certains organes sexuels. Si ces violences ont longtemps été ignorées par le droit d'asile, la situation a évolué, et les victimes potentielles de telles pratiques peuvent désormais être protégées, y compris en tant que réfugiées⁶⁴. Toutefois, dès lors que le juge de l'asile reconnaît qu'une excision peut être un acte de persécution, les personnes commettant de tels actes doivent en répondre. La CNDA a ainsi pris à l'égard des exciseuses une attitude ferme, se fondant surtout sur la durée et le nombre de victimes pour retenir leur responsabilité, tout en tenant compte de ce qu'elles pouvaient avoir exprimé des regrets sincères sur leur participation à de telles mutilations⁶⁵. Ces requérantes sont donc exclues dès lors qu'il existe des raisons sérieuses de penser qu'elles ont participé à l'excision d'autres femmes.
- 22 À travers ces exemples relatifs à la traite des êtres humains et aux mutilations sexuelles féminines, nous nous apercevons donc que les femmes qui ont participé à des violences visant d'autres femmes perdent toute prétention à l'étiquette de victime. Plutôt que des femmes subissant un système violent et patriarcal, de telles femmes contribuent à ce système. Leur responsabilité est en quelque sorte aggravée par l'idée que ces femmes asservissent leurs semblables, mettant à mal toute idée d'entraide féminine.
- 23 Le cas des mutilations sexuelles féminines se rapproche d'autres violences genrées fondées sur des pratiques traditionnelles néfastes, notamment celles relatives aux mariages forcés. Dans ce cadre particulier, les requérantes sont d'autant plus indignes : leurs victimes ne sont pas seulement d'autres femmes, défavorisées par un système

patriarcal, mais sont également des membres de leur famille. La CNDA a ainsi pu exclure de la protection internationale une femme qui avait organisé le mariage de sa fille, âgée de 14 ans, avec un homme majeur⁶⁶. Relevant l'absence d'une situation de contrainte qui pourrait expliquer ce mariage, la CNDA a également cité les déclarations de sa fille, qui avait aussi demandé l'asile. Cette référence à des propos tenus par une autre personne demandant l'asile est assez rare dans les décisions de la CNDA – il est possible qu'à travers cette mention la Cour ait voulu témoigner son attention envers cette mineure dont la parole avait été niée à travers ce mariage.

- 24 Le juge de l'asile peut se montrer particulièrement intransigeant avec des mères qui maltraitent leurs enfants. Il est possible que ces requérantes soient perçues comme d'autant plus indignes d'être protégées en ce qu'elles dévoient en leur rôle de parent, qu'elles portent atteinte au symbole de la mère protectrice⁶⁷. La CNDA a ainsi insisté sur les torts d'une femme sud-soudanaise qui l'avait saisie d'un recours contre la décision ayant mis fin à la protection subsidiaire à la suite de sa mise en cause pour des violences envers sa fille mineure⁶⁸. Elle a alors souligné en détail les faits de violence qui lui étaient reprochés⁶⁹. Il est intéressant de constater que pour un requérant qui avait été condamné par la justice française pour des violences envers son épouse et son enfant, l'exclusion a été écartée⁷⁰. Il est vrai que dans cette dernière affaire, le requérant avait des craintes de persécution qui lui permettaient de réclamer la qualité de réfugié et pas seulement la protection subsidiaire, ce qui conduisait à écarter l'exclusion pour des crimes graves de droit commun commis en France⁷¹. Toutefois, en l'espèce, la CNDA a également souligné, de manière superfétatoire, que les faits en cause n'étaient pas d'une gravité suffisante pour être qualifiés de « crimes graves ». Il est difficile de se prononcer sur cette appréciation des faits par la CNDA, dès lors que la Cour n'a pas précisé, dans sa décision, quels étaient les faits précis reprochés au requérant. Il est possible que les faits reprochés à la mère sud-soudanaise soient effectivement plus graves que ceux commis par le père afghan⁷². Toutefois, il est intéressant de noter que là où la CNDA insiste lourdement sur les violences perpétrées par la mère en les détaillant et les analysant, elle ne mentionne absolument pas la nature des violences commises par le

père. Serait-il possible, dans ce cas de figure, d'en déduire que des violences émanant d'une figure maternelle sont jugées comme étant plus graves que des violences émanant d'une figure paternelle ?

- 25 Ainsi, les femmes autrices d'actes visant des personnes considérées comme vulnérables – d'autres femmes ou leurs enfants – seront aisément considérées comme étant indignes d'être protégées. S'il est vrai que la vulnérabilité des victimes est un élément qui peut aussi aggraver la responsabilité des hommes ayant commis de tels actes, il semblerait que, dans ce cadre, les femmes sont considérées d'une manière particulièrement sévère. Pour nous, l'explication pourrait résider dans une notion implicite de trahison : les femmes étant plus facilement appréhendées comme des victimes, le fait de victimiser à leur tour d'autres personnes peut être perçu comme d'autant plus aberrant. Cette notion de trahison expliquerait ainsi certaines décisions, comme la décision libyenne analysée plus haut, où la CNDA souligne les liens directs avec les victimes, les responsabilités des requérantes, comme pour insister sur le caractère encore plus répréhensible de leur trahison envers d'autres femmes. Cette lecture au prisme de la trahison permettrait d'expliquer en quoi le genre des requérantes est perçu comme un facteur aggravant.

Conclusion

- 26 Nous pouvons ainsi conclure qu'en droit de l'exclusion, tout comme en droit pénal, « les femmes bénéficient de représentations sociales qui tantôt peuvent conduire à une certaine clémence tantôt à une certaine sévérité »⁷³. Le genre n'est pas le seul élément pris en compte par le juge de l'asile, qui se doit d'effectuer une analyse de tous les éléments d'un dossier au cas par cas. Toutefois, même si ce critère n'est que rarement cité explicitement, la comparaison entre des décisions concernant des demandeurs et des demandeuses d'asile aura permis d'identifier qu'il en fait partie. Notre article sera une première tentative d'identifier le rôle du genre dans l'analyse des cas d'exclusion, en montrant comme cette dimension peut opérer au sein du droit, tout en apparaissant comme étant externe au droit⁷⁴.

NOTES

- 1 Art. 15 de la Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte) [ci-après la « Directive Qualification »] ; Art. L. 512-1 du CESEDA.
- 2 Art. 2(a) Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil ; Art. L. 581-1 du CESEDA.
- 3 Art. 4(3)c de la Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes, qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts ; Art. 4(3)c de la Directive Qualification.
- 4 Comité exécutif du Haut-Commissariat aux réfugiés des Nations unies (HCR), Conclusions n° 39 (XXXVI) concernant les femmes réfugiées et la protection internationale, 1985.
- 5 Art. L. 511-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Loi n° 2015-925 du 29 juillet 2015 relative à la réforme du droit d'asile.
- 6 CJUE, GC, W.S. c. INTERVYUIRASHT ORGAN NA DARZHAVNA AGENTSIA ZA BEZHANTSITE PRI MINISTERSKIA SAVET, 16 janvier 2024, C-621/21.
- 7 A. Anderson et M. Foster, « A Feminist Appraisal of International Refugee Law », C. Costello, M. Foster et J. McAdam (dir.), *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 64-66 ; J. Bhabha, « Embodied Rights : Gender Persecution, State Sovereignty, and Refugees », *Public Culture*, vol. 9, n° 1, 1996, p. 8 ; J.-Y. Carlier, « The Geneva refugee definition and the 'theory of the three scales' », F. Nicholson et P.

Twomey (dir.), *Refugee Rights and Realities : Evolving International Concepts and Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 39 ; G. Firth et B. Mauthe, « Refugee Law, Gender and the Concept of Personhood », *International Journal of Refugee Law*, vol. 25, n° 3, 2013, p. 472-473; A. Korsakoff, « Le défi de la prise en compte du genre dans l'identification des réfugié.e.s », *Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 36, n° 4, 2020 ; N. Markard, « Gendered violence in 'new wars' : challenges to the Refugee Convention », S. van Walsum et T. Spijkerboer (dir.), *Women and Immigration Law- New variations on classical feminist themes*, New York, Routledge-Cavendish, 2007, p. 67-85 ; J. Miaz, « Les "persécutions liées au genre" en Suisse : les frontières du droit d'asile en question », *Cahiers du Genre*, vol. 57, n° 2, 2014 ; J-P. Mopo Kobanda, *Femmes victimes des persécutions sexo-spécifiques et droit d'asile en France aujourd'hui*, Thèse de doctorat, sous la direction de C. Kuyu, Droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2009, p. 217-283 ; P. Tuitt, *False Images : The Law's Construction of the Refugee*, Londres, Pluto Press, 1996, p. 33-35.

8 T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, Burlington, Ashgate, 2000, p. 120.

9 K. Ogg, « Separating the Persecutors from the Persecuted : A Feminist and Comparative Examination of Exclusion from the Refugee Regime », *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, n° 1, 2014, p. 82-111.

10 Art. L. 511-1 du CESEDA.

11 Art. L. 512-1 du CESEDA.

12 Art. L. 581—1 du CESEDA.

13 Art. L. 582—1 du CESEDA.

14 Voir par exemple les articles 1D et 1E de la Convention relative au statut des réfugiés, adoptée à Genève le 28 juillet 1951.

15 Nous laisserons ici de côté l'asile constitutionnel, plus rare, et dont les bénéficiaires n'ont jamais fait l'objet d'une exclusion. Pour plus d'information sur ce statut, voir : F. Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997, p. 61-65.

16 Art. 15 de la Directive Qualification, *op. cit.*

17 Il existe des différences entre les clauses d'exclusion applicables au statut de réfugié et celles applicables à la protection subsidiaire, notamment concernant la commission d'un crime grave (arts. 1F(b) de la Convention de Genève ou L. 512-2 2° du CESEDA) : ce dernier doit être commis, pour

l'exclusion du statut de réfugié, hors du pays d'accueil avant la reconnaissance du statut, et doit ne pas avoir de caractère politique. L'exclusion pour crime grave de la protection subsidiaire ne comporte pas de telles limites.

18 Art. L. 512-2 du CESEDA.

19 Art. 2(a) Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil.

20 Décision d'exécution (UE) 2022/382 du Conseil du 4 mars 2022 constatant l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées en provenance d'Ukraine, au sens de l'article 5 de la directive 2001/55/CE, et ayant pour effet d'introduire une protection temporaire.

21 Art. 28 de la Directive 2001/55/CE, *op.cit.*

22 Art. 1(1) de la Convention relative au statut des apatrides, adoptée à New York le 28 septembre 1954.

23 Art. 1(2) de la Convention relative au statut des apatrides, *op.cit.*

24 Notons que cette pratique n'est pas uniforme au niveau international, même si elle est constante en France depuis les années 1950.

25 Cette jurisprudence interdit notamment toute expulsion en cas de risque de traitements inhumains ou dégradants, qui seraient contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir notamment : CourEDH (plénière), SOERING c. ROYAUME UNI, 7 juillet 1989, n° 14038/88 ; CourEDH (plénière), CRUZ VARAS ET AUTRES c. SUEDE, 20 mars 1991, n° 15576/89 ; CourEDH (grande chambre), CHAHAL c. ROYAUME UNI, 15 novembre 1996, n° 22414/93 ; CourEDH (grande chambre), SAADI c. ITALIE, 28 février 2008, n° 37201/06.

26 CJUE, B. & D. c. BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, 9 novembre 2010, C-57/09 et C-101/09.

27 Voir l'intervention de Catherine Ménabé dans : I. Rome et D. Dibie (dir.), *Femmes, droit et justice*, Paris, Dalloz, 2019, p. 134-135.

28 C. Bellard, *Les crimes au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 16-17.

29 M. van der Heidjen, « Women and Crime, 1750-2000 », P. Knepper et A. Johansen (dir.), *The Oxford Handbook of the History of Crime and*

Criminal Justice, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 256-260.

30 Voir notamment : R. Cario et B. Sayous (dir.), *Tabous et réalités du crime au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2011 et R. Cario, *Femmes et criminelles*, Toulouse, Érès, 1992, p. 330.

31 Cette cour a été renommée par l'article 29 de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

32 CRR, 15 juin 2000, n° 347042, *Diagana*.

33 CRR, 16 juillet 1993, n° 247745, *M'Hamud*.

34 J. Petit, « La motivation des décisions du juge administratif français », S. Caudal (dir), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p. 215 : « les motivations actuelles sont souvent plus amples ou moins concises que naguère ».

35 CRR, *Diagana*, *op.cit.*, § 3.

36 *Ibid.*

37 CRR, SR, 19 juin 1996, n° 280634, *Mbarushimana*.

38 CRR, 3 janvier 2005, n° 434055, *Mme N. ép. B.*

39 CRR, 15 février 2007, n° 564776, *Mme K. veuve H.* ; CE, 10^e-9^e ss-sect. réunies, 16 octobre 2009, n° 311793, *Habyarimana*.

40 CNDA, 9 juillet 2015, n° 14018172, §6.

41 En l'espèce, le DHKP-C (*Devrimci Halk Kurtulus Partisi-Cephesi*, Parti révolutionnaire de libération du peuple). Voir, pour la qualification de terroriste : Annexe de la Décision (PESC) 2022/152 du Conseil du 3 février 2022 portant mise à jour de la liste des personnes, groupes, et entités auxquels s'appliquent les articles 2, 3, et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, et abrogeant la décision (PESC) 2021/1192.

42 CNDA, 11 octobre 2018, n° 17014478, C.

43 CNDA, 11 octobre 2018, n° 16030591, C.

44 *Ibid.*, § 16.

45 Cette analyse ressort de la décision de grande formation : CNDA, GF, 25 juin 2019, n° 18027385, R.

46 CNDA, 30 août 2019, n° 18052314, C+.

47 Il existe une exception, qui sera étudiée ci-dessous, concernant une femme libyenne, exclue sur ce fondement. Toutefois cette décision se distingue car cette requérante avait commis les faits en question en Libye et n'avait pas été mise en cause par la justice française, contrairement à la majorité des cas d'auteurs de traite des êtres humains dont a à connaître la CNDA.

48 Voir par exemple : CNDA, GF, 25 juin 2019, n° 18027385, R ; CNDA, 19 juillet 2019, n° 18020381 ; CNDA, 8 avril 2022, n° 21063571. Notons que ces requérantes ont été exclues, mais sur d'autres fondements.

49 CNDA, 17 août 2022, n° 17010148.

50 *Ibid*, § 2.

51 *Ibid*, § 9.

52 CNDA, 28 novembre 2023, n° 23007820.

53 CNDA, 28 avril 2021, n° 19028327.

54 CNDA, 20 mars 2023, n° 22043941.

55 CNDA, 15 juillet 2022, n° 22003396.

56 C. Lombroso, *La femme délinquante, la prostituée et la femme normale*, 1896 : « la criminelle-née est pour ainsi dire une exception à double titre, comme criminelle et comme femme [...] elle doit donc, comme double exception, être plus monstrueuse ». Passage cité dans : C. Bellard, *Les crimes au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 15.

57 M. van der Heidjen, « Women and Crime, 1750-2000 », P. Knepper et A. Johansen (dir.), *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 257.

58 Voir l'intervention de Catherine Ménabé dans : I. Rome et D. Dibie (dir.), *Femmes, droit et justice*, Paris, Dalloz, 2019, p. 132.

59 Voir notamment : CNDA, GF, 25 juin 2019, n° 18027385, R ; CNDA, 19 juillet 2019, n° 18020381 ; CNDA, 27 janvier 2021, n° 19052586 ; CNDA, 8 avril 2022, n° 21063571 ; CNDA, 18 août 2022, n° 21027216 ; CNDA, 10 novembre 2022, n° 22047047 ; CNDA, 11 juillet 2023, n° 21052822 ; CNDA, 21 septembre 2023, n° 23015136. Voir également, où l'exclusion n'est écartée que parce qu'en raison du critère spatio-temporel de l'article 1F(b) de la Convention de Genève : CNDA, 13 octobre 2023, n° 21026067.

60 Notons toutefois que ces clauses d'exclusion ne s'appliquent qu'à la protection subsidiaire. Si l'exclusion pour crime grave existe pour le statut

de réfugié·e, l'article en cause (1F(b) de la Convention de Genève) ne s'applique qu'à des faits commis en dehors du territoire français. C'était d'ailleurs un des enjeux de la qualification de tels faits en « agissements contraires aux buts et aux principes des Nations unies » sous l'article 1F(c) de la Convention de Genève, qui ne comporte pas de telles limites spatiales.

61 CNDA, 2 juin 2020, n° 18031988, C+.

62 *Ibid*, § 9.

63 *Ibid*.

64 CE, Ass, 21 décembre 2012, n° 332491, *Darbo-Fofana*.

65 CNDA, 12 novembre 2019, n° 19007358, C+ ; CNDA, 8 février 2023, n° 22051504.

66 CNDA, 25 janvier 2023, n° 22052782.

67 Voir sur ce point : R. Cario et B. Sayous (dir.), *Tabous et réalités du crime au féminin*, Paris, L'Harmattan, 2011, notamment les contributions concernant les violences intrafamiliales et pédophiles perpétrées par les femmes.

68 CNDA, 22 août 2023, n° 22015767.

69 *Ibid*, § 17-18.

70 CNDA, 13 février 2024, n° 23030991.

71 Selon une condition fixée, pour les personnes relevant du statut de réfugié·e, par l'article 1F(b) de la Convention de Genève. Il n'existe pas de telle condition dans le cadre de la protection subsidiaire.

72 Sur la notion de la gravité du crime pour les exclusions pour « crime grave », voir notamment : EASO, « Practical Guide on Exclusion for Serious (Non-Political) Crimes », décembre 2021, p. 13-18, en ligne : https://euaa.europa.eu/sites/default/files/Practical_Guide_on_Exclusion_for_Serious_NonPolitical_Crimes.pdf (consulté le 19 février 2025).

73 Voir l'intervention de Catherine Ménabé dans : I. Rome et D. Dibie (dir.), *Femmes, droit et justice*, Paris, Dalloz, 2019, p. 131.

74 Pour reprendre la formule de J. Conaghan, *Law and Gender*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 8. En anglais : « how gender is able to operate within the law while simultaneously appearing to be outside it. »

RÉSUMÉS

Français

Chaque type de protection internationale prévoit des clauses d'exclusion, selon lesquelles un statut protecteur peut être refusé si la personne requérant l'asile est jugée indigne. Le genre est désormais un critère essentiel dans la reconnaissance d'une protection internationale – toutefois, le genre est également un élément important dans le cadre de l'exclusion. Après un bref rappel des règles applicables en matière d'exclusion, nous verrons donc dans quelles situations le genre des requérantes a pu être considéré comme un facteur minimisant, ou aggravant, leur responsabilité.

English

Each type of international protection is circumscribed by exclusion clauses. These clauses prevent asylum seekers deemed “unworthy” from obtaining a protected status. Gender is now an essential criterion in the recognition of international protection – however, gender is also an important factor when it comes to exclusion. After a brief review of the rules applicable to exclusion from international protection in France, we will analyse the situations in which an asylum seeker's gender has been considered by French courts as a factor reducing, or aggravating, their responsibility.

INDEX

Mots-clés

femmes, asile, exclusion, indignité, réfugiée

Keywords

women, asylum, exclusion, unworthiness, refugee

AUTEUR

Juliette Guiot

Juliette Guiot est docteure en droit public. Elle a soutenu en 2024 sa thèse *L'indignité et les clauses d'exclusion dans le droit d'asile français. Approches théorique et pratique* à l'université Paris-Saclay.

IDREF : <https://www.idref.fr/196503302>

Ethnographie du consentement lors des procès pénaux pour viols en Belgique

Ethnography of Consent in Criminal Trials for Rape in Belgium

Oona Le Meur

DOI : 10.35562/melete.126

PLAN

Introduction

I. Situer le contexte et la méthodologie de la recherche : cadrer les modalités de l'analyse

- A. Le cadre méthodologique : ethnographie de procès pour viols
- B. Arrière-plan factuel et normatif des violences sexuelles en Belgique
- C. Le cadre théorique : appréhender le raisonnement juridique comme des pratiques et une dialectique intertextuelle

- 1. Séquencer le procès pénal en activité
- 2. De la difficulté à prouver matériellement le consentement : l'importance du dossier papier

II. Dégager ethnographiquement les paramètres déterminant un viol

- A. Temporalité
- B. Lieu de l'agression
- C. La présence de témoins
- D. Le type de pénétration
- E. La brutalité physique et ses séquelles
- F. Les liens de proximité entre le prévenu et la partie civile

III. Rôles et effets des catégorisations genrées dans l'établissement du consentement

- A. « La femme vénale »
- B. « La femme folle »
- C. « L'amoureuse éconduite »

Conclusion

NOTES DE L'AUTEUR

Cette recherche a été réalisée avec le soutien de la politique fédérale de l'égalité des genres, par le biais d'un appel à projets de l'Institut pour l'Égalité des femmes et des hommes, obtenu par l'association sans but lucratif Fem&Law, que je remercie pour leur encadrement et leur confiance.

TEXTE

Introduction

- 1 Cet article propose d'examiner les paramètres essentiels autour desquels s'articule le raisonnement juridique permettant de relier des faits à une catégorie juridique abstraite — ici, le viol. Dans les affaires de viol, la principale difficulté ne réside pas tant dans l'établissement d'un rapport sexuel que dans la détermination du consentement des parties¹. Ainsi, les paramètres, utilisés par les professionnel·les du droit et observés dans cette recherche constituent autant d'indicateurs pour apprécier l'existence ou l'absence de consentement.
- 2 Bien que cette notion ait été intégrée au droit belge lors de la réforme du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en matière de droit pénal sexuel², elle demeure difficile à appréhender par les instances judiciaires. En effet, malgré sa place centrale dans cette réforme, le consentement n'est pas défini de manière claire et explicite. Il est davantage décrit à travers ce qui le caractérise, ce qui le distingue ou encore ce qui permet de l'exclure³. Partant de ce constat, cet article s'attache à identifier les paramètres structurant le raisonnement juridique des professionnel·les du droit lorsqu'ils doivent déterminer si les faits relèvent d'un viol ou d'un rapport sexuel consenti.
- 3 Cette recherche repose sur une approche ethnographique, combinant l'observation d'audiences pénales et une analyse intertextuelle des dossiers judiciaires des affaires étudiées. La liste des critères identifiés ne prétend pas être exhaustive, mais elle met en évidence des éléments récurrents systématiquement discutés au cours des audiences. Cependant, tous ces paramètres ne revêtent pas la même importance et leur articulation peut produire des effets différenciés. De plus, l'évaluation de la crédibilité des parties est un élément central du raisonnement judiciaire. Cette crédibilité se construit dans l'interaction entre les parties et les éléments du dossier judiciaire, à travers des grilles d'interprétation reposant sur des référentiels partagés, souvent issus du sens commun⁴.

- 4 Parmi ces référentiels, les catégorisations genrées jouent un rôle structurant. Présentes tout au long du processus judiciaire, elles sont particulièrement mises en scène lors des procès, à travers les interactions entre justiciables et professionnel·les du droit. Bien que leurs effets précis sur le raisonnement juridique soient difficiles à mesurer, elles influencent la sélection narrative des faits et, *in fine*, leur qualification juridique. Ces catégories, ambivalentes, peuvent tantôt servir, tantôt desservir les justiciables. Les mouvements d'affiliation et de désaffiliation à ces catégories sont particulièrement visibles lors des audiences, mais leur existence n'est jamais frontalement questionnée. Elles fonctionnent de manière binaire et antagoniste : la mobilisation de l'une entraîne automatiquement l'évocation de son opposé. C'est notamment le cas de la figure de la « victime idéale », qui établit des standards de comportement inatteignables, reléguant dans son ombre différentes déclinaisons de « victimes suspectes » ou même « coupables »⁵.
- 5 Cet article s'articule en trois temps. Après une présentation du cadre factuel, méthodologique et théorique (1), il mettra en évidence les critères récurrents mobilisés lors des audiences pénales pour déterminer si la catégorie juridique de viol est applicable ou non (2). Enfin, il analysera la manière dont ces critères s'inscrivent dans des catégorisations genrées influençant le raisonnement judiciaire (3).

I. Situer le contexte et la méthodologie de la recherche : cadrer les modalités de l'analyse

A. Le cadre méthodologique : ethnographie de procès pour viols

- 6 Les observations ont été menées au sein d'un tribunal de première instance en Belgique sur une durée de dix mois entre 2022 et 2023 avec une attention particulière portée aux chambres qui concentraient les affaires de mœurs et les violences intrafamiliales⁶.

Tableau 1

Audiences observées	Jugements consultés	Dossiers dépouillés
22 demi-journées	20 jugements	10 dossiers
Environ 70 heures		
48 affaires observées		

7 Au total, j’ai suivi 22 demi-journées d’audiences, équivalent à environ 70 heures d’audiences. Les observations y ayant trait ont été consignées dans cinq carnets de terrains, équivalent à une centaine de pages de transcription numérique. Un premier avocat général près la cour d’appel m’ayant autorisé l’accès aux greffes⁷, 20 jugements ainsi que 13 dossiers complets ont également pu être consultés.

Tableau 2

Audiences relatives à des affaires de « moeurs »	12 demi-journées observées Environ 36 heures d’observations
	16 affaires observées
	10 jugements consultés
	5 dossiers dépouillés

8 En ce qui concerne plus spécifiquement les affaires de viols, celles-ci ont été traitées par une chambre spécialisée en affaires de « moeurs ». Il s’agit d’un tribunal correctionnel collégial, constitué d’un·e président·e et de deux assesseur·es spécialisé·es en la matière⁸. Les extraits analysés dans cet article proviennent de cinq affaires observées au cours des dix mois d’enquête, désignées de « V1 » à « V5 » dans un ordre aléatoire. Je dispose pour ces affaires d’observations d’audiences, des dossiers judiciaires et des jugements.

Tableau 3

	Préventions	Partie civile	Interprète	Condamnations
--	-------------	---------------	------------	---------------

V1	Viol avec circonstances aggravantes que les actes ont été commis par un partenaire Entrée ou séjour illégal dans le Royaume Récidive sur délit	Non	Oui	Réunion des préventions A et B pour une peine d'emprisonnement de 4 ans
V2	Viol de mineurs âgés de plus de 16 ans accomplis Voyeurisme par enregistrement avec circonstances aggravantes Montrer, rendre accessible ou diffuser des enregistrements relatifs au voyeurisme avec circonstance aggravante Extorsion Abus de confiance	Oui	Non	Acquittement pour les préventions A, C, E et G Condamnation pour les préventions B, D et F à une peine de 2 ans d'emprisonnement (avec un sursis de 5 ans)
V3	Viol avec circonstances aggravantes (séquestration) Coups volontaires	Oui	Oui	Condamnation pour les préventions A et B réunies à une peine d'emprisonnement de 4 ans
V4	Viol avec circonstances aggravantes (mineur de moins de 16 ans accomplis) (PC2) Viol (PC1) Voyeurisme par enregistrement avec circonstances aggravantes (PC2) Menaces par écrit anonyme ou signé avec ordre ou conditions d'attentats contre les personnes ou les propriétés punissables de peines criminelles avec circonstances aggravantes (PC2)	Deux parties civiles (PC1 et PC2)	Non	Acquittement pour la prévention C Réunion des préventions A, B et D réunies à une peine d'emprisonnement de 50 mois
V5	Viol Vol à l'aide de violences ou menaces Extorsion Coups volontaires ayant causé une maladie ou une incapacité de travail n'excédant pas 4 mois avec circonstances aggravantes (envers sa partenaire) Importuner son correspondant ou provoquer des dommages	Non	Non	Acquittement pour la prévention A Réunion des préventions B (disqualifiée), C, D et E pour une peine d'emprisonnement de 3 ans (avec un sursis de 5 ans)

9 Les jugements de deux de ces affaires ont fait l'objet d'une procédure d'appel (V1 et V3). Dans les deux cas, les jugements de première instance ont été confirmés. Afin de protéger l'anonymat des enquêté·es, ni le lieu des observations, ni les dates précises, ni les noms des protagonistes ne seront dévoilés. Les acteur·ices de l'audience seront désigné·es par des appellations génériques : « juge » (J⁹), « assesseur·e », « procureur·e [du Roi] » (PR), « avocat·e » (du prévenu – AP – ou de la partie civile – APC), « prévenu·e » (P), « partie civile » (PC) etc. Il se peut également que certains détails des affaires, trop caractéristiques, soient tus ou remplacés par d'autres caractéristiques similaires n'affectant pas le sens de l'observation.

Seuls les extraits d'interactions aux audiences seront retranscrits, tels que pris en note en situation.

- 10 En outre, la démarche de cet article intègre la description des interactions entre les parties au cours des audiences, mais aussi au moyen des pièces écrites constituant le dossier judiciaire, qui du point de vue de l'organisation des interactions, jouent un rôle majeur et constituent des ressources pour recadrer ou sélectionner les questions et diriger les débats. Les relations entre documents juridiques et activités de production de ces documents apparaissent comme étant inextricablement liées¹⁰. Ces observations s'inscrivent dans un contexte particulier de mutation de la politique criminelle, et notamment du Code pénal belge dont il convient de rendre compte.

B. Arrière-plan factuel et normatif des violences sexuelles en Belgique

- 11 L'État belge s'est engagé depuis 2001 dans cinq plans d'action nationaux (PAN) afin de concrétiser ses politiques en matière de violences liées au genre. Le cinquième PAN (2015-2019) a accordé une attention particulière à la lutte contre les violences sexuelles¹¹. Parallèlement, la Belgique est également signataire de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (« Convention d'Istanbul »), ratifiée en 2016. Le PAN actuel (2021-2025) s'appuie explicitement sur cette ressource normative.
- 12 Concernant plus particulièrement les violences sexuelles, une étude statistique belge d'ampleur arrive à la conclusion en 2023, qu'environ 19 % de femmes subissent un viol dans leur vie¹². Dans le but de lutter contre ces chiffres, et dans le prolongement des engagements à lutter contre les violences de genre, la Belgique s'est dotée en 2022 d'un « nouveau droit pénal sexuel »¹³. Il est à noter que les failles que présentait l'ancienne législation avaient valu à la Belgique une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴.
- 13 La loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel a été publiée au Moniteur belge le 30 mars 2022¹⁵ et est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2022. Les modifications opérées par cette loi sont nombreuses et marquent un tournant législatif¹⁶. Il y a

lieu de prendre en considération le fait que la loi la plus favorable profite au prévenu. Dès lors, si les faits ont été commis avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi — ce qui est le cas de toutes les affaires analysées dans cet article — le prévenu pourra bénéficier du cadre juridique antérieur si la loi pénale est plus indulgente et donc se baser sur l'ancien Code pénal conformément au principe de non-rétroactivité de la loi pénale.

- 14 Il s'agit néanmoins ici de résumer les principaux changements législatifs, qui colorent dorénavant la politique criminelle belge et dont j'ai pu voir les professionnel·les de la justice se saisir au cours des audiences. Auparavant inscrit au titre « Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique », le viol occupe désormais une place dans le chapitre consacré aux « infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle, au droit à l'autodétermination sexuelle et aux bonnes mœurs »¹⁷. Plus concrètement, jusqu'à la réforme de 2022, la définition du viol se limitait en Belgique à l'article 375 du Code pénal et consistait en « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas ». Cet article précisait encore, par son alinéa 2, qu'il ne pouvait y avoir de consentement lorsque l'acte était imposé par la violence, la contrainte, la ruse, ou lorsque la victime était atteinte d'une infirmité, d'une déficience physique ou mentale. Aujourd'hui, c'est l'article 417/11 qui définit le viol comme « tout acte qui consiste en ou se compose d'une pénétration sexuelle de quelque nature et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne ou avec l'aide d'une personne qui n'y consent pas ». À cette nouvelle définition du viol, légèrement plus étendue, le « nouveau droit sexuel » inscrit également la notion de consentement à l'article 417/5, dont l'inclusion fait débat dans d'autres pays¹⁸.

« Le consentement suppose que celui-ci a été donné librement. Ceci est apprécié au regard des circonstances de l'affaire. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime. Le consentement peut être retiré à tout moment avant ou pendant l'acte à caractère sexuel ».

- 15 Il est précisé dans l'alinéa suivant qu'il n'y a pas de consentement lorsque l'acte est commis en profitant de la vulnérabilité de la victime

en raison d'un état de peur, d'une influence de l'alcool, de stupéfiants, de substances psychotropes ou autre, d'une maladie ou situation de handicap altérant le libre arbitre. L'alinéa 3 complète la liste de situations caractérisées par une absence de consentement par l'existence d'une menace, de violence physique ou psychologique, d'une contrainte, surprise ou ruse, ou de tout autre comportement punissable¹⁹. Le dernier alinéa de l'article ajoute qu'il n'y a pas consentement lorsque la victime est inconsciente ou endormie²⁰. Il est à noter enfin que la nouvelle loi déploie une répression considérablement alourdie²¹. Il est important de noter que ces changements législatifs représentent en partie une inscription dans la loi d'évolutions jurisprudentielles²².

- 16 En cela la situation législative de la France est un contrepoint intéressant puisque, bien que faisant l'objet de débat quant à son insertion, le consentement ne figure pas encore explicitement dans son code pénal²³. Pourtant, il semblerait que l'appréhension du viol par les professionnel·les du droit, et leur définition du consentement en pratique, n'est pas très éloignée de ce qui a été observée pour cette recherche²⁴, ce qui questionne la pertinence de la définition des violences sexuelles à partir de la notion de consentement.
- 17 À ce titre, et comme mentionné précédemment, si toutes les audiences traitent de faits ayant eu lieu avant la réforme, elles ne permettent pas moins de saisir des pratiques juridiques qui restent d'actualité. Ce cadre est ainsi bien présent dans les interactions orales au cours des procès, ou l'est au sein des jugements de ces affaires.

C. Le cadre théorique : appréhender le raisonnement juridique comme des pratiques et une dialectique intertextuelle

1. Séquencer le procès pénal en activité

- 18 Cet article puise dans le positionnement épistémologique et les ressources offertes par les approches ethnométhodologiques,

notamment l'analyse conversationnelle. Il est postulé que, pour comprendre les ressorts de l'application des règles par les professionnel·les du droit, il s'agit avant tout de comprendre leurs « pratiques juridiques ». Ces travaux ont pour point commun de rendre compte de l'ordinaire du droit et de son accomplissement en tant que pratique sociale. Appréhender le droit « de l'intérieur », et rendre compte des pratiques juridiques dans leur épaisseur socio-anthropologique, mais aussi formelle²⁵, est permise par l'approche ethnographique de la praxéologie. Dans une perspective praxéologique, le procès judiciaire est une performance collective où chaque participant contribue à « faire droit ». Cela signifie démontrer leur compétence à agir selon les règles et à produire des résultats conformes aux exigences de correction procédurale et de pertinence juridique. Ce travail repose sur des pratiques routinières encadrées par des règles, des précédents et des usages professionnels, « ni remarquables, ni remarquées »²⁶.

19 Plus précisément, l'analyse conversationnelle étudie l'organisation située de la parole, en interaction, dans sa relation avec la production d'actions et l'accomplissement d'entités sociales, telles que des identités, des faits et des institutions²⁷. Le procès pénal est envisagé comme une activité qui consiste à formuler les conditions dans lesquelles un dispositif — ici le procès pénal — est organisé par les acteur·ices qui y prennent part. Il s'agit de séquences préparées d'opérations, qui visent pour les un·es, à qualifier des états de choses, et pour les autres, à les transformer²⁸. Il peut également s'agir de contester des qualifications qui se stabilisent dans des opérations de questions/réponses, de déclarations, etc. Dans cette approche, que l'on peut apparenter à de l'anthropologie linguistique²⁹, l'administration de la justice est ainsi conçue comme un phénomène d'ordre local et dialectique, qui à travers les pratiques de ses professionnel·les, apparaît comme un processus d'articulation de faits avec des normes qui peuvent être contestées et transformées au cours des interactions³⁰.

20 En Belgique, c'est l'article 190 du Code d'instruction criminelle qui organise les débats lors de l'audience et les ordres de passage. Si cet ordre peut occasionnellement être bousculé à la marge, les juges ouvrent et ferment les débats, et la plaidoirie de l'avocat de la défense est toujours la dernière longue intervention de l'audience³¹. Outre

cette contrainte procédurale, faisant de l'audience pénale un espace ritualisé³², l'autre caractéristique organisatrice de l'ordre de l'interaction judiciaire selon Baudouin Dupret est la recherche de la pertinence juridique³³. Cette dernière consiste à faire correspondre des faits à une définition juridique formelle. Cette opération est l'enjeu de négociations entre les parties à l'audience, dans une perspective dialectique où les faits constituent des catégories juridiques, qui (re)constituent à leur tour les faits. Dans cet esprit, le processus juridique de qualification est lié au processus sociologique de normalisation, à savoir, ces opérations par lesquelles les juges sélectionnent de manière routinière certains faits qui s'apparentent à une typologie de la normalité, de l'usuel³⁴. Cette typologie relève en partie du sens commun et oriente également les parties à l'audience. C'est dans ces négociations que se logent ces typologies socialement marquées, parmi lesquelles celles relevant du genre³⁵.

- 21 C'est à la charnière de ce triangle analytique oscillant entre « pertinence juridique », « correction procédurale » et « processus de normalisation » que se situe ma contribution. C'est en tentant de rester au sein de ce triangle que les juges prennent leur décision, prenant en compte également des signes et indices, bordés par les limites du triangle analytique. Ces « signes et indices »³⁶ permettent de trier parmi les faits, ce qui peut être rattaché de manière probable, convaincante à un viol, et ce qui relève plutôt d'un rapport sexuel consenti, ce qui reste pour les affaires qui nous intéressent ici, l'horizon ultime du jugement. Ce sont grâce à ces indices pratiques que les juges se dotent d'outils d'interprétation, de compréhension et d'évaluation des versions alternatives des faits proposés lors de l'audience pénale, indices qui s'appuient sur un dossier judiciaire dont il ne faut pas sous-estimer l'importance lors des échanges oraux de l'audience.

2. De la difficulté à prouver matériellement le consentement : l'importance du dossier papier

- 22 Les procès pénaux relèvent d'une dialectique ordonnée entre textes écrits et performances orales³⁷. L'oralité est transformée en textes, à leur tour rejoués lors de l'audience, dont les performances

fournissent à nouveau des matériaux qui peuvent être utilisés à des stades ultérieurs de la prise de décision³⁸. Au cours de cette dialectique, les acteur·ices du droit explorent dans quelle mesure les faits débattus se rapportent au champ d'application d'une norme du droit pénal – quitte parfois à effacer les circonstances contextuelles des conduites examinées, afin d'établir une nouvelle réalité juridique délimitée par la catégorie abstraite choisie. Comme mentionné plus haut, l'absorption des faits par une norme juridique abstraite s'effectue moyennant des interprétations traversées de sens commun et d'attentes sur le comportement des victimes et des auteur·ices³⁹. Ces catégories sont généralement produites dès la constitution du dossier, souvent dans les auditions de la police ou bien au cours des expertises médicales⁴⁰. Ce dossier constitue quelque part le cheminement du « travail de la preuve », défini comme

une activité de production, distribuée entre des acteurs divers interagissant entre eux, et dont les équipements – cognitifs ou matériels – sont orientés vers l'identification, la sélection, le prélèvement, la mise en forme et en relation d'éléments empiriques hétérogènes, à des fins de conviction judiciaire⁴¹.

- 23 À la différence d'autres systèmes juridiques, en Belgique, le caractère mixte entre inquisition et accusation lors de l'audience pénale, permet aux juges d'occuper une place prépondérante dans les échanges tenus à l'audience⁴². Ces échanges vont être souvent basés sur l'examen des dossiers papier. Le dossier permet en tout état de cause de commencer l'évaluation de la crédibilité des parties, et de lui donner corps lors des échanges durant l'audience, orienté par les pièces du dossier. L'avocat de la défense dans l'affaire V4 affirme ainsi à propos de l'une des deux parties civiles :

(1) Avocat du prévenu (ci-après AP) : Pour ce qui est de l'autre prévention, mon client affirme avoir agi en réaction à la violence (2) de la partie civile, ce qui explique ses blessures. Alors elle dit s'être enfuie et être allée (3) directement à l'hôpital qui ne relève aucune lésion périno-anale ce qui est discordant avec les (4) violences décrites. Madame parle d'une éjaculation sur ses fesses, mais le prélèvement n'a (5) trouvé aucune trace de sperme sur elle.

Donc j'entends des déclarations discordantes et je (6) demande donc le bénéfice du doute et l'acquittement de mon client.

(7) Juge (ci-après J) : vous demandez l'acquittement parce qu'il n'y a pas eu de viol ou parce qu'il n'y a pas eu de pénétration ?

(8) AP : Parce que ce n'est pas un viol. L'absence de consentement n'est étayée par aucune preuve objective.

- 24 Dans cette affaire l'avocat de la défense balaie la possibilité d'un viol puisqu'il n'y a pas de preuve matérielle (3, 5), pas parce que le rapport sexuel n'est pas reconnu — le prévenu reconnaît bien l'existence d'un rapport sexuel, mais consenti, ce que reproduit ici son avocat (8) à la demande du juge (7). Il faut en effet pouvoir démontrer rétrospectivement le non-consentement à l'aide de preuves matérielles, notamment des certificats médicaux attestant de blessures visibles, de préférence évaluées et traduites en ITT (incapacité temporaire de travail)⁴³. Dans une autre affaire, une avocate de partie civile affirme ainsi :

(9) Avocat de la partie civile (ci-après APC) : Il y a une stricte adéquation entre ses mots et des éléments matériels. On ne peut pas (10) ramener ce dossier à une parole contre l'autre. La parole de ma cliente est cohérente et crédible (11) tandis que celle du prévenu varie jusqu'au burlesque.

- 25 L'avocate de la défense s'appuie sur ce qui fait la difficulté de la grande majorité des affaires de viols (« une parole contre l'autre » 10) pour montrer que la partie civile est en mesure ici, d'étayer ses propos à l'aide de preuves matérielles. Ce n'est que dans un troisième temps qu'elle oppose les crédibilités des deux parties — la partie civile étant « cohérente » (10), et le prévenu tenant des propos qui varient « jusqu'au burlesque » (11).

- 26 Il est essentiel de prendre en compte l'aspect déterminant de la qualification policière dans les affaires de violences sexuelles⁴⁴. Ces qualifications sont déterminées par plusieurs aspects, et sont absolument perméables aux jugements ordinaires en matière de sexualité⁴⁵. Dans le cadre de l'étude d'affaires plus précises, en deuxième partie de cet article, il est parfois possible de retracer la formulation de catégories ou de typifications genrées dès le dépôt de plainte. Les expertises médicales constituent une autre forme de mobilisation des catégories genrées structurant les interactions de l'audience. Par exemple, l'importance des expertises psychiatriques dans les affaires pénales n'est plus à démontrer. Les relations entre expertise médicale et justice pénale sont appréhendées dans leur mobilisation par les magistrat·es pour définir la responsabilité pénale ou morale des prévenu·es⁴⁶, ou encore pour évaluer leur dangerosité ou le risque de récidive⁴⁷, notamment en ce qui concerne les crimes sexuels⁴⁸. Il est important de souligner que ces expertises deviennent primordiales en cas d'impossibilité de fournir des preuves matérielles⁴⁹. À ce titre, les certificats médicaux jouent un rôle d'« opérateurs de factualité »⁵⁰ : « ils sont un repère pour l'objectivation des déclarations des protagonistes et conservent les traces des violences subies en dépit de leur caractère éphémère »⁵¹. Elles en deviennent une source extrêmement importante dans la fabrication du récit servant à qualifier juridiquement les faits⁵².
- 27 La difficulté de démontrer le consentement ou son absence, par des preuves matérielles visibles, complique la prise de décision dans le cadre de l'élaboration d'un jugement. Les audiences peuvent concourir à mettre en scène le fait que les paroles des justiciables s'opposent, et les professionnel·les de la justice, afin de se former une intime conviction, procèdent de manière relativement explicite à une évaluation de la crédibilité des parties⁵³. Comme cela a été relevé précédemment, cette évaluation repose non seulement sur l'application ou la mobilisation de catégories juridiques, mais aussi sur des catégories de raisonnement s'appuyant sur le sens commun. Or le sens commun est traversé de catégorisations genrées, implicites, floues, évolutives, et toujours dichotomiques.

II. Dégager ethnographiquement les paramètres déterminant un viol

- 28 La principale difficulté dans les affaires de viol réside dans le fait que les prévenus nient rarement le fait qu'il y ait eu un ou des rapports sexuels. Ils vont nier en revanche l'aspect de contrainte. Les discussions tournent ainsi principalement autour de la notion de « consentement », véritable pierre d'achoppement du droit⁵⁴. Si, comme je l'ai mentionné plus haut, le consentement a été intégré au Code pénal belge en 2022 (art. 417/5) il n'en est pas moins difficile de faire concorder l'appréhension juridique du consentement et les pratiques des justiciables. Face à la difficulté à le définir, certain·es chercheur·es parlent de « zones grises » du consentement qui devrait davantage être conçu comme un spectre que comme une catégorie aux frontières claires et imperméables⁵⁵. Les magistrat·es doivent néanmoins acquérir au moins « l'intime conviction » (à défaut de certitude) qu'il ne s'agit pas d'un rapport sexuel consenti, pour catégoriser les faits discutés comme un viol.
- 29 Les observations d'audiences et le dépouillement des dossiers judiciaires permettent de saisir comment la notion de consentement est déterminée au cours des interactions à l'audience, en puisant dans l'imaginaire d'un scénario relativement stéréotypé. Il est à cet égard intéressant de constater que cet imaginaire dépasse les cadres nationaux et juridiques des violences sexuelles, puisque différents aspects de sa mobilisation sont démontrés en France à plusieurs niveaux de la chaîne pénale⁵⁶.
- 30 Durant les audiences que j'ai observées, j'ai identifié de manière non exhaustive six paramètres structurant le raisonnement juridique dans des affaires de viol — la temporalité de la judiciarisation des faits, le lieu de l'agression, le type de pénétration, la présence de témoins, la brutalité physique et ses séquelles, et la nature de la relation antérieure aux faits entre le prévenu et la partie civile. Ces paramètres sont ici globalement présentés dans l'ordre où ils sont invoqués à l'audience. Il existe une hiérarchie, qui n'est cependant pas immuable, de ces paramètres. La combinaison de ces différents

éléments résulte en un « script pénal de la sexualité contrainte »⁵⁷, qui peut donner des résultats variables.

A. Temporalité

- 31 En relation avec le critère de la temporalité, il a été observé que plus le viol est dénoncé tôt, plus la plainte de la partie civile a de chance d'être considérée comme crédible⁵⁸. Parmi les cinq affaires étudiées dans cet article, celles qui ont débouché sur une condamnation sont celles pour lesquelles les faits ont été rapportés le jour même ou bien le lendemain des faits (notamment les affaires V1 et V3 ainsi que pour l'une des deux parties civiles de l'affaire V4). Un juge procède dans l'affaire V2 à poser explicitement la question du contexte de dévoilement des faits à une partie civile : « Qu'est-ce qui vous a poussé — c'est vrai, relativement tard — à porter plainte ? ». La partie civile porte plainte environ deux ans après les faits. Elle explique qu'au départ, elle ne porte pas plainte directement pour les faits de viol, mais en raison des préventions d'extorsion et d'abus de confiance. C'est en révélant le fait que le prévenu l'obligeait à lui donner de l'argent par divers moyens qu'elle finit, au cours de la première audition avec la police, par parler également du viol. Ceci ne passe pas inaperçu auprès de l'avocat de la défense qui revient, à plusieurs reprises au cours de l'audience, sur le contexte de dévoilement des faits.

(11) AP : À partir de quel moment la partie civile parle-t-elle de viol à ses parents ?

(12) Partie civile (ci-après PC): Le jour où mes parents ont découvert qu'il n'y avait plus d'argent dans l'enveloppe.

(13) AP : Est-ce que vous avez des problèmes avec vos parents ?

(14) J : Est-ce que vous avez parlé du viol à vous parents parce que vous avez peur d'eux ?

(15) PC : Non.

- 32 En faisant redire à la partie civile qu'elle a porté plainte au moment où ses parents ont découvert qu'elle n'avait plus d'argent (12), l'avocat de la défense met en lumière que la partie civile aurait pu avoir une motivation pour instrumentaliser la justice qui serait celle de se justifier auprès de ses parents. Il essaie de surcroît de faire concorder les réponses de la partie civile, avec celles du prévenu, qui affirme dans ses auditions auprès de la police que le père de celle-ci est violent (14). Néanmoins, la partie civile ne mentionne à aucun moment, ni du dossier judiciaire ni du procès, une quelconque mésentente familiale.
- 33 La préoccupation liée à la temporalité de la plainte repose non seulement sur une évaluation de la crédibilité des déclarations de la partie civile, mais surtout sur la difficulté de fournir des preuves (notamment scientifiques et matérielles) passé un certain délai. Ces temporalités policières et judiciaires ont tendance à entrer en concurrence avec le fait que les victimes de violences sexuelles mettent souvent plusieurs années avant d'identifier le préjudice subi⁵⁹. Dans ce cas-ci, il s'agit d'un viol par fellation, qui laisse déjà à priori peu de traces visibles et objectivables. En outre, la partie civile était mineure, ce qui allonge la prescription de l'infraction et rallonge le délai pour porter plainte. Or, si la partie civile n'a pas judiciairisé les faits immédiatement, la suspicion d'instrumentalisation de la procédure à des fins privées est alimentée par les avocat·es de la défense – mais nous reviendrons sur ce point.

B. Lieu de l'agression

- 34 Sur les cinq affaires observées, trois des viols ont eu lieu en extérieur : deux dans un parc public, l'un dans une voiture. Les viols en extérieurs sont généralement considérés comme plus sordides et ainsi « plus crédibles » parce qu'ils s'éloignent de ce que l'on peut

imaginer comme un cadre de relations sexuelles légitimes. En effet, commis en extérieur, ils renvoient au viol paradigmatique, qui a longtemps orienté l'imaginaire collectif vers un scénario de faits extrêmement brutaux, effectués par un agresseur anonyme, en extérieur, de nuit, sur une victime qui s'est débattue de toutes ses forces⁶⁰. Ce scénario continue à exister dans les tribunaux, ne serait-ce que pour s'en défendre. Une avocate de la partie civile explique ainsi à propos de sa cliente pourquoi il s'agit bien d'un viol, en dépit du fait que celui-ci ne corresponde pas au « stéréotype du viol » (voir plus bas).

C. La présence de témoins

- 35 Bien que rare dans ce type de dossier, celle-ci peut s'avérer cruciale. Plus les témoins sont éloignés des parties (notamment des parties civiles), plus leur témoignage sera perçu comme crédible. Ainsi dans l'affaire V1, le viol est pris en flagrant délit par un policier, qui se rendait à son travail, contribuant probablement au fait que le prévenu de cette affaire est condamné à une peine très lourde. Sans ce témoignage, cette affaire aurait pu être plus difficile à juger, puisque la victime a voulu retirer sa plainte, ne s'est finalement pas constituée partie civile, qu'elle connaissait bien le prévenu puisqu'il s'agissait de son ex-compagnon, et qu'elle est revenue sur ses déclarations lors des différentes auditions auprès de la police. Sans nier le viol, elle exprime une inquiétude sincère pour le prévenu, et se décrédibilise elle-même en disant qu'elle avait trop bu et qu'elle était fâchée avec lui.
- 36 Lors de sa première audition auprès des services de police, le prévenu fournit quant à lui des aveux complets, il est incarcéré préventivement en raison également de son séjour illégal en Belgique. Le jour du procès que j'ai observé, il revient sur ses déclarations en affirmant ne se souvenir de rien concernant la nuit des faits. La source des discussions principales, lors du procès et dans le jugement final, y compris de l'arrêt de la Cour d'appel, tourne ainsi autour des deux auditions du témoin, policier de métier.

D. Le type de pénétration

- 37 La pénétration considérée comme la « plus grave » reste la pénétration pénienne — d'autant plus si elle peut être objectivée par des certificats médicaux (traces de sperme ou autre). Les autres types de pénétration sont plus difficiles à prouver et restent dans l'imaginaire commun moins traumatisants⁶¹. Un avocat de la défense répond ainsi au réquisitoire de la procureure du Roi, en minimisant la gravité du viol subi par une partie civile qui, lors de son audition à la police, raconte que le prévenu l'a pénétrée une fois, vaginalement.

(16) AP : Je répondrais en quatre points au réquisitoire du ministère public : Un — si la partie civile (17) donne des précisions et des détails cohérents sur tout, la pénétration, elle, est floue. Tout est (18) détaillé à part ce moment-là. C'est un peu pauvre pour un élément central dans ce dossier. Deux (19) je rappelle que c'est une toute petite voiture. C'est quand même compliqué d'imaginer une (20) pénétration là-dedans. Trois — monsieur a éjaculé, c'est certain. Mais a-t-il éjaculé à l'intérieur (21) ou à l'extérieur du vagin de madame ? N'y a-t-il pas un doute quant à la pénétration qui devrait (22) bénéficier à mon client ? (...) Nous sommes ici dans une chambre spécialisée qui voit beaucoup (23) d'affaires de mœurs et se rend bien compte qu'il y a des viols pires que d'autres. Il y a un (24) continuum dans le spectre des viols. Ici, c'est un viol un peu moins grave et au niveau de la (25) peine, il faut en tenir compte.

- 38 La manière dont les arguments de l'avocat de la défense sont présentés remet en cause l'existence d'une pénétration parce que la partie civile n'est pas en mesure de donner beaucoup de précisions quant à celle-ci. Dans son audition, elle affirme « de ce que je me souviens, il m'a pénétré une seule fois, avec son sexe, au niveau du vagin ». Il met ainsi en contraste les détails fournis par la partie civile dans son récit, au « flou » qui entoure la pénétration (17). Après avoir mis en doute la parole de la partie civile, il met en doute l'expertise médicale qui a bien retrouvé du liquide séminal appartenant au

prévenu sur les vêtements et sous-vêtements de la partie civile (20-21). Il jette ainsi le doute sur le fait qu'il y ait eu pénétration, tout en admettant l'acte sexuel (21-22).

- 39 Il qualifie également la pénétration vaginale « d'élément central dans ce dossier » (18), s'alignant sur l'ancien Code pénal belge, en vigueur au moment des faits, qui parle de « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit » (anc. CP art. 375). Or, c'est en jetant le doute sur la pénétration vaginale que l'avocat de la défense entend démontrer que ce viol « est un peu moins grave » (24). Par ailleurs, dans leurs dépositions auprès de la police, la partie civile comme le prévenu racontent un moment de relation sexuelle orale — le prévenu aurait « léché » le vagin de la partie civile⁶². Cet élément sert à l'avocat de la défense qui estime que les éléments entourant la pénétration sont flous, et qu'il faut donc requalifier la prévention de viol en tentative de viol. En raison de la présence de sperme appartenant au prévenu sur la partie civile, et notamment dans sa culotte, cette demande ne sera pas retenue et le prévenu sera condamné à une peine d'emprisonnement.

E. La brutalité physique et ses séquelles

- 40 Le non-consentement est prioritairement imaginé comme un acte de résistance physique⁶³. En l'absence de ce dernier, la valeur d'un « oui » ou d'un « non » est soumise à une ambiguïté, discutée tout au long du procès, en fonction de laquelle les avocat·es des deux parties doivent se prononcer. Il revient principalement aux avocat·es des parties civiles d'expliquer dans quelles conditions, un rapport sexuel a pu avoir lieu, alors qu'il n'y avait pas de consentement. En d'autres termes, le consentement est présumé, c'est son absence qui doit être prouvée, comme l'exemplifie l'extrait de la plaidoirie de l'une des deux parties civiles de l'affaire V4.

(26) APC : Ma cliente n'était pas en état de choc ou de sidération. Elle crie, elle hurle, elle (27) exprime son absence de consentement d'ailleurs c'est sa gifle qui déclenche l'avalanche (28) de violences. Toutes les déclarations de ma cliente sont corroborées par l'expertise médicale. (29) Lors d'une audition celle-ci a déclaré que lorsque le prévenu

l'étranglait, elle a vraiment cru (30) qu'elle allait mourir. Elle le lui a dit, ce à quoi il a répondu : « C'est ton karma ». Elle a eu peur (31) pour sa vie, elle a « lâché », elle cède ! S'ensuit une fellation forcée. Je rappelle que lors de son (32) audition, ma cliente explique la chose suivante : « J'ai essayé de flatter son ego parce que j'avais (33) peur de mourir ». Il lui a dit « Tu vas finir ce que tu as commencé » et après il la pénètre de force !

- 41 L'avocate de la partie civile construit ici son argumentaire en fonction de la notion de consentement qu'elle brosse en ombres chinoises : sa cliente n'était pas en état de choc ou de sidération (26). Ceci lui permet de donner toute sa force à l'argument de la résistance physique, sa cliente ayant exprimé son refus vocalement (26-27) et physiquement — ce qui est confirmé par l'expertise médicale (28) — jusqu'à la peur de mourir (29-30).
- 42 Georges Vigarello explique qu'historiquement, « [l]a violence sexuelle commence avec ce qui en est entendu. [...] La femme violentée n'existe que projetée dans ses effets sur les gens. Sa volonté doit être "vue". Sa défense doit être racontée. Un public doit pouvoir témoigner. [...] La victime doit montrer qu'elle a, de bout en bout, physiquement résisté »⁶⁴. Au fond, l'avocate de la partie civile explique les conditions dans lesquelles un acte sexuel a pu se dérouler, malgré le non-consentement de sa cliente. Le consentement étant présumé dans le cadre de la réalisation d'un acte sexuel, charge aux victimes de démontrer qu'elles ne consentent pas au rapport sexuel qui s'est déroulé. Dans le cadre de la plaidoirie précitée (mais aussi de manière majoritaire) l'argument central est celui des blessures répertoriées par l'avocate à la fin de la plaidoirie, l'insistance sur la longueur de l'ITT et les photos des blessures jointes au dossier.
- 43 Dans l'affaire V5, la question de la violence est posée par le président de la chambre, réagissant à l'audition du prévenu qui évoque des violences réciproques, justifiant son comportement qui relèverait d'une réaction de défense.

(34) J : Elle est forte [la partie civile] ?

(35) P : Approximativement 100-110 kg quand même.

(36) *La salle rit, président de la chambre et assesseurs compris.*

(37) J : Je me demandais si elle était puissante. (Nouveaux rires) P : Oui. (...)

(38) J : Est-ce que vous l'avez frappée ?

(39) P : Non je l'ai poussée.

(40) J : Pousser violemment c'est des coups !

(41) P : Je me suis défendu, elle m'étranglait !

(42) J : Donc vous l'avez frappée.

(43) P : C'était une bagarre alors.

(44) J : Alors il y a des coups !

(45) P : Oui.

(46) J : Avec l'intention de vous défendre si je comprends bien. (...)

(47) J : Vous dites que vous faisiez la moitié de votre poids, mais dans ces photos on dirait que vous (48) faites du body-building ! C'est pas de la graisse comme moi ! (rires), Mais du muscle ! Ça ne (49) veut pas dire que madame ne peut pas vous frapper, mais vous n'êtes pas faible. Vous dites que (50) vous l'avez poussée par exemple, mais comment vous expliquez les traces de coups sur madame ?

(51) P : Je ne veux pas faire de discours victimaire ou anti-raciste mais...

(52) J [l'interrompt] : Vous l'avez frappée ou pas ?

(53) P : Il y a eu une altercation violente.

(54) J : Oui ou non ?

(55) P : Oui, en partie, mais en partie non. C'est pas tout moi.

(56) J : C'est qui alors ? Comment vous expliquez les multiples contusions au visage ?!

44 Vraisemblablement, le président de la chambre entre en matière en s'appuyant sur l'audition du prévenu par la police, où celui-ci fait déjà valoir l'impossibilité physique dans laquelle il serait de violer la victime présumée, en raison du poids de celle-ci. Dans son audition auprès de la police, le prévenu fait valoir non seulement qu'il n'est « pas possible physiquement pour [lui] de la violer » parce qu'elle « fait plus de 110 kg », mais aussi que « ça n'existe pas des femmes qui vous font rentrer chez elle à 22 h si elle ne veut pas un peu de plaisir ». Néanmoins, le dossier judiciaire comporte des preuves

médicales de lésions infligées à la victime présumée sur lesquelles le président de la chambre s'appuie pour essayer d'obtenir des aveux de la part du prévenu quant à la prévention de coups et blessures (38, 52, 54). Quand la confrontation directe ne fonctionne pas, le juge s'appuie sur les explications données par le prévenu pour obtenir un aveu (40), concluant systématiquement à des aveux (42, 44) bien que le prévenu essaie à tout prix de minimiser sa responsabilité dans sa narration des faits en symétrisant les violences (41, 43). Ce n'est que lorsque le prévenu finit par acquiescer aux conclusions du juge (45) que ce dernier admet une partie des explications du prévenu (46). L'importance accordée à la violence physique est importante dans cette affaire quant à la prévention de coups et blessures, alors que l'allégation de viol va être examinée dans un second temps, à la lumière des rapports qu'auraient entretenus le prévenu et la victime présumée (voir plus bas).

- 45 Dans l'affaire V2, l'avocate de la partie civile revient également sur la notion de consentement pour expliquer comment ce viol a pu avoir lieu, alors qu'il n'y a pas de preuves de violences physiques. Une vidéo parcellaire de l'acte discuté a cependant été jointe au dossier. Elle fait, durant l'audience, l'objet de nombreux visionnages de la part des professionnel·les de la justice qui ne s'accordent pas sur ce qu'ils voient à l'écran.

(57) APC : Celle-ci [la vidéo] est partielle, il n'y a ni le début ni la fin. Ce qui est intéressant (58) néanmoins c'est qu'on est loin du stéréotype du viol — il n'y a pas de violences. Ma cliente dit (59) néanmoins explicitement « non » deux fois. Et il [le prévenu] lui dit « si tu continue encore une (60) fois ». Lors de l'audition elle dit que le prévenu a éjaculé dans sa bouche. Vous avez je pense, (61) suffisamment d'éléments pour condamner le prévenu. Les enquêteurs semblent eux-mêmes le (62) dire, qu'elle ne semble pas consentante et qu'elle détourne le visage plusieurs fois pendant (63) l'acte.

- 46 Le viol en question est un acte sexuel buccal infligé en pleine journée dans un lieu public sur une jeune femme de seize ans lors des faits,

par un jeune homme majeur (affaire V1). Lorsque l'avocate de la partie civile explique « qu'on est loin du stéréotype du viol » elle associe cela à l'absence de violences (58). Elle fait valoir, en revanche, le fait que l'on entend dans cette vidéo la partie civile dire « non » plusieurs fois (59) et que ce refus oral explicite n'est pas entendu par le prévenu qui procède à achever l'acte sexuel (60). Au fond, l'avocate essaie d'expliquer comment l'acte sexuel non consenti a pu se dérouler, sans que la partie civile ne se débattre avec plus de vigueur que ce qui est transmis dans la vidéo jointe au dossier, en pointant les autres éléments qui peuvent mener à considérer son absence de consentement.

- 47 Dans l'affaire V3, l'avocat de la défense demande au prévenu si pendant que celui-ci procédait à ce rapport sexuel supposément consenti, la partie civile s'était débattue. Le prévenu soutient fermement que la partie civile initie le rapport sexuel, dans la voiture du prévenu en fin de soirée, et que prise d'un accès de folie, elle le mord, ce qui oblige le prévenu à se défendre avec violence.

(64) AP [au prévenu] : Est-ce que pendant que vous aviez ces envies, elle s'est débattue ?

(65) P : Non. C'est elle qui a baissé les sièges quand on s'embrassait. Elle m'a mordu la langue. Je (66) l'ai giflé parce qu'elle me lâchait pas. Après elle est sortie de la voiture.

(67) J : On a déjà entendu cette histoire cinq fois !

(68) AP : Très bien. Je m'attendais à une autre version. J'aurais essayé.

- 48 Dans cette affaire, le prévenu et la partie civile ne rapportent pas les mêmes actes de violence. Si la partie civile parle « d'étranglements » à deux reprises et admet avoir mordu la langue du prévenu, le prévenu parle d'une gifle par laquelle il aurait cherché à se défendre de la

partie civile qui l'agressait (66). La partie civile comme le prévenu cherchent à faire valoir une violence de légitime défense. La partie civile se serait défendue du viol en mordant le prévenu, tandis que celui-ci se serait défendu des assauts de la partie civile en la giflant. Depuis le début de l'audience, il est clair que la stratégie de l'avocat du prévenu est de requalifier la prévention de viol en tentative de viol. En posant la question des violences physiques au prévenu, l'avocat cherche à obtenir un aveu *a minima* sur la tentative de viol de la part du prévenu. Face au maintien du prévenu de ses déclarations qui ne semblent aucunement convaincre les juges, l'avocat de la défense se désaffilie ostensiblement de celui-ci⁶⁵, (« je m'attendais à une autre version » 68), afin de préserver sa crédibilité professionnelle auprès de ses collègues, (« j'aurais essayé » 68).

- 49 Dans l'affaire V1, l'avocat de la défense soutient la ligne de conduite du prévenu, qui après des aveux auprès de la police et du juge d'instruction, revient sur ses propos au cours de l'audience pour dire qu'il ne se souvenait pas des faits. Parallèlement à cette défense par l'oubli, l'avocat rajoute un argumentaire sur les incohérences du récit de la présumée victime, qui ne s'est pas portée partie civile. Il s'étonne ainsi que la présumée victime ne se rappelle pas si le sexe du prévenu était en érection ou non, ce qui, selon l'avocat de la défense, contrasterait avec le récit du témoin (le policier en civil) qui a trouvé les faits « violents ». Il se demande si les cris entendus par le témoin ne pourraient pas tout autant être des cris de plaisir que de douleur. Il s'appuie sur un extrait de la déclaration du témoin pour soulever cette question (« je ne pouvais pas dire si elle se tenait fortement parce qu'elle avait du plaisir ou si elle était en souffrance ») pour décrédibiliser le témoignage et injecter du doute dans cette version des faits⁶⁶. Le président de la chambre et les assesseurs ont l'air manifestement abasourdis. Le consentement de la victime est mis en doute de manière tellement caricaturale que la position de l'avocat de la défense devient intenable.

(69) J : Donc si je comprends bien, vous dites que madame...

(70) AP [coupe le juge] : Si madame avait été violée, la moindre des choses serait de repousser son agresseur !

(71) J : Mais enfin ! Vous avez déjà été poussé contre un arbre ?!

(72) AP : Je me serais débattu !

(73) J : Mais enfin (manifestement choqué)...
Enfin continuez.

(74) AP : Donc madame ne savait pas si le sexe était en érection ou pas. Il y a beaucoup de zones (75) d'ombres dans ce dossier. Les mouvements de va-et-vient [observés et rapportés par le témoin] (76) n'indiquent pas forcément de pénétration. Et deuxièmement, s'il y a eu acte de pénétration, (77) est-ce que madame était consentante ? N'importe qui surpris dans la situation de monsieur aurait (78) été choqué. Mais il ne l'était pas. Mon client veut mettre cette affaire derrière lui. Il veut rentrer (79) chez lui. Donc si je résume, on ne sait pas s'il y a eu pénétration, on ne sait pas s'il y avait (80) consentement, je demande donc une requalification.

(81) J : Mais il revient sur ses déclarations alors ? Il a fait des aveux !

(82) AP : Aujourd'hui il ne se souvient pas. Nous plaidons l'acquittement ou bien la requalification en « tentative de viol ». Il aimerait retrouver ses enfants au [pays].

50 Cette interaction entre le président de la chambre et l'avocat de la défense remet en évidence de manière très claire toujours la même définition du consentement : celui-ci est présumé dans le cadre d'un rapport sexuel, de surcroît entre deux ex-conjoint·es et n'est retiré qu'à condition de se débattre physiquement avec beaucoup

d'acharnement. Le fait que le viol puisse se produire est déjà une responsabilité partagée entre l'auteur et la victime (70). Il semblerait que la victime présumée n'ait pas « repoussé » son agresseur, ce qui revient à dire qu'elle avait accepté ce rapport sexuel qui serait donc consenti. Quand le président de la chambre fait remarquer l'aspect caricatural de la défense en proposant une identification à la position de la victime (71) l'avocat confirme qu'il se serait « débattu » — empêchant alors selon lui le viol (72). Les stratégies de comparaisons en situation ont généralement des limites, les professionnelles du droit ne partageant que très peu les situations des justiciables auxquels ils essaient de s'identifier dans un processus d'évaluation de la normalité des faits qui leur sont soumis.

51 Dans un procès pour viol, une parole s'oppose bien souvent à l'autre, des interprétations concurrentes peuvent être tout aussi logiques. C'est dans cette concurrence que se logent les négociations relatives à la narration sélective des faits retenus dans le jugement. La pertinence des déclarations des parties dépend dans une large mesure de leur cohérence, qui est elle-même évaluée à l'aune de ce qui est projeté comme un comportement normal. La version qu'essaie de mettre en avant l'avocat de la défense dans l'extrait ci-dessus consiste à souligner les divergences entre ce que rapporte le témoin, et ce qui est considéré comme évident, ou généralement considéré comme vrai⁶⁷. L'avocat en appelle au fond au standard d'évaluation du « bon père de famille », qui, bien que remplacé dans les faits par la référence à « la personne prudente et raisonnable » en raison de son caractère sexiste⁶⁸, continue à présider à l'évaluation *in abstracto* de ce qu'un être abstrait, doué de raison, qui aurait fait preuve d'une prudence normale, aurait fait. Il raisonne ainsi selon un syllogisme partant du postulat que « n'importe qui pris dans cette situation aurait été choqué » (77-78). Le prévenu ne l'était pas selon l'avocat, donc il n'a pas pu commettre de viol. La déposition du témoin est néanmoins plus succincte que cela, puisqu'il signale simplement « qu'aucun coup n'a été échangé pendant l'interpellation de l'homme et sa mise au sol ».

52 Les « zones grises »⁶⁹ que mobilise l'avocat de la défense sont celles qui entourent la détermination du consentement lors d'un procès pour viol, notamment lorsque la victime présumée ne porte pas de marques physiques (suffisamment) visibles. La nécessité de

démonstrations physiques — qu’elles soient du côté de l’agresseur ou de la victime pour se défendre — remonte aux origines du crime de viol⁷⁰. La ligne directrice dans la détermination du non-consentement est en effet la recherche de traces visibles. L’injonction qui pèse sur les victimes présumées est celle d’extérioriser leur intériorité. Cette exigence de démonstrations de résistances physiques extrêmes — le doute disparaissant totalement à la mort des victimes⁷¹ — révèle bien que le consentement est supposé et que c’est son absence qui doit être démontrée. Le procès pénal s’appuyant avant tout sur des preuves matérielles⁷² reste peu adapté à la potentielle immatérialité du consentement, ce qui explique que les pratiques et raisonnements ne soient pas si différents dans des pays n’ayant pas intégré le consentement à leur loi pénale, tels que la France.

F. Les liens de proximité entre le prévenu et la partie civile⁷³

- 53 La seule affaire où la proximité entre la victime présumée et le prévenu ne pose pas question est l’affaire V1 où un policier en civil, en route pour le travail, est témoin de la scène et intervient. Le fait que le témoin soit un policier en civil qui a vu toute la scène et qui témoigne lors de ses auditions de sa violence atténue le potentiel problématique de la force du lien entre le prévenu et la victime, ce qui est une différence importante avec les autres affaires dans lesquelles le consentement de la partie civile est passé au crible de la relation entretenue avec l’agresseur. Ainsi la brutalité de l’agression et la présence d’un témoin, qui n’est rien de moins qu’un policier, atténuent la force du lien de proximité entre l’agresseur et la victime.
- 54 Dans les autres affaires, la proximité entre le prévenu et la victime est examinée avec attention afin d’évaluer la crédibilité que le rapport sexuel discuté soit un viol ou non. Cela relève de la difficulté à concevoir un rapport sexuel non consenti quand il y a eu des rapports sexuels consentis auparavant⁷⁴. Il existe en effet un désajustement entre les prototypes d’un « vrai viol » et de ce que l’on peut apparenter à des viols conjugaux, ou en tout cas entre partenaires entre lesquels il existait précédemment une relation sentimentale et/ou sexuelle⁷⁵. Dans son étude des pratiques des

professionnelles du droit en France, Rémi Rouméas explique que pour les professionnelles du droit, une agression sexuelle entre personnes ayant déjà eu des rapports consentis préalables atténue la gravité perçue de la situation. Ils perçoivent la sexualité comme plus « à sa place » dans ce contexte, sans considérer que la proximité relationnelle pourrait en fait aggraver le traumatisme⁷⁶. Il remarque de surcroît que les viols conjugaux activent également des catégories démobilisatrices, notamment celle de la « mauvaise victime », qui ouvre la voie à une évaluation négative de l'attitude de la victime, tendant à symétriser la responsabilisation entre parties civiles et prévenus. Ainsi des comportements comprenant des violences physiques ou verbales, des structures de rapports conjugaux qui s'écartent des normes sociales, la manifestation de comportements jugés ambivalents ou ambigus (comme des comportements jugés à risques ou imprudents) et l'incapacité à rompre avec le prévenu, tendent à mitiger la gravité estimée des faits dans le raisonnement juridique⁷⁷. Océane Pérona souligne à cet égard le paradoxe selon lequel la dimension privée des violences sur conjoint·es constitue des circonstances aggravantes de la peine, alors que les pratiques policières qu'elle a pu observer tendent à rendre compte d'une réticence à intervenir dans la sphère privée du couple, valorisant peu les affaires de viols entre conjoints⁷⁸. Cette difficulté à appréhender le viol conjugal relève probablement également des logiques probatoires, plus difficiles à satisfaire quand les violences se passent dans un cadre intime.

- 55 Dans l'affaire V2 le juge demande lors de l'instruction d'audience au prévenu de définir la relation qu'il entretenait avec la partie civile.

(83) J : Vous avez été en couple ?

(84) P : On se fréquentait.

(85) J : C'est-à-dire ?

(86) P : On était tactiles.

(87) J : C'est-à-dire ?

(88) P : On se draguait mutuellement.

(89) J : Mais vous étiez amoureux ?

(90) P : C'était sérieux. Elle me disait « bébé je t'aime ».

(91) J : Alors c'était sérieux ! Vous vous embrassiez ?

(92) P : Oui.

- 56 Le juge cherche ici à établir un niveau d'intimité entre les parties (83, 89, 91). Devant les réponses évasives du prévenu, qui ne répondent pas au schéma de conjugalité que le juge cherche à confirmer, ce dernier cherche à préciser sa définition du couple en posant à deux reprises la même question (85, 87). Il ressort de cet extrait d'entretien qu'une relation « sérieuse » est une relation où l'on est « amoureux ». Dans cette affaire, l'établissement de l'idée qu'il y avait une relation amoureuse avant le viol rend plus difficile pour la partie civile de démontrer qu'il ne s'agissait pas d'un rapport consenti. En d'autres termes, mettre l'accent sur la présence d'une conjugalité entre les parties jette un doute sur le caractère consenti de la fellation. Néanmoins, lors de sa déposition auprès de la police, la partie civile explique que cette fellation est son premier rapport sexuel. L'existence d'une relation amoureuse est à ce moment temporisée par le fait qu'elle n'ait pas été « consommée » avant le viol présumé. Le juge continue ainsi l'interrogatoire du prévenu afin de préciser si en plus de la relation amoureuse, les parties étaient intimes physiquement (93).

(93) J : Au niveau relations intimes, il s'est passé quoi ?

(94) P : Je dois être clair ?

(95) J (ironiquement) : C'est mieux...

(96) P : Il y a eu des préliminaires. On se touchait. Elle me faisait des fellations.

(97) J : Ah c'est nouveau : Elle ne parle que d'une seule fellation...

(98) P : Il y en a eu plusieurs.

(99) J : Combien de temps après votre rencontre vous avez eu des fellations ?

(100) P : Dès le début.

(101) J : Et vous n'avez filmé qu'une fois ?

(102) P : Oui.

57 La principale défense du prévenu repose sur l'existence de relations sexuelles similaires préalables (96, 98). Alimenter l'idée d'une intimité physique avec la partie civile, et ce « dès le début » (100), permet au prévenu de mobiliser en arrière-plan la catégorie de la « fille facile »⁷⁹. Il s'appuie au fond sur l'idée que si la partie civile a accepté d'avoir des relations sexuelles avec lui « dès le début » et plusieurs fois (98), il est moins probable qu'elle n'en ait pas eu envie pendant les faits en question. Le juge continue ainsi à questionner le prévenu, cette fois-ci de manière plus ciblée sur les faits qui lui sont reprochés

et qui concernent la prévention de viol et de voyeurisme (voir tableau).

(103) J : Vous êtes allés au parc pour avoir des relations sexuelles ?

(104) P : Non, c'est juste arrivé.

(105) J : Qui a demandé ?

(106) P : C'est moi.

(107) J : Elle était d'accord tout de suite ?

(108) P : Non, au début elle était pas chaude, mais après elle a dit oui.

(109) J : Vous l'avez forcée ?

(110) P : Non.

- 58 Afin de déterminer s'il y avait consentement ou non, le juge demande au prévenu de recontextualiser l'acte. Celui-ci serait arrivé naturellement, spontanément, selon le prévenu (104). Il reconnaît en avoir eu l'initiative (106) et relate un changement d'avis de la partie civile, qui n'était pas d'accord, mais qui a fini par « dire oui » (118). Néanmoins, ce changement d'avis serait advenu sans que le prévenu ne « force » la partie civile. Le prévenu dépeint ainsi une situation impossible à saisir judiciairement en pleine « zone grise » du consentement. C'est au tour de la partie civile d'être entendue.

(111) J : Monsieur me dit qu'il y a eu plusieurs fellations.

(112) PC : Non, il n'y en a eu qu'une.

(113) J : Mais il est venu chez vous ?

(114) PC : Oui.

(115) J : Vous aviez des sentiments pour le prévenu ?

(116) PC : Au tout début, oui.

(117) J : Mais vous continuiez [après les faits de viol] dans les messages à utiliser des petits mots comme « bébé » ou « mon cœur ».

(118) PC : C'était pour me protéger. Après la fellation, j'avais peur.

(110) L'avocat du prévenu réagit, agacé : « on entend de ces choses ici ! »

59 Dans un effort continu de déterminer le niveau de proximité entre le prévenu et la partie civile, le juge pose des questions en lien avec la version du prévenu à la partie civile sur sa relation avec la partie civile. La partie civile soutient sa version initiale auprès de la police, à savoir qu'elle n'a eu qu'un seul rapport sexuel avec le prévenu, c'est-à-dire le viol en question (112). Le juge demande alors confirmation sur le fait que le prévenu serait venu chez la victime présumée, ce qui

constitue un indice sur leur lien de proximité (113). Il bascule ensuite sur les sentiments (115), comme il l'avait fait pour le prévenu (« mais vous étiez amoureux ? » 89). La continuité du sentiment amoureux est mise en question par les messages échangés entre la partie civile et le prévenu, qui constituent une grosse partie du dossier judiciaire (117). Si la partie civile fait valoir depuis sa première audition auprès de la police un sentiment d'insécurité et de peur vis-à-vis du prévenu (118) — l'une des préventions examinées est celle de coups volontaires — l'avocat du prévenu réfute cette version (119). Ainsi à la première occasion, l'avocat du prévenu revient sur la question de savoir si la partie civile a eu ou non des rapports sexuels avant le viol présumé.

(120) AP : Est-ce que la fellation du parc était la première de toute sa vie ?

(121) J : Est-ce que vous avez déjà eu des relations sexuelles auparavant ?

(122) PC : Non.

(123) AP : Pourquoi est-ce que vous n'aviez que six messages à montrer aux policiers ?

(124) PC : Je les ai supprimés parce que j'avais peur que mon père me tombe dessus. J'étais encore petite. J'ai gardé les derniers, je ne sais pas pourquoi.

(125) AP : [Cite les messages de la partie civile où celle-ci est affectueuse]

(126) PC : C'était pour éviter qu'il soit violent.

(127) AP : C'est particulier quand même...

- 60 L'avocat de la défense pose en réalité les mêmes questions que le juge précédemment et se concentre sur la place du viol dans le parcours sexuel de la partie civile (120), et la manière de correspondre après le viol présumé de la partie civile avec le prévenu (123). Il rappelle la teneur des messages pour souligner la disjonction entre les faits allégués et le comportement de la partie civile. En lisant à voix haute ces messages hors contexte, il souligne l'ambivalence renvoyée par le comportement de la partie civile. Face aux explications de la partie civile (126), l'avocat de la défense émet un jugement flou (127) dont l'utilisation régulière réverbère une incohérence dans le comportement de la partie civile. Paul Drew désigne ces interventions comme des clauses conditionnelles (*unless clause*), visant à distiller une version alternative implicite des faits⁸⁰. Ces interjections courtes et indirectes remettent ainsi en cause la crédibilité de la version proposée par la partie civile, soulignant son caractère improbable.
- 61 Enfin, dans l'affaire V5, la « nature » de la relation entre le prévenu et la victime constitue également l'enjeu central de la plaidoirie de l'avocat de la défense.

(128) AP : On a à faire ici à une personnalité flamboyante et sensible. On est face à un jeune homme (129) qui a une émotivité à fleur de peau. Les faits de viol sont contestés depuis le début. La nature (130) même de la relation est peu claire. La partie civile affirme que monsieur est une connaissance (131) mais sans plus, alors qu'ils semblent s'appeler tous les jours pendant des semaines. Elle dit que (132) face à la précarité de monsieur elle l'invite une seule et unique fois. Pas une seule fois elle (133) n'explique qu'il s'agit d'une relation amoureuse, lors de laquelle ont lieu de multiples rapports (134) sexuels, y compris avant la nuit des faits ! Alors même qu'elle va voir monsieur un mois et demi (135) après le supposé viol ! Ça laisse tout de même pensif... D'ailleurs une circonstance aggravante (136) pour les coups et blessures — qui ne sont pas contestés — est retenue.

Mais après un viol, accepter (137) de revoir son agresseur présumé en toute tranquillité... Ça me laisse pantois ! Il existe de (138) véritables doutes sur le consentement de madame. Il existait bien une relation entre les deux (139) parties. Ça ne veut pas dire qu'il n'y a pas une possibilité de viol, mais cela doit nous laisser vigilants.

- 62 Là encore, le procédé est le même que pour l'affaire V2 : le fait qu'il y ait pu avoir une relation sentimentale (« il s'agit d'une relation amoureuse » 133 ; « ils semblent s'appeler tous les jours pendant des semaines » 131) et qu'il y ait eu « de multiples rapports sexuels, y compris avant la nuit de faits » (134) jette au fond le doute sur la probabilité qu'un viol ait bien pu avoir lieu. Le même outil rhétorique (*unless clause*) est utilisé pour attirer l'attention sur l'incohérence entre le comportement de la victime et ce que l'on pourrait raisonnablement attendre d'une « personne normale » (ici les professionnelles du droit) dans les mêmes circonstances (« ça laisse tout de même pensif » 135 ; « ça me laisse pantois » 137). Pour ajouter à l'ambiguïté de la relation amoureuse, la victime a en effet accepté de revoir son agresseur après les faits de viol présumés – rencontre qui selon ses propos à la police se serait « bien passée », avant que les rapports entre les deux parties ne se dégradent à nouveau. L'avocat du prévenu relève ainsi au mieux l'inconscience, au pire l'incohérence voire les mensonges de la victime en pointant un comportement inapproprié au contexte dénoncé par la victime, menant l'avocat à affirmer « qu'il existe de véritables doutes sur le consentement de madame » (138). Le comportement ambivalent de la victime, notamment en termes de temporalité de la judiciarisation des faits, et la possibilité de l'existence d'une relation amoureuse entre les parties avant le viol présumé amènent l'avocat à conclure à un appel à la « vigilance » des professionnelles du droit. Au fond, les procédés mis en œuvre ici relèvent déjà d'une mobilisation de catégories genrées, puisque les avocats de la défense insistent sur la disjonction entre le comportement de la partie civile et celui que l'on attend d'une « victime idéale ».

III. Rôles et effets des catégorisations genrées dans l'établissement du consentement

63 Avant de continuer à analyser les cas à la lumière des catégories genrées présentées dans cette partie, il nous faut souligner que les catégorisations genrées qui émergent lors d'affaires de viol sont celles qui contrastent avec celle de la « victime idéale ». Cette dernière figure est profondément genrée, et intersectionnelle. Nils Christie en pose les jalons dès les années 1980⁸¹. Celle-ci est probablement une femme, malade, très vieille ou très jeune (ou une combinaison de ces attributs). Elle poursuit une activité légitime et surtout, elle est innocente dans ce qui s'est passé. Milena Jakšić a, quant à elle, montré dans le cadre d'affaires de traite d'êtres humains comment la conception d'une « victime idéale » est d'une part, soluble dans des questionnements nationaux autour de l'immigration, de la prostitution et de l'ordre social et sexuel ; et d'autre part, comment cette figure « pose les linéaments d'une victime impossible à saisir judiciairement »⁸². La prépondérance de questionnements nationaux, et la prise en charge institutionnelle de ces femmes ont tendance à transformer ces « victimes idéales » en « victimes suspectes », ou en « victimes coupables », comme nous allons le voir. Il est important de souligner que les catégories analysées fonctionnent de manière binaire et antagonique — la « victime idéale » convoque celle de la victime « coupable » et vice versa. Mélanie Randall a montré dans le cadre du contexte canadien comment ce qu'elle appelle le « mythe de la victime idéale » mine en réalité la crédibilité des victimes, qui s'écartent nécessairement d'attentes présumées raisonnables en termes de comportement et de profils⁸³. Elle démontre qu'en dépit d'évolutions progressistes du droit canadien en termes de définition du consentement — à l'instar de la Belgique de manière plus récente — le fardeau de la preuve et la crédibilité du consentement demeurent en pratique, à la charge de la victime. Il reste attendu qu'une « victime idéale » est en mesure de prouver son statut de victime et d'établir la crédibilité de ses accusations, en démontrant notamment qu'elle a résisté à l'agression

et que sa résistance a pris une forme socialement attendue, comme une défense physique vigoureuse (voir plus haut).

- 64 Si les standards de la « victime idéale » sont nécessairement inatteignables, son pendant, la catégorie de « victime coupable », se décline en plusieurs sous-catégories. Toutes s'appuient sur l'image de la femme manipulatrice, qui instrumentaliserait la justice, soit à des fins financières — « la femme vénale » ; plus rarement, on trouve des stratégies de défenses autour de l'image d'une femme dont la santé mentale serait fragile — « la femme folle » ; enfin, de manière prépondérante, lorsqu'il existe un lien de proximité entre le prévenu et la partie civile, celle-ci pourrait instrumentaliser la justice à des fins de vengeance — « l'amoureuse éconduite »⁸⁴. Ces catégories émergent dans la combinaison des différents paramètres exposés dans la section précédente. Elles occupent dans le raisonnement juridique une place de grille d'interprétation ou des référentiels, qui colorent les faits d'une teinte qui permet soit de rattacher les faits à la catégorie juridique discutée (i.e. le viol), soit de disqualifier ce rattachement. Ces catégorisations genrées émergent dès la constitution du dossier judiciaire, souvent par les parties elles-mêmes. Dans un article sur la perception par les policiers français du consentement sexuel, Océane Pérona met déjà en avant des catégorisations similaires, qu'elle classe selon trois logiques, situationnelles, relationnelles et de propriétés sociales⁸⁵, preuve en est que ces catégorisations sont bien présentes tout au long de la chaîne pénale, y compris dans d'autres contextes législatifs. La théâtralité de la salle d'audience rend, en revanche, l'observation ethnographique d'autant plus pertinente pour souligner la (re)production de ces catégories qui servent ou desservent les justiciables, mais qui ne sont jamais réellement remises en question.

A. « La femme vénale »

- 65 La menace d'une « fausse victime » qui instrumentaliserait la justice pour en tirer des bénéfices financiers pèse sur un certain nombre de dossiers de violences sexuelles étudiés, comme l'indique cet extrait de réquisitoire d'une procureure du Roi dans le cadre de l'affaire V3.

(140) PR : Le contexte de dévoilement est parfaitement neutre : Monsieur n'est pas ici une « pompe à (141) fric » comme cela peut arriver dans ces dossiers. La partie civile n'a pas de raison particulière (142) d'accuser monsieur. La partie civile est cohérente et ne change pas de récit — elle a maintenu que (143) le prévenu ne l'a pas giflée et qu'il l'a pénétrée une seule fois. Elle ne fait preuve d'aucune (144) exagération, et elle est consciente de ses potentiels troubles mémoirels.

- 66 Le récit de la partie civile est donc évalué ici explicitement à la lumière de la catégorie de « femme vénale » (« pompe à fric » 140-141), qui ferait croire à des relations sexuelles non consenties afin d'obtenir, via la justice, un bénéfice financier. La procureure du Roi répond ici à une déclaration du prévenu auprès de la police qui, interrogé sur la raison pour laquelle la partie civile a porté plainte, répond « qu'elle veut juste de l'argent ». Cette allégation du prévenu va voyager le long de toute la chaîne pénale, puisqu'elle se retrouve également dans le jugement le condamnant (voir plus bas).
- 67 Cette image est ici mise en exergue parce que la partie civile coche en réalité toutes les cases de la « victime idéale ». Ce sont en effet les qualités morales de la partie civile qui sont mises en avant, raisonnable, réaliste et humble, ainsi que sa capacité à réagir aux faits de manière exemplaire en termes de procédure judiciaire, comme le souligne son avocate.

(145) APC : Ma cliente est une femme éduquée, employée de direction, qui exprime une souffrance (146) inouïe. Elle n'espère pas grand-chose, j'espérais personnellement un aveu aujourd'hui voire des (147) excuses, mais les dénégations répétées sont un affront et une source de souffrances (148) supplémentaires. Ma cliente est en incapacité partielle aujourd'hui, trois ans après, pour se soigner (149) après ces événements. Elle est expatriée, elle n'a pas de famille ici, et elle porte cette souffrance en elle.

- 68 La situation socio-professionnelle de la partie civile est mise en avant (145) ainsi que son absence d'intérêt, notamment financier, dans la démarche entreprise (« elle n'espère pas grand-chose » 146). L'accent est mis sur sa grande souffrance, qu'elle soit symbolique (147) et psychologique (147), amplifiée par sa durée (148) et l'isolement de la partie civile (149). De surcroît, la partie civile porte plainte immédiatement à la suite des faits et son récit est cohérent lors de toute la procédure, ce qui sera relevé à plusieurs reprises pendant l'audience. Elle est en mesure de produire des preuves médicales (photos des lésions, analyses ADN du liquide séminal permettant d'identifier le prévenu). Elle apparaît sur des images de caméra de surveillance, en compagnie du prévenu, dans une attitude interprétée par la procureure du Roi comme « une attitude défensive, les bras croisés », précisant, « qu'elle ne se dénote pas par une attitude impliquant une envie de sexe irrépressible », convoquant alors, toujours par opposition, l'image de la nymphomane, qui est un terme médical, dérivant de la catégorisation de « femme folle » (voir plus bas). La partie civile n'a pas de relation préalable avec le prévenu qu'elle a rencontré dans un bar plus tôt dans la soirée. Des témoins sont capables d'attester d'un comportement « collant » de la part du prévenu. Le viol a lieu dans une voiture, dans une ruelle, donnant lieu à une circonstance aggravante de séquestration, parce que la partie civile a cru qu'elle était enfermée dans celle-ci (circonstance aggravante qui ne sera pas retenue en l'absence de preuves de l'enfermement effectif).
- 69 En comparaison du capital culturel et procédural élevé de la partie civile, le prévenu correspond au fond à un « mauvais prévenu ». Il est étranger et ne parle ni français, ni néerlandais, ni anglais. Il est d'ailleurs assisté d'un interprète. Il change de version des faits à chacune de ses interventions et ses déclarations ne concordent pas avec les expertises médicales. Le jour de l'audience, il répondra systématiquement à côté des questions posées par le président de la chambre, extrêmement impatienté (« c'est oui ou c'est non », « votre histoire est trop longue », « on a déjà entendu cette histoire cinq fois »...). Bien que le prévenu ait fait appel, la cour d'appel confirmera la sévérité du jugement de première instance. Le jugement conclut ainsi à ce propos :

« C'est sans aucune crédibilité que le prévenu soutient que la plaignante a déposé plainte contre lui animée d'un but de lucre. En effet, elle ne le connaissait pas avant les faits qu'elle lui reproche et ne disposait d'aucune information sur sa situation financière. »

B. « La femme folle »

- 70 Dans l'affaire V5, l'avocat de la défense utilise le rapport médical de la victime présumée, qui atteste des blessures supposément infligées par le prévenu à la victime, mais qui constate aussi des marques d'automutilations plus anciennes.

(150) A.P. : Le rapport médical constate de surcroît des marques d'automutilation. Comme le dit (151) madame la procureure du Roi, la partie civile est en effet très fragile. Mais il n'en reste pas moins (152) que cela jette un flou sur les faits et la parole des uns et des autres. (...) Alors face à l'expertise (153) médicale, je dois utiliser l'argument le plus désagréable à plaider pour un avocat. Mais si madame (154) est capable d'automutilation, est-ce qu'elle serait capable d'aggraver ses blessures avant (155) d'aller chez le médecin ?

(156) J (*ironique*) : Mais pourquoi cette dame qui ne s'est pas portée partie civile, qui ne demande pas (157) d'argent au prévenu, pourquoi est-ce qu'elle mentirait et se blesserait elle-même pour tendre un (158) guet-apens à monsieur, par ailleurs si gentil ?

(159) A.P. : Je ne suis pas dans sa tête, mais peut-être pour se débarrasser de lui ?

(160) J (*pas convaincu*) : Bon ok...

- 71 Ici les preuves matérielles, notamment les rapports médicaux, sont mises en perspective à l'aune de la santé mentale antérieure aux faits de la victime présumée. Celle-ci est considérée comme « fragile » (151), ce qui « jette un doute sur les faits et la parole des uns et des autres » (152). L'avocat de la défense retourne ainsi un argument du réquisitoire de la procureure du Roi, qui met au contraire en exergue un *modus operandi* du prévenu qui s'en prendrait essentiellement à « des femmes qui offrent des profils psychologiques fragiles ». Le postulat sur lequel se repose l'avocat de la défense est que si la victime présumée a pu s'automutiler par le passé, elle aurait pu le refaire dans le cadre d'une instrumentalisation de la justice, afin de causer du tort au prévenu. Bien que le président de la chambre soit ouvertement peu convaincu par l'argument (156-159), la version alternative des faits de la défense, repose explicitement sur une santé mentale défaillante de la victime présumée, pour se « débarrasser du prévenu » (159), nullement attestée dans le cadre de cette procédure, par les expert·es médicaux.
- 72 Si la mobilisation de cette image est relativement rare chez les professionnel·les du droit que j'ai observés, elle est en revanche quasiment récurrente chez les prévenus, notamment lors de leurs auditions auprès de la police. Il est à noter que les professionnel·les du droit, lorsque cette image est mobilisée, se positionnent systématiquement, soit pour y adhérer, soit pour la disqualifier, mais elle n'est jamais remise en question en tant que telle.
- 73 Dans l'affaire V3, quand il est demandé au prévenu d'expliquer pourquoi la partie civile aurait porté plainte, celui-ci, comme nous l'avons vu, mobilise la catégorie de la femme vénale. En revanche, pour expliquer que la partie civile ait mordu le prévenu, il nie qu'il s'agissait d'une défense face à ses assauts, il mobilise en revanche l'imaginaire entourant la « nymphomane ». Lors de l'audience, cette image est reprise par la procureure du Roi, qui sur la base des images de vidéo surveillance, la conteste (voir plus haut). Cet extrait de la confrontation entre le prévenu et la partie civile est également repris dans le jugement final :

« Une confrontation est organisée (...) entre le prévenu et la plaignante au cours de laquelle chacun reste sur ses positions, mais le prévenu ajoute que, si la plaignante l'a mordu, c'est parce qu'il

n'arrivait pas à la satisfaire sexuellement comme elle l'aurait voulu, bien qu'il l'ait embrassée sur tout son corps, dans ses organes génitaux inclus. »

- 74 Dans cette version des faits, que le prévenu défend aussi le jour du procès, la partie civile aurait pris l'initiative du rapport sexuel, mais aurait brusquement changé d'avis, devenant soudainement violente dans un accès de folie. La violence dont a fait preuve le prévenu à l'égard de la partie civile, attestée par les certificats médicaux, serait alors une forme de légitime défense. Interrogé sur les raisons de cet accès de folie, le prévenu explique qu'il n'aurait pas su satisfaire le désir sexuel insatiable de la partie civile. La catégorie sous-jacente est celle de nymphomane, qui de pair avec l'hystérie, contribue à l'émergence d'une étiologie sociale des maladies des femmes dès le ^{xix}e siècle. Elsa Dorlin contribue à montrer comment le discours médical façonne la matrice du discours politique et produit un certain récit des conflits sociaux. L'hystérie et la nymphomanie deviennent des maladies de femmes, mais aussi de classes⁸⁶. Cette mise en place d'un « tableau de tempéraments féminins » articulé autour de ces deux principales pathologies contribue à façonner le concept de santé de manière binaire et dichotomique. Au fond, « la femme saine est le contraire de la nymphomane »⁸⁷. L'un des enjeux de cette affaire est donc de montrer que la partie civile relève de la catégorie de « femme saine » et non pas de « nymphomane », sans que la catégorie elle-même ne puisse jamais être remise en question.

C. « L'amoureuse éconduite »

- 75 Une autre image mobilisée de manière récurrente dans les affaires concernant des parties ayant eu une forme de relation préalablement aux faits de viol est celle de « l'amoureuse éconduite » qui instrumentaliserait la justice pour se venger d'un compagnon défaillant. L'affaire V2 est à ce titre exemplaire. La majorité des discussions tournent autour des éléments évoqués plus haut, avec une insistance toute particulière sur la proximité entre la partie civile et le prévenu. La partie civile va en effet affirmer dans ses auditions auprès de la police que cette fellation est son premier rapport sexuel, tandis que le prévenu va varier dans sa version (voir plus haut). Dans sa première audition auprès de la police, il affirme n'avoir jamais eu

de relation sentimentale ou sexuelle avec la partie civile, parce que celle-ci se serait révélée « bipolaire ». Néanmoins à mesure de la progression de l'enquête, cette version change et le prévenu finit par reconnaître qu'il y a bien eu une relation sentimentale, et selon lui, plusieurs relations sexuelles. Son avocat s'appuie en tout cas sur cette version pour dresser le tableau de la partie civile en « amoureuse éconduite » déterminée à se venger des autres mauvais traitements du prévenu, pour lesquels le prévenu est en revanche globalement en aveux (voir tableau pour la liste complète des préventions).

(161) AP : Ces types de dossiers sont toujours les plus difficiles à plaider pour un avocat parce qu'il (161) faut remettre en question la parole de la partie civile. Rappelons que le contexte du dévoilement (163) des faits par la partie civile n'est pas neutre ! La partie civile est surprise par ses parents qui lui (164) demandent des comptes — Et si le père de la fille est violent ? Mon client a l'air de dire que oui. (165) Donc la partie civile raconte qu'on la raquette. La voilà en partance pour le commissariat où elle (166) réalise que le prévenu a une vidéo d'elle. Donc la voilà violée (...) Et il va falloir m'expliquer (167) comment quelqu'un vous force à faire une fellation en pleine journée dans un parc public. C'est (168) quand même particulier ! (...) Madame ne dit pas toute la vérité. On est dans le cadre d'une (169) relation où madame est plus amoureuse que monsieur et où celui-ci a profité de la situation (...) (170) Aujourd'hui on est face à une jeune fille qui est déçue parce qu'elle est tombée amoureuse d'un (171) connard. Excusez-moi, mais c'est vrai ! Monsieur est un connard, mais ce n'est pas un violeur. (172) (...) On est dans une relation de deux ans ! Il y en a eu d'autres, des relations sexuelles ! (...) Ils (173) ont eu d'autres relations. Une fellation en deux ans, dans un endroit public, c'est particulier (174) quand même. (...) On n'a rien ! La vidéo n'est pas claire. Et les messages sont évocateurs : elle (175) sait qu'il ment pour avoir des sous ! Elle lui écrit « j'étais toujours attachée à toi », des mois (176) après les faits du supposé viol ! Elle écrit « mon cœur », seule, quand il n'y a pas de pression : (177) Elle est amoureuse ! Elle est a-mour-euse !

On est dans une relation amoureuse, il n'y a pas de (178) viol. Madame réalise peu à peu la trahison, mais il n'y a toujours pas de viol. (...) Alors ça ne (179) veut pas dire qu'on a à faire à un saint, ça j'en suis conscient. Mais je crois qu'il n'y a pas eu de (180) coups, ni de viol, mais un comportement inapproprié avec une jeune fille. Je demande donc (181) l'acquittement pour toutes les préventions excepté pour les préventions d'extorsion et d'abus (182) de confiance, où monsieur est en aveu. Moi je vois une jeune fille avec le cœur brisé, qui essaie de se venger.

- 76 Grâce à une myriade de ressources linguistiques et séquentielles, l'avocat de la défense crée une disjonction tour à tour entre les activités/états liés à la catégorie de « victime idéale » et le comportement de la partie civile. Pour commencer, le « contexte du dévoilement n'est pas neutre » (161-163) et c'est en raison de la violence supposée du père que la partie civile ment (164). La même construction sémantique est déployée pour l'argument suivant : la partie civile se rappelant de l'existence d'une vidéo filmant ladite fellation, continue à inventer des torts dont elle a été victime pour se déresponsabiliser de ses actes face à ses parents (« Donc la partie civile raconte qu'on la raquette » 165 ; « Donc la voilà violée » 166). L'avocat de la défense décrédibilise la version de la partie civile, appelant à imaginer ce qu'une personne « raisonnable », « normale » aurait pu ou dû faire dans la même situation (« il va falloir m'expliquer comment quelqu'un vous force à faire une fellation en pleine journée dans un parc public » 166-167). Il met ainsi en doute le non-consentement de la partie civile puisqu'il souligne l'improbabilité que celle-ci ait pu avoir lieu sans son consentement. Une fois encore, le consentement ici est présumé, et c'est le non-consentement qui doit être démontré, visibilisé, notamment par une résistance physique active.
- 77 L'avocat poursuit en relevant l'incompatibilité entre le comportement de la partie civile et les préventions discutées, notamment le fait que le prévenu et la partie civile sont dans une relation amoureuse asymétrique (168). La durée de la relation (« deux ans » 172) rend manifestement inconcevable que la fellation discutée constitue le premier rapport sexuel de la partie civile (« une fellation dans un

endroit public en deux ans, c'est particulier quand même » 173). Impliquer qu'il y ait eu d'autres relations sexuelles auparavant rend manifestement moins probable que la fellation discutée soit nonconsentie, tout comme les sentiments de la partie civile, sur lesquels toute la plaidoirie s'articule (169, 170, 177, 182). L'avocat répète ainsi à cinq reprises dans un temps relativement court que la partie civile est « amoureuse ». Insister sur le sentiment amoureux de la partie civile permet également de souligner l'incohérence de son comportement, puisque les émotions constituent dans le sens commun l'antithèse de la raison (« l'amour rend aveugle »⁸⁸) la rendant prête à accepter de son plein gré un « comportement inapproprié » (180) : « elle sait qu'il ment pour avoir des sous » (174-175). Afin d'achever de convaincre les juges, l'avocat admet tout de même *a minima* les manquements du prévenu (169, 171, 179, 180) et crédibilise sa version des faits en admettant certaines préventions (181-182). L'avocat dépeint ainsi le tableau de l'amoureuse éconduite, qui instrumentalise la justice afin de se venger d'un prévenu qui l'aurait « déçue » (170) et qui ne dirait donc « pas toute la vérité » (168).

- 78 L'ombre de cette catégorie plane également sur les autres affaires de viol impliquant des partenaires ou ex-partenaires. Les avocat·es de la défense, quand inelles articulent leurs plaidoiries autour de ces catégorisations genrées stéréotypiques, peuvent appeler à la solidarité et à l'empathie professionnelles en se distançant légèrement de ce qu'ils « doivent faire » en exprimant un malaise à plaider de la sorte. Dans l'affaire V2 l'avocat de la défense annonce que « ces types de dossiers sont toujours les plus difficiles à plaider pour un avocat parce qu'il faut remettre en question la parole de la partie civile » (161-162). Dans l'affaire V5, de manière similaire l'avocat de la défense affirme également « je dois utiliser l'argument le plus désagréable à plaider pour un avocat » (153). Ils distinguent alors leurs valeurs morales, en tant qu'individus, de leur devoir professionnel, qui consiste à mobiliser ces catégories afin de produire une narration alternative des faits. Souligner le hiatus entre valeurs morales et devoir professionnel laisse entendre que la mobilisation de ces catégorisations genrées est au fond inévitable.

Conclusion

- 79 Ainsi, cette contribution a mis en lumière comment, malgré une évolution législative en phase avec les débats contemporains, la détermination judiciaire du consentement demeure contrainte par un imaginaire collectif structuré autour de catégorisations genrées. Ces catégories, auxquelles les parties doivent s'affilier ou se désaffilier sans jamais les remettre en cause, façonnent les pratiques judiciaires et influencent l'évaluation du consentement.
- 80 En l'absence d'une définition claire du consentement, les professionnel·les du droit mobilisent divers paramètres pour en apprécier la probabilité. Bien que leur hiérarchisation varie selon les affaires, leur articulation produit des effets qui vont au-delà de l'évaluation de la crédibilité des parties. Elle conduit également à une hiérarchisation implicite des viols, renforçant le mythe d'un viol « typique » qui ne correspond pourtant pas à la majorité des affaires judiciaires.
- 81 Les catégorisations genrées observées dans cet article ne sont pas nouvelles. Elles ont été mises en évidence dans d'autres contextes législatifs, notamment en France, et leur persistance souligne l'existence de positionnements tacites au sein de la chaîne pénale et contribue à (re)produire collectivement des catégories communes ayant trait à la normalité, au genre, ou à la sexualité. Ces catégories, bien que fluides et adaptées aux spécificités des affaires, restent structurantes et influencent potentiellement l'établissement du degré de culpabilité. Leur mobilisation répétée ne remet pas en cause leur légitimité, mais, au contraire, contribue à leur reproduction, faisant de l'audience un espace où elles sont négociées, mais jamais véritablement remises en cause.
- 82 Enfin, les travaux de chercheur·euses français ont permis d'éclairer la continuité du recours à ces catégorisations genrées à différents niveaux de la chaîne pénale et ont montré que ces logiques dépassent les cadres nationaux et juridiques spécifiques aux violences sexuelles. Dès lors, la question se pose : l'intégration du consentement dans la loi suffit-elle à changer les pratiques juridiques en matière de violences sexuelles ? La mise en perspective des résultats de cette recherche avec l'exemple français illustre en effet que son inscription

dans la loi ne garantit ni un changement dans les pratiques pénales ni une remise en cause des catégorisations genrées mobilisées par les professionnelles du droit.

NOTES

- 1 A. Boucherie, *Troubles dans le consentement : du désir partagé au viol : ouvrir la boîte noire des relations sexuelles*, Paris, Les Pérégrines, 2019, p. 18.
- 2 Art. 417/5, Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, M.B., 30 mars 2022.
- 3 Pour une analyse doctrinale des nouvelles dispositions, voir M. Alié, « La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d'Ariane ou future pierre d'achoppement ? », A. Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 79.
- 4 A. Brannigan, et M. Lynch, « Credibility as an Interactional Accomplishment », *Journal of Contemporary Ethnography*, 1987, vol. 16, n° 2, p. 115.
- 5 M. Jakšić, « Figures de la victime de la traite des êtres humains : de la victime idéale à la victime coupable », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2008, vol. 1, n° 124, p. 127.
- 6 D'autres chambres ont été observées avant que soit prise la décision définitive de concentrer les observations sur les affaires concernant des violences sexuelles et intrafamiliales, comme la chambre des mineurs dessaisis, du grand banditisme, des homicides, etc. Voir O. Le Meur, « La (re)production de catégorisations genrées au cours de l'audience pénale. Une négociation de la réalité juridique et de représentations de genre dans des affaires de violences intrafamiliales », *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, 2024, vol. 92, p. 3-50. .
- 7 Tous mes remerciements vont à nouveau vers Monsieur Lucien Nouwynck.
- 8 Le fait de correctionnaliser est de déférer un crime à la compétence d'un tribunal correctionnel dans l'objectif principal de décharger la Cour d'assises. En d'autres termes, il s'agit de trier ou d'effectuer une sélection entre des crimes, en principe traités par la Cour d'assises, et des délits, traités par les tribunaux correctionnels. Cette possibilité existe légalement en Belgique et de manière plus « prétorienne » en France. La grande

différence entre les deux pays réside dans le fait qu'en Belgique, les peines prononcées par les cours correctionnelles peuvent être aussi élevées, voire plus élevées que celles prononcées par la Cour d'assises. L'effet de « tri » n'est donc pas le même pour les deux pays. Pour la Belgique, voir J. Joly, *Crimes et châtements : une petite histoire de la correctionnalisation*, Mémoire de master en droit, Faculté de droit et de criminologie, UCL, 2018. En France, la question de la correctionnalisation fait encore débat. Pour une étude exhaustive, voir R. Rouméas, *Trier les crimes. Approche sociologique de la correctionnalisation judiciaire*, Doctorat en sociologie, ENS Lyon, 2023. Toujours dans le cadre de la France, pour une approche centrée sur les violences sexuelles, voir C. Le Magueresse et A.-L. Maduraud, « Ces viols qu'on occulte : critique de la “correctionnalisation” », *Délibérée*, vol. 4, n° 2, 2018, p. 32.

9 Ces abréviations seront notamment utilisées lors de la reproduction d'interactions observées plus bas dans cet article.

10 S. D'hondt et F. van der Houwen, « Quoting from the case file: How intertextual practices shape discourse at various stages in the legal trajectory », *Language & Communication*, vol. 36, 2014, p. 1.

11 Voir le Plan d'action national de lutte contre les violences basées sur le genre 2021-2025, Conseil des Ministres, 2021, p. 5.

12 I. Keygnaert, C. Vandeviver, T. Vander Beken, et al., *Understanding the Mechanisms, Nature, Magnitude and Impact of Sexual Violence in Belgium (UN-MENAMAIS) (2012–2017)*, Rapport BR/175/A5/UNMENAMAIS, Belgian Research Action through Interdisciplinary Networks, 2021, p. 48.

13 A. Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Larcier, 2022 ; N. Colette-Basecqz, *Actualités en matière de droit pénal sexuel*, Limal, Anthemis, 2022 ; C. Albery, T. Bayet, E. Bourcelet, et al., *Droit pénal sexuel : nouvelles dispositions et approche pratique des acteurs de terrain*, Limal, Anthemis, 2023.

14 CEDH, AFFAIRE BV c. FRANCE, 2 mai 2017, 61030/08. Voir D. Bernard et L. Letellier, « Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre », A. Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, op. cit., p. 15.

15 Loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, op. cit.

16 M. Culot et S. Isbiai, « Le nouveau droit pénal sexuel : évolution de la poursuite des infractions à caractère sexuel », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 2, 2023 p. 101.

- 17 Livre II, titre VIII (relatif aux crimes et délits contre les personnes), chapitre I/1 du Code Pénal actuel. A. Karcher et O. Bastyns observent qu'il s'agit dorénavant d'une place à part et clairement identifiée, ce qui n'était pas le cas auparavant. Voir A. Karcher et O. Bastyns, « L'atteinte à l'intégrité sexuelle et le viol », A. Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Larcier, p. 109.
- 18 S. Lannier, J. Arnal, E. Delhaise et al., « Defining rape in French-speaking European countries: with and without a reform », *International Review of Penal Law*, vol. 95, n°2, 2024, p. 35. Pour la France voir en particulier C. Guéry, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 2, n° 2, 2020, p. 255 ; C. Hardouin-Le Goff, « Grandeur et décadence du consentement en droit pénal », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2021, p. 573.
- 19 Pour une revue exhaustive des précisions concernant l'application des nouvelles dispositions du Code pénal, voir Circulaire n° 05/2022 du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel, Bruxelles, 9 juin 2022.
- 20 Ceci était déjà le cas dans la jurisprudence. Voir par exemple, Belgique, Cour de cassation, 13 novembre 2019, P.19.0873.F.
- 21 Les sanctions passent de 5 à 10 ans, à 10 à 15 ans. Diane Bernard et Laure Letellier soulignent néanmoins que parallèlement — et de manière presque paradoxale — toutes les peines alternatives sont désormais possibles pour les infractions sexuelles. Voir D. Bernard et L. Letellier, « Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre », *op. cit.*, p. 39.
- 22 Voir par exemple Belgique, Cour de cassation, 6 mars 2024, P.23.1793.F. Pour la doctrine, voir A. Karcher et O. Bastyns, « L'atteinte à l'intégrité sexuelle et le viol », *op. cit.*, p. 117 et s.
- 23 Le viol y est défini comme « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. » (Article 222-23, Code pénal français).
- 24 Les résultats exposés dans cet article recroisent quasi parfaitement les analyses d'Océane Pérona dans le cadre français. Voir O. Pérona, « La police du consentement. La qualification policière des récits de violences sexuelles », *Sociétés contemporaines*, vol. 125, n° 1, 2022, p. 147.
- 25 F. Audren, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 23, 2022, p. 23.

- 26 A. U. Yakin et B. Dupret, « La praxéologie du droit : mise en perspective et mise en pratique », B. Durpet et J. Colemans (dir.), *Ethnographies du raisonnement juridique*, Paris, LGDJ, 2018, p. 223.
- 27 M. Lynch, « Les fondements ethnométhodologiques de l'analyse de conversation », M. Fornel, A. Ogien et L. Quéré (dir.), *L'ethnométhodologie : une sociologie radicale*, Paris, La Découverte, 2001, p. 259.
- 28 G. M. Matoesian, *Law and the Language of Identity: Discourse in the William Kennedy Smith Rape Trial*, New York, OUP, 2001.
- 29 J. Costa et L. Greco, « Anthropologie linguistique », *Langage et société*, hors-série n° 1, 2021, p. 27.
- 30 B. Dupret, S. Ghamroun, Y. Makhoul, et al., « Playing by the rules: The search for legal grounds in homosexuality cases—Indonesia, Lebanon, Egypt, Senegal », B. Dupret, J. Colemans et M. Travers (dir.), *Legal Rules in Practice: In the Midst of Law's Life*, Londres, Routledge, 2020, p. 13 et s.
- 31 Cette section se fonde essentiellement sur un article s'appuyant sur la même recherche, mais portant sur les violences intrafamiliales. O. Le Meur, « La (re)production de catégorisations genrées dans les audiences de violences intrafamiliales », *RIEJ*, vol. 92, n° 1, 2024, p. 3.
- 32 A. Garapon, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 312 ; S. D'hondt, « Habiller l'espace rituel de la salle d'audience », *RIEJ*, vol. 87, n° 2, 2021, p. 189.
- 33 B. Dupret, *Le jugement en action : Ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Égypte*, Genève, Librairie Droz CEDEJ, 2006, p. 142 et s.
- 34 D. Sudnow, « Normal Crimes : Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office », *Social problems*, vol. 12, n° 3, 1965, p. 255.
- 35 Arthur Vuattoux fait une démonstration brillante de l'existence de ces catégories genrées et de leurs effets juridiques dans le cadre des traitements d'adolescent·es par la justice pénale. Voir A. Vuattoux, « Adolescents, adolescentes face à la justice pénale », *Genèses*, vol. 97, n° 4, 2014, p. 47 ; A. Vuattoux, « Rapports de genre et justice des mineurs : un sociologue au tribunal pour enfants », *Délibérée*, vol. 4, n° 2, 2018, p. 20.
- 36 J. Colemans, *L'ordinaire du contentieux administratif : Analyse du processus décisionnel au Conseil d'État belge francophone*, Doctorat en sciences politiques et sociales, Université de Liège, 2014, p. 223.

- 37 K. Maryns, « "Theatrics" in the Courtroom: The Intertextual Construction of Legal Cases », C. Heffer, F. Rock, et J. Conley (éds.), *Legal-Lay Communication : Textual Travels in the Law*, Oxford, OUP, 2013, p. 107.
- 38 M. Komter, *The Suspect's Statement: Talk and Text in the Criminal Process*, Cambridge, CUP, 2019, p. 132 et s.
- 39 Sur ce point voir notamment G. M. Matoesian, *Reproducing rape: Domination through talk in the courtroom*, Cambridge, Polity Press, 1993.
- 40 S. Smeets, « Corps de police et corps délictueux : la réaction policière à la "déviance sexuelle" », C. Adam, D. De Fraene, P. Mary et al. (dir.), *Sexe et normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 187-226 ; O. Pérona, « Usages policiers des preuves médicales des viols », *La Revue Nouvelle*, vol. 5, n° 5, 2023, p. 59.
- 41 V.— A. Chappe, R. Juston Morival, et O. Leclerc, « Faire preuve : pour une analyse pragmatique de l'activité probatoire », *Droit et société*, vol. 110, n° 1, 2022, p. 7.
- 42 M. Komter, *Dilemmas in the courtroom: a study of trials of violent crime in the Netherlands*, Londres, Taylor & Francis, 1998 ; S. D'hondt, « The Cultural Defense as Courtroom Drama: The Enactment of Identity, Sameness, and Difference in Criminal Trial Discourse », *Law & Social Inquiry*, vol. 35, n° 1, 2010, p. 67.
- 43 La pertinence de ces documents est difficile à évaluer puisque quand bien même le viol est scientifiquement ou médicalement établi, la contrainte elle, n'est pas nécessairement démontrable, retraçable. Et ce d'autant plus dans les affaires qui ne sont pas judiciairisées immédiatement. Voir M. Daniel, « Le repérage des traces et des signes de violence sur le corps meurtri au XIXe siècle (l'exemple du département de la Seine-Inférieure) », F. Chauvaud (dir.), *Corps saccagés : Une histoire des violences corporelles du siècle des Lumières à nos jours*, Rennes, PUR, 2009, p. 41 ; F. Desprez, « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, vol. 34, n° 1, 2012, p. 45 ; V. Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2019, p. 91 et s.
- 44 O. Pérona, « Les "vrais viols" et les autres. La hiérarchie des enquêtes dans les services de police », *Raison présente*, vol. 227, n° 3, 2023, p. 85.
- 45 M. Darley et J. Gauthier, « Police, genre et sexualités », J. Gauthier, F. Jobard (dir.), *Police et société en France*, Paris, Presses de Sciences Po, 2023, p. 307.

- 46 C. Protais, *L'expertise judiciaire face à la maladie mentale (1950-2009)*, Paris, EHESS, 2017 ; S. Saetta, « La construction langagière de la “vérité” judiciaire par les experts psychiatres et les magistrats », *Langage et société*, vol. 136, n° 2, 2011, p. 109 ; C. Lancelevée, C. Protais, T. Renard, et al., « Un renouveau des recherches francophones sur les relations entre la justice et la santé mentale », *Champ pénal*, n° 18, 2019.
- 47 V. Gautron, « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés », *Criminocorpus*, n° 6, 2016.
- 48 J. Boirot, *Experts psychiatres et crimes sexuels en Europe*, thèse de doctorat, sous la direction de X. Crettiez, Science Politique, Université Paris Saclay, 2015, p. 101 et s.
- 49 S. Van Praet et I. Ravier, *Les dossiers judiciaires : la gestion du costume pénal de l'IPV*, Rapport 48c, INCC, 2022, p. 89-91.
- 50 R. Dulong, « Les opérateurs de factualité. Les ingrédients matériels et affectuels de l'évidence historique », *Politix*, vol. 10, n° 39, 1997, p. 65.
- 51 M. Delaunay et R. Juston Morival, « Prouver la violence, soigner les victimes. Les examens médico-légaux hors réquisition en matière de violences conjugales », *Délibérée*, vol. 18, n° 1, 2023, p. 40.
- 52 R. Juston Morival, « Autonomie des juges ou automatisme des jugements ? La qualification judiciaire à l'épreuve des expertises médico-légales », *Sociologie*, vol. 12, n° 4, 2021, p. 333.
- 53 A. Brannigan et M. Lynch, « Credibility as an Interactional Accomplishment », *op. cit.*, p. 117.
- 54 J. Keppenne, *Approche historico-juridique du consentement sexuel féminin : la réforme du droit pénal sexuel sonne-t-elle le glas du patriarcat ?*, Mémoire de master, sous la direction de G. Willems, Droit, UCL, 2023, p. 49 et s.
- 55 A. Boucherie, « Du “vrai viol” aux “zones grises”. », *op. cit.*, p. 379 et s.
- 56 C. Saas, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit ou la reproduction des stéréotypes de genre par les acteurs pénaux », *La Revue des droits de l'homme*, n° 8, 2015 ; O. Pérona, *Le consentement sexuel saisi par les institutions pénales : Policiers, médecins légistes et procureurs face aux violences sexuelles*, Doctorat en Science politique, Université Paris-Saclay, 2017 ; S. Cromer, A. Darsonville, C. Desnoyer et al., *Les viols dans la chaîne pénale*, Rapport de recherche, Universités de Lille et de Nantes, 2017 ; A. Amado, « Le traitement pénal des violences sexuelles saisi par le genre »,

Délibérée, vol. 4, n° 2, 2018, p. 25 ; A. Darsonville, « Le procès des viols de Mazan, la banalité d'un procès de viol », *Intersections. Revue semestrielle Genre & Droit*, n° 2, 2025, <https://revue-intersections.parisnanterre.fr/index.php/accueil/article/view/81> (consulté le 21/03/2025)

57 O. Pérona, « La police du consentement », *op. cit.*, p. 160 et s.

58 T. Lejbowicz, « Porter plainte pour violences sexuelles. Les difficultés du cadre de la dénonciation à la police et à la justice », *Raison présente*, vol. 227, n° 3, 2023, p. 75.

59 *Ibid.*, p. 77.

60 K. A. Lonsway, L. F. Fitzgerald, « Rape Myths: In Review », *Psychology of Women Quarterly*, vol. 18 n° 2, 1994, p. 133 ; O. Pérona, « Les “vrais viols” et les autres », *op. cit.*, p. 90 et s.

61 Le même constat est fait dans une étude jurisprudentielle concernant la France. Voir C. Saas, « L'appréhension des violences sexuelles par le droit », *op. cit.*, p. 20.

62 Le jugement reprend de manière identique les déclarations de la partie civile (« elle pense soudainement se souvenir qu'il a léché son vagin avec sa langue qui saignait, mais ce souvenir est vague ») et du prévenu (« [il] a déclaré qu'il avait pratiqué un cunnilingus à la plaignante (...) », notamment pour expliquer que l'on puisse retrouver son ADN au niveau du vagin).

63 F. Tazdaït, « Viol et violence », *Topique*, vol. 143, n° 2, 2018, p. 31.

64 G. Vigarello, *Histoire du viol : XVIe-XXe siècle*, Paris, Seuil, 1998, p. 51.

65 S. D'hondt, « Defending through disaffiliation: The vicissitudes of alignment and footing in Belgian criminal hearings », *Language & Communication*, vol. 36, 2014, p. 68.

66 Le témoin maintient néanmoins cette version de manière très détaillée et cohérente lors de ses deux auditions auprès de la police.

67 M. Komter, *Dilemmas in the courtroom*, *op. cit.*, p. 19-20.

68 La chambre des représentants de Belgique souligne son incompatibilité avec le principe de respect de l'égalité des genres. Voir Chambre des représentants de Belgique, *Proposition de loi portant sur le livre 6 « la responsabilité extracontractuelle » du Code civil*, déposée par M. Koen Geens et Mme Katja Gabriëls, Doc 55 3213/001, 8 mars 2023, p. 49. Si cet abandon a été effectué plus tôt en France (Assemblée Nationale, Amendement n° 249 portant sur la loi n° 1663 « Égalité entre les femmes et les hommes »,

16 janvier 2024) cela n'en a pas moins provoqué des résistances. Voir P. Van Omme-slaghe, « Billet d'humeur — L'exécution du bon père de famille par le législateur français. Où le "politiquement correct" conduit à l'incongru », *Revue de Droit Commercial Belge*, vol. 2014, n° 10, 2014, p. 947-948.

69 A. Boucherie, « Du "vrai viol" aux "zones grises" », *op. cit.*

70 L. Ferron, « Prouver le crime de viol au XIXe siècle », B. Lemesle (dir.), *La preuve en justice : de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, PUR, 2003, p. 211.

71 Voir M. Giacinti, *Le commun des mortelles*, Quimperlé, Editions Divergences, 2025.

72 M. Vorms et D. Lagnado, « Le raisonnement probatoire et la "mise en récit" des preuves : présentation critique du story-model », *Droit et société*, vol. 110, n° 1, 2022, p. 87.

73 O. Pérona utilise dans son analyse de l'appréhension policière des violences sexuelles la notion de « logique relationnelle », qui correspond à ce lien de proximité entre le prévenu et la partie civile, que cela soit d'ordre intime, sentimental ou transactionnel, s'il s'agit de liens de prostitution. Voir O. Pérona, « La police du consentement », *op. cit.*, p. 160 et s.

74 Il s'agit là encore d'une difficulté historique. Voir R. Beauthier, « Le juge et le lit conjugal au XIXe siècle », M.— T. Coenen (dir.), *Corps de femmes*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2002, p. 39 ; A. Leriche, « Petite histoire du viol conjugal et de la honte », *Le Sociographe*, vol. 27, n° 3, 2008, p. 85 ; A. Schlegel, F. Fourment, J.— L. Senon et al., « Évolution de la notion de viol conjugal du point de vue légal et sociétal en France et aux États-Unis », *La Presse Médicale*, vol. 48, n° 9, 2019, p. 892.

75 C'est le cas aussi en France. Voir O. Pérona. « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière : le cas des viols conjugaux », *Champ pénal*, vol. XIV, 2017.

76 R. Rouméas, *Trier les crimes*, *op. cit.*, p. 397.

77 *Ibid.*

78 O. Pérona. « La difficile mise en œuvre d'une politique du genre par l'institution policière », *op. cit.*, p. 9 et s.

79 V. Blanchard, R. Revenin, J.-J. Yvoret, *Les jeunes et la sexualité : initiations, interdits, identités (XIXe-XXIe siècle)*, Paris, Autrement, 2010, p. 145 et s.

- 80 P. Drew, « Contested evidence in courtroom cross-examination: The case of a trial for rape », J. Heritage, P. Drew (dir.), *Talk at work: Interaction in institutional settings*, Cambridge: CUP, 1992, p. 470.
- 81 N. Christie, «The Ideal Victim », E. A. Fattah (dir.), *From Crime Policy to Victim Policy: Reorienting the Justice System*, London, Palgrave Macmillan, 1986, p. 17.
- 82 M. Jakšić, « Figures de la victime de la traite des êtres humains », *op.cit.*, p. 130.
- 83 M. Randall, «Sexual Assault Law, Credibility, and ‘Ideal Victims’: Consent, Resistance, and Victim Blaming », *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 22, n° 2, 2010, p. 397.
- 84 La terminologie employée pour désigner les catégories genrées mobilisées dans le cadre de mes analyses relève d’une typologie *ad hoc* et non exhaustive. Puisqu’elles relèvent de sens commun (donc ni du droit, ni d’aucune science) il m’a semblé opportun d’utiliser des termes relevant également de ce sens commun. Ils ne représentent aucunement un jugement de valeur de ma part et ne sont aucunement formalisés de la sorte par les professionnel·les du droit observé·es.
- 85 O. Pérona, « La police du consentement », *op. cit.*, p. 151.
- 86 E. Dorlin, *La matrice de la race. Généalogie sexuelle et coloniale de la Nation française*, Paris, La Découverte, 2009, p. 107.
- 87 *Ibid.*, p. 108.
- 88 « The advantage of the emotions is that they lead us astray, and the advantage of science is that it is not emotional. » O. Wilde, *The Picture of Dorian Gray*, New York, Airmont Publishing Company, 1961, p. 48.

RÉSUMÉS

Français

Cet article analyse les paramètres structurant le raisonnement juridique dans les affaires de viol, notamment pour établir l’existence ou non du consentement, une notion au cœur de la réforme du Code pénal belge de 2022, mais encore floue dans sa définition. À partir d’une ethnographie des audiences pénales, l’article identifie des critères récurrents utilisés par les juges pour relier les faits à la catégorie juridique du viol. Ces paramètres, bien que non exhaustifs et d’importance variable, influencent le processus d’évaluation de la crédibilité des parties. La crédibilité est ici conçue selon

une perspective de production située, dans les interactions entre les parties présentes et le dossier judiciaire. L'article explore également les dimensions genrées du raisonnement juridique, où des catégories comme celle de la « victime idéale » jouent un rôle structurant, mais ambivalent, contribuant à façonner les récits tout en imposant des standards de comportement souvent inatteignables. Ces « catégorisations genrées » jouent un rôle de référentiel dans le raisonnement juridique et permettent de progresser dans la sélection narrative des faits, qui mène ultimement à un jugement — donc au rattachement des faits à la norme. L'article s'attache à montrer l'ambivalence de ces catégorisations, tantôt servant, tantôt desservant les justiciables, sans jamais être remises en cause.

English

This article analyzes the key parameters shaping legal reasoning in rape cases, particularly in determining the presence or absence of consent—a concept central to the 2022 reform of the Belgian Penal Code but still lacking a clear definition. Based on an ethnographic study of criminal hearings, the article identifies recurring criteria that judges use to link facts to the legal category of rape. Although these parameters are neither exhaustive nor equally weighted, they play a crucial role in shaping how credibility is assessed in court. Credibility is understood here as a situated process, emerging from interactions between the parties present and the judicial file. The article also examines how gendered frameworks influence legal reasoning, with concepts like the "ideal victim" both shaping narratives and enforcing often unrealistic behavioral expectations. These "gendered categorizations" serve as reference points in legal reasoning, guiding the selection and interpretation of facts that ultimately lead to a judgment—that is, the classification of facts within legal norms. Finally, the article highlights the ambivalence of these categorizations, which at times support and at other times undermine litigants, yet remain largely unquestioned.

INDEX

Mots-clés

consentement, ethnographie judiciaire, catégorisations genrées, crédibilité, raisonnement juridique

Keywords

consent, judicial ethnography, gendered categorizations, credibility, legal reasoning

AUTEUR

Oona Le Meur

Oona Le Meur est docteure en sciences juridiques. Son ouvrage *La fabrique du droit coutumier. Épreuves coutumières et raisonnement juridique*, issu de sa thèse réalisée en cotutelle entre l'université Libre de Bruxelles et Sciences Po Paris, paraîtra en 2025 aux Éditions de l'ULB. Elle effectue un post-doctorat au sein de l'ANR VioletGinger depuis janvier 2024. Ses travaux portent sur une analyse genrée des raisonnements et pratiques des professionnel·les du droit.

IDREF : <https://www.idref.fr/266620388>

Article *Jeune recherche*

Finances féminines et privilèges vestaliens : *stipendium et immunitas*

Female Finances and Vestal Privileges : Stipendium and Immunitas

Diane Baudoin

DOI : 10.35562/melete.161

PLAN

- I. Le *stipendium de publico*
- II. L'*immunitas*

TEXTE

Et il choisit des vierges pour le service de Vesta, sacerdoce d'origine albaine et qui s'apparentait à la famille du fondateur de Rome. Pour permettre à ces officiantes de se consacrer exclusivement au service du temple, il leur octroya une rémunération publique [*stipendium de publico*] ; par leur virginité et d'autres pratiques pieuses, il les rendit vénérables et sacrées. (Tite Live)¹

¹ Au premier livre de son *Histoire romaine*, Tite-Live présente l'établissement des différents sacerdoce par le roi Numa, dont le très commenté sacerdoce de Vesta. La déesse du feu sacré est en effet servie par six vierges, pour une durée théorique de trente années. Ces prêtresses, dont l'issue pouvait être funeste, ont été largement présentées et mentionnées par les auteurs². Il s'agit du sacerdoce féminin le plus documenté. Parmi les différentes caractéristiques de

cette prêtrise, se distingue le statut juridique de ces femmes. Sorties de la *potestas* de leur père et exclues de toute tutelle, les jeunes vierges deviennent *sui iuris* et peuvent gérer comme bon leur semble leurs affaires³. Surtout, celles-ci semblent bénéficier d'une rémunération publique et d'immunités fiscales. Les attestations de tels privilèges sont rares et plusieurs interrogations doivent être soulevées : existe-t-il une cohérence lexicale et sémantique dans le corpus établi ? Quelle est la technicité de vocabulaire des auteurs du corpus ? Une évolution des privilèges financiers est-elle envisageable ?

- 2 Pour répondre à ces questions, le corpus établi est composé de sources dites littéraires et épigraphiques. Regrettablement, aucune source juridique n'évoque directement ces privilèges financiers. Les auteurs répertoriés entre les I^{er} et IV^e siècles sont, chronologiquement, Tite-Live, Tacite, Suétone, Ambroise, Symmaque et Prudence. Quant aux données épigraphiques, il s'agit de tablettes d'immunités de prêtresses ayant vécu entre les I^{er} et III^e siècles.
- 3 Lexicalement et sémantiquement, les termes et expressions relevés sont les suivants : *stipendium de publico*⁴, *immunis*⁵ et *immunitas*⁶ ainsi que *commoda* (avantages)⁷. Le récolement est pauvre et la lecture ne peut être littérale. Nous reviendrons ainsi sur les deux éléments de ces avantages financiers des vestales : la rémunération publique (I) et l'immunité fiscale (II).

I. Le *stipendium de publico*

- 4 Deux auteurs, séparés de quatre siècles, usent du terme *stipendium* concernant une rente ou rémunération publique versée aux Vestales. Au I^{er} siècle, Tite-Live l'utilise dans sa narration de la création des prêtresses vierges par le roi Numa : *His ut adsiduae templi antistites essent stipendium de publico statuit*, « Pour permettre à ces officiantes de se consacrer exclusivement au service du temple, il leur octroya une rémunération publique » ; au IV^e siècle, Symmaque, grand défenseur de la religion traditionnelle romaine, l'évoque dans sa lettre adressée à l'empereur Valentinien II : *Quanto commodo sacri aerarii vestri Vestalium virginum praerogativa detracta est ? Sub largissimis imperatoribus denegatur, quod parcissimi praestiterunt ? Honor solus est in illo velut stipendio castitatis*, « Quel

avantage Votre Trésor a-t-il retiré du retrait de leurs privilèges aux vierges de Vesta ? Sous les plus généreux des Empereurs refuserait-on ce qu'accorderent les plus parcimonieux ? L'honneur seulement compte dans ce qui apparaît comme le salaire de la chasteté »⁸.

- 5 Une telle utilisation surprend, eu égard à la différence de temps et de genre de ces deux textes et, impose de revenir au sens premier du vocable. *Stipendium*, construit sur *stips*, la pièce de monnaie⁹, présente deux sens, la solde versée annuellement ou du moins régulièrement aux soldats¹⁰ ainsi que le tribut ou l'impôt¹¹. Ces sens semblent dater de l'époque républicaine voire impériale. Pour Jérôme France, à l'époque impériale, *stipendium* désignerait surtout la solde, « le produit d'un revenu ou d'un salaire », comme cela est relevé chez Tacite¹². Il s'agirait de son sens originel et cela expliquerait que, sous le principat d'Auguste, fut réalisée une révision du vocabulaire de l'impôt provincial avec l'utilisation du terme *tributum*. Cette notion de « solde » est également relevée chez Tite-Live¹³. Selon l'auteur, elle était versée aux soldats lors de la dernière guerre contre Véies en 406 av. J. C. Précédemment à cet événement, la solde était occasionnelle et obtenue « en puisant » dans d'autres ressources telles que le butin de guerre¹⁴. Cristina Soraci relève ici l'incohérence d'une telle signification avec la circulation plus tardive des pièces de monnaie. Différentes hypothèses furent dès lors envisagées par la Romanistique : l'introduction de la notion de *stipendium* militaire aurait été plus tardive ; *stipendium* aurait eu à l'origine un sens autre et se référerait à la nourriture, i.e. la solde aurait été payée en nature ; ou il s'agirait d'un paiement en paléomonnaie (*aes rude* ou *aes signatum*)¹⁵. Pour Cristina Soraci, qui rejoint Hubert Zenhacker, la récompense versée en 406 av. J. C. aux soldats n'aurait été officiellement appelée *stipendium* que bien plus tardivement, à la fin du IV^e siècle av. J. C. Il s'agirait dès lors d'un « anachronisme linguistique » utilisé pour désigner la « récompense institutionnalisée »¹⁶.

- 6 Ces éléments apportent un éclairage à cet usage quasi unique de *stipendium* pour désigner une rémunération des Vestales. Le vocable possède deux sens et renvoie soit à la « militarité » soit à la fiscalité. Toni Naco del Hoyo n'aborde d'ailleurs pas l'utilisation livienne dans son ouvrage de 2003¹⁷. Trois hypothèses peuvent être envisagées pour expliquer un tel usage de *stipendium*. La première est le renvoi

au sens premier de *stips*, l'offrande ou obole, un sens religieux pourrait alors être supposé. La deuxième est la présence, également dans ce texte, d'un anachronisme linguistique inséré dans une narration de la création légendaire de la prêtrise par le deuxième roi de Rome¹⁸. La troisième hypothèse, qui rejoint quelque peu la deuxième, est l'utilisation d'un terme inadéquat en l'absence d'autre terme technique. Cette dernière hypothèse rejoindrait l'exposé de Nina Mekacher. Selon l'historienne, plusieurs auteurs évoquent cette rémunération publique comme Suétone (*Aug.*, 31.3), usant du terme *commoda*, et Tacite (*Ann.*, 4.16.4) n'utilisant aucun terme technique¹⁹. Ce dernier décrit même le versement de deux millions de sesterces à la Vestale Cornelia²⁰ en 23 ap. J. C. lors de son entrée dans le sacerdoce :

Puis, afin de relever la dignité des prêtres et de stimuler leur zèle à assurer le service du culte, on attribua à la Vestale Cornelia, prise pour remplacer Scantia, deux millions de sesterces, et on décida que, chaque fois qu'Augusta entrerait au théâtre, elle prendrait place au milieu des Vestales²¹.

- 7 Cette somme, rapportée car particulièrement élevée, représentant le double du cens sénatorial, est à rattacher pour Nina Mekacher à la rémunération évoquée par Tite-Live. Selon l'historienne, le montant de cette rémunération aurait été redéterminé à plusieurs reprises dans l'histoire de Rome et une augmentation aurait même déjà été envisagée par l'empereur Auguste²². Cette lecture, également formulée par Hubert Zehnacker, engendre deux conséquences : aucun terme technique n'existe ou du moins n'est rapporté concernant cette rémunération et, surtout, cette dernière ne serait octroyée qu'en un seul versement, lors de la *captio* de la prêtresse. Le *stipendium* de la Vestale ne serait donc en aucun cas une rente ni un salaire mais un capital. Hubert Zehnacker rattache d'ailleurs ce versement à un acte honorifique et à la garantie d'un statut social voire même civique²³. Il écarte ainsi le versement d'une somme destinée « à assurer leur vie quotidienne », alors que Nina Mekacher envisage une utilisation à la fois personnelle et cultuelle de ce capital²⁴.

- 8 L'octroi de ce *stipendium* s'explique donc par le prestige particulièrement élevé du sacerdoce de Vesta et l'absence de finances

personnelles des jeunes vierges lors de leur *captio* par le grand pontife²⁵. Ce patrimoine constitue une des quatre sources de revenu définies par Nina Mekacher, les trois autres étant les legs et donations, les biens fonciers transférés par Rome et certaines amendes pour profanation de tombes²⁶.

- 9 Au privilège sacerdotal du *stipendium* s'adjoignent les *immunitates*.

II. L'*immunitas*

- 10 L'*immunitas* des Vestales est connue par différentes sources, littéraires et épigraphiques. En premier lieu, Suétone, Symmaque et Ambroise évoquent cette immunité. Si Suétone la mentionne de manière indirecte, écrivant qu'Auguste « accrut le nombre, le prestige, mais aussi les prérogatives [*commoda*] des prêtres, particulièrement des Vestales »²⁷, Symmaque et Ambroise, dans leurs lettres adressées à l'empereur Valentinien II en 384, s'expriment avec bien plus d'ardeur²⁸. En réaction à la suppression des privilèges des *sacerdotes* de la religion traditionnelle romaine, le préfet de Rome énonce ainsi :

Quel avantage Votre Trésor a-t-il retiré du retrait de leurs privilèges [*praerogativa*] aux vierges de Vesta ? Sous les plus généreux des Empereurs refuserait-on ce qu'accordèrent les plus parcimonieux ? L'honneur seulement compte dans ce qui apparaît comme le salaire de la chasteté [*stipendium castitatis*] : autant les bandelettes font l'ornement de leurs têtes, autant l'exemption de charges [*vacare muneribus*] est jugée la marque distinctive du sacerdoce. Elles ne réclament qu'une immunité [*immunitas*] purement verbale, parce que leur pauvreté les protège de tout débours. C'est pourquoi qui leur ôte quelque chose assure un complément à leur gloire, s'il est vrai qu'une virginité vouée au salut public croît en mérite, quand elle est privée d'avantages [*praemium*]²⁹.

- 11 L'évêque de Milan répliqua aussitôt :

[...] « Rendez, dit Symmaque, leurs immunités [*immunitas*] aux Vestales. » Voilà bien le langage de gens incapables de croire qu'il puisse y avoir une virginité gratuite, et qui, se défiant de la vertu,

suscitent des vocations par l'appât du gain. Et pourtant combien de vierges leur ont amené les avantages promis ? C'est à peine sept jeunes filles que l'on prend pour Vestales. Voilà tout le nombre qu'ont attiré les bandelettes qui ornent leur tête, leurs robes de pourpre, leur litière entourée d'un cortège de serviteurs, leurs privilèges immenses [*privilegiamaxima*], leurs gains énormes [*lucraingentia*] et enfin le terme assigné à leur chasteté³⁰.

- 12 Tout comme le capital versé aux Vestales, leur *immunitas* est au cœur des débats religieux à la fin du IV^e siècle. Celle-ci concerne particulièrement une exemption fiscale.
- 13 *Immunitas*, construit sur *immunis* (*im-munus*), désigne d'abord une exemption de charges ou de devoirs (*munera*), puis une exemption d'impôts³¹. Cette immunité, octroyée en raison de l'importance du sacerdoce de Vesta, se manifeste en pratique dans certains échanges commerciaux ou déplacements. En effet, cinq tablettes de bronze dites *tabellae immunitatis* sont connues, datées entre les I^{er} et III^e siècles ap. J. C. Ces tablettes rectangulaires, dont la taille varie entre dix et quinze centimètres de longueur et cinq à dix centimètres de hauteur, étaient percées de deux trous et s'attachaient probablement aux harnais des chevaux des attelages des prêtresses. Ces tablettes mentionnent généralement le nom de la Vestale, son titre sacerdotal et l'emploi, l'*immunitas*, et parfois même la destination – *in iugo* (sur le joug, l'attelage) ou *in naucella* (sur le navire)³². Et, considérant les grandes similitudes entre les différentes plaques connues, Gabriella Gasperetti envisage une production en série de ces *tabellae*, en plusieurs exemplaires pour les Vestales, dédiées à un usage quotidien³³.
- 14 La tablette la plus ancienne de ce corpus est celle de Calpurnia Praetexta, grande Vestale de la fin du I^{er} siècle voire du début du II^e siècle de notre ère³⁴ : *Calpurniae | Praetextat(ae) | V̄(irginis) V̄(estalis) | maxim[ae] | immuni[is]*, « À Calpurnia Praetextata, grande Vierge Vestale, exempte ». La *tabella* ne précise pas la destination mais elle devait être utilisée pour les attelages, comme c'est le cas de la plupart des tablettes³⁵.
- 15 La destination est cependant clairement signifiée pour trois des tablettes, qui appartenaient à la grande Vestale du milieu du III^e siècle, Flavia Publicia³⁶. Les deux premières, identiques, étaient destinées à

un harnais équin en raison de la mention *in iugo* : *Flaviae | Publiciae | V̄(irginis) V̄(estalis) | maximae | immunis | in iugo*, « À Flavia Publicia, grande Vierge Vestale, exempte (de taxes) sur l'attelage³⁷ » ; la troisième avait pour destination un navire de la prêtresse : *Flaviae | Publiciae | V̄(irginis) V̄(estalis) | maximae | immunis | innaucellamarinacunbusPortensis | parasemo(n)Porphyris,Eudromus*, « Le navire du Port avec l'enseigne Porphyris appartient à Flavia Publicia, grande Vestale, exempte (de taxes) pour son bateau de mer. Eudromus (esclave) »³⁸. La cinquième tablette de notre corpus concerne une Vestale du II^e siècle, Sossia Maxima³⁹ : *Sossiae Maximae | V̄(irginis) V̄(estalis)*⁴⁰. Si cette *tabella* ne précise pas son emploi, la forme de la tablette et la mention du nom et du statut de la Vestale font bien référence à une *immunitas*. Il convient d'ajouter que certains auteurs évoquent un sixième document, une médaille à l'effigie de la Vestale Bellicia Modesta⁴¹ présentant la courte inscription *Belliciae Modeste | V(irginis) V(estalis)*⁴². Nina Mekacher, comme d'autres, est d'avis d'exclure cette pièce qui semble surtout avoir un but décoratif⁴³.

- 16 Ces différentes tablettes sont des documents particulièrement riches, en particulier les tablettes de Flavia Publicia⁴⁴ de par leurs mentions *in iugo* et *in naucella marina cunbus Portensis*. Tout d'abord, les *tabellae* CIL VI, 2147 et Gleusa p. 149 désignent deux *immunitates in iugo*. L'expression *in iugo* a présenté des difficultés d'interprétation à la Romanistique mais la majorité des auteurs a établi que celle-ci renvoyait au joug et à l'attelage des animaux de trait⁴⁵. Cette exemption concernait alors la *collatio equorum* qui permettait au pouvoir romain de réquisitionner des chevaux. Les Vestales possédaient ou du moins avaient accès à diverses montures afin de pouvoir se déplacer sans contrainte, y compris dans Rome, et même les jours de fête, et cet accès ne devait pas être entravé⁴⁶. Les tablettes étaient ainsi soit accrochées aux montures ou à la voiture soit clouées sur la porte des écuries⁴⁷. Gabriella Gasperetti cite d'ailleurs un extrait des travaux de Rodolfo Lanciani, archéologue italien de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle, qui affirme que les *tabellae immunitatis* de Calpurnia Praetexta, Flavia Publicia et Sossia Maxima ont été découvertes dans une ferme pour la première – un *ager Tusculanum* selon la notice du CIL – et dans les écuries de Flavia Publicia pour les deux autres⁴⁸. Cependant, d'autres auteurs, comme

Marc Mayer i Olivé, envisagent une lecture plus large de l'expression *in iugo* qui ferait référence au transport par voie terrestre ou maritime ou même renverrait à une immunité fiscale globale⁴⁹. Ces tablettes étaient, en tout état de cause, accrochées ou exposées au-devant de la monture ou moyen de transport pour signifier l'exemption et faciliter la circulation.

- 17 La troisième *tabella* de Flavia Publicia fut découverte lors des travaux du port de Porto Torres (Sardaigne) en 2007. La plaque, de la forme d'une *tabula ansata*, présente, au centre, le portrait en relief d'une femme tournée vers la droite et coiffée d'un voile⁵⁰. L'immunité concerne explicitement les activités maritimes et/ou portuaires, notamment le paiement des *portoria*, droits de péage d'un port, et la taxation des cargaisons de marchandises⁵¹. L'inscription est particulièrement significative par sa grande précision : *in naucella marina cunbus Portensis parasemon Porphyris, Eudromus*, « Sur le navire du Port avec l'enseigne Porphyris pour son bateau de mer. Eudromus ». La Romanistique a longuement étudié et commenté cette inscription déterminant les éléments suivants : le port (*port(u)ensis*) désigné dans l'inscription serait le port de Rome (Ostie) et Eudromus devait être l'esclave rattaché au navire, peut-être son pilote, *magister* ou *gubernator*⁵². Aussi, il est établi que le *cunbus*, dont le nom latin est issu du grec κύμβος, désigne un navire aux « fonctions variables », « utilisé pour la pêche, pour le chargement du sable, comme une chaloupe, pour la navigation dans les eaux intérieures et dans les ports ». Il s'agit ainsi d'une « embarcation de port », comme l'expose Gabriella Gasperetti. Ce *cunbus* accompagnait la *naucella* ou *navicula*, diminutif de *navis*, pouvant désigner à la fois un navire de mer et un *fluminalis*, un navire plus petit mais rapide. La *naucella* était donc principalement utilisée pour la petite navigation, tout en étant aussi usée pour des déplacements plus longs. Plus encore, selon la même autrice, le nom de l'esclave serait indiqué, en plus de sa qualité de pilote, pour notifier une exemption d'impôt sur celui-ci, qu'il exerçât ou non une activité économique⁵³.

- 18 Cette tablette *unica* engage également l'historien à comprendre son utilisation par la Vestale. Pourquoi la *Virgo Vestalis* possédait-elle une telle *immunitas* ? Que faisait-elle avec ce navire ? Était-ce habituel auprès des *sacerdotes* de Vesta ? Selon Rosanna Ortu, le

navire de la prêtresse transportait très probablement des céréales, Flavia Publicia ayant vécu et officié au cours de la *Saecularis Aetas* organisée par Philippe l'Arabe où d'importantes distributions de céréales (*congiaria*) avaient été réalisées. Les Vestales avaient ainsi peut-être pris part à ces grandes distributions et les navires au service de l'annone auraient été dès lors exemptés de tout impôt. L'autrice envisage alors une immunité personnelle, voire même exceptionnelle. R. Ortu propose également une cause religieuse, l'achat de blé pour la réalisation des rites. Par ailleurs, le navire pouvait aussi transporter du sel des salines de la Nurra qui était destiné tant à la conservation des viandes et aliments qu'à une utilisation cultuelle⁵⁴. Pour sa part, Piero Gianfrotta interroge la présence de cette *tabella* dans le port de *TurrisLibisonis*, loin de Rome. La Vestale faisait-elle transporter des fournitures – un approvisionnement en céréales par exemple – depuis la Sardaigne, ou cette tablette a-t-elle été déplacée et utilisée en remplissage en vue de la construction de la jetée du port comme l'envisage aussi Gabriella Gasperetti⁵⁵ ? D'autre part, Marc Mayer i Olivé envisage diverses causes dont un déplacement de la Vestale en Sardaigne pour des raisons personnelles. En effet, l'auteur relève la présence sur l'île, au milieu du III^e siècle, de L. Flavius Honoratus, *procurator* et *praefectus provinciae Sardiniae*, qui pourrait être le frère de Flavia Publicia⁵⁶.

- 19 Plus encore, cette tablette semble montrer une Vestale à la tête d'un *negotium* qui posséderait alors la qualité de *domina navium*, voire même de *navis exercitor*, comme l'expose Rosanna Ortu. Flavia Publicia était en effet la propriétaire du navire et de l'esclave Eudromus⁵⁷. À l'époque impériale, les femmes romaines peuvent être « cheffes d'entreprises ». Plusieurs cas sont relevés, comme le rapporte Rosanna Ortu, à l'instar de Flavia Seia Isaurica, à la tête d'une production de briques (*figlinae*) et propriétaire de gisements d'argile, ou encore la Vestale Aurelia Severa qui dirigeait une entreprise de production de canalisations (*fistulae aquarie*)⁵⁸. Est également connue Memmia Sosandris, femme clarissime, à la tête d'une exploitation d'une mine de fer en Gaule lyonnaise⁵⁹. Les femmes possèdent à cette époque une capacité juridique – même si partielle. La loi Claudia a supprimé la tutelle des agnats en octroyant à toutes les femmes le *ius trium liberorum*⁶⁰. La Romaine ne doit

alors recevoir l'*auctoritas* d'un *tutor* que pour les actes entraînant une diminution de son patrimoine. Pour le reste, la femme peut agir librement et en particulier, elle peut choisir son tuteur⁶¹. Sont ainsi attestées des femmes maîtres d'affaires, préposées au commerce romain⁶². En ce qui concerne les Vestales, nous savons que celles-ci étaient capables et détenaient divers biens tels que des esclaves et des immeubles⁶³. Ceux-ci avaient pu être notamment acquis grâce au capital octroyé lors de l'entrée dans le sacerdoce. Rosanna Ortu conclut dès lors que Flavia Publicia gérât une activité commerciale en tant que *domina navium* et se demande, par conséquent, si son immunité provenait de son statut de Vestale ou bien si elle était liée à une activité annonaire qui pouvait octroyer un tel privilège⁶⁴. Il convient cependant de prendre en considération les limitations et interdictions commerciales vis-à-vis des élites romaines⁶⁵. Une Vestale n'aurait jamais pu se livrer à n'importe quelle activité. Les raisons de la présence de Flavia Publicia en Sardaigne, si elle s'y est déplacée et était propriétaire d'un tel navire, devaient être très certainement nobles : religieuses, familiales ou évergétiques voire honorifiques.

- 20 Les finances des Vestales comportent donc deux privilèges notables et qui leur sont, dans l'ensemble, propres : le versement d'un capital lors de l'entrée dans le sacerdoce, que Tite-Live qualifie de *stipendium*, et l'octroi d'*immunitates*, exemptions de taxes. Ces privilèges, peu attestés dans les sources, semblent établis à l'époque républicaine et perdurer à l'époque impériale, malgré une absence nette de cohérence lexicale et de technicité linguistique. Même, si l'immunité des prêtresses semble majoritairement concerner leur déplacement dans la ville de Rome ou encore possiblement la *collatio equorum*, une exemption fut également décelée vis-à-vis de la navigation maritime ou portuaire. La *tabella* de Porto Torres permet à l'historiographie d'appréhender plus encore le statut presque énigmatique de ces prêtresses vierges, sorties de leur *familia*, entièrement dévouées à Vesta et pleinement actives et actrices dans la Cité. Les Vestales n'étaient en effet en aucun cas réduites à une vie uniquement religieuse. Par ailleurs, ces deux privilèges, assurant une capacité financière des Vestales, ont permis de projeter une capacité financière des femmes romaines.

NOTES

- 1 Liv., 1.20.3 : *virginesque Vestae legit, Alba oriundum sacerdotium et genti conditoris haud alienum. His ut adsiduae templi antistites essent stipendium de publico statuit ; virginitate aliisque caerimoniis venerabiles ac sanctas fecit.* Traduction modifiée de G. Baillet, Paris, Les Belles Lettres, CUF, 1965.
- 2 Voir par exemple Plu., *Numa*, 10 ; D.H, A. R., 2.67 et 3.67 ; Cic., *Leg.*, 2. 22 et 29 ; Fest., p. 468 L. Pour une présentation plus complète des prêtresses de Vesta, nous renvoyons notamment à notre thèse, D. Baudoin, *Aspects juridiques des sacerdoces féminins à Rome. Étude des sacerdotess et flaminicae d'Occident (I^{er} av. J.-C. – IV^e s. ap. J.-C.)*, t. I, thèse de doctorat, sous la direction d'E. Chevreau, Histoire du droit, Université Paris-Panthéon-Assas, 2023, p. 76-81 ainsi qu'à la thèse particulièrement exhaustive de N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, Wiesbaden, Dr. Ludwig Reichert Verlag, 2006.
- 3 Sur l'exclusion de toute tutelle, voir Gell., 1.12.1-19 et Gai., 1.145. Concernant le statut juridique des Vestales, voir note précédente ainsi que F. Guizzi, *Aspetti giuridici del sacerdozio romano. Il sacerdozio di Vesta*, Napoli, Eugenio Jovene, 1968 et D. Mattiangeli, « I privilegi giuridici delle Vestali e l'utilizzo sociale e politico di una funzione "religiosa" », F. Sturm et al. (dir.), *Liber amicorum Guido Tsuno*, Frankfurt am Main, Vico Verlag, 2013, p. 225-250.
- 4 Liv., 1.20.3 ; Symm., *Rel.*, 3.11.
- 5 CIL VI, 2146 et 2147 ; AE 2010, 620 ; GLEUSA, p 149 (voir *infra*).
- 6 Symm., *Rel.*, 3.11 ; Ambr., *Ep.*, 18.11.
- 7 Suet., *Aug.*, 31.
- 8 Liv., 1.20.3 ; Symm., *Rel.*, 3.11 (trad. J.-P. Callu, Paris, Les Belles Lettres, CUF, 2009). Selon N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 40 et s., Suétone (*Aug.*, 31) ferait également référence à cette rémunération publique par son utilisation du terme *commoda*.
- 9 Ulp., 17 *ad ed.*, D. 50.16.27.1 ; s.v. *stips*, *stipis*, in A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, tirage de la 4^e édition, 2001, p. 650 ; OLD, p. 1822 ;

NP Soldiers'pay (Y. Le Bohec) ; C. Soraci, *Il lessico della sottomissione. Studi sul termine stipendiarius*, Roma-Bristol, « L'ERMA » di Bretschneider, 2020, p. 17 : le *stips*, à la fin de République, renvoie à la « pièce de monnaie », « offrande monétaire à une divinité » et « contribution versée par le mobilisable ». Voir également C. Soraci, « Riflessioni storico-comparative sul termine *stipendiarius* », M. R. Cataudella, A. Greco et G. Mariotta (dir.), *Strumenti e tecniche della riscossione dei tributi nel mondo antico. Atti del convegno nazionale. Firenze 6-7 dicembre 2007*, Padova, Sargon, 2010, p. 43-80, notamment p. 72-74.

10 Varro, *Ling.*, 5. 182 ; *Fest.*, p. 379 L. ; *Plin.*, *Nat.*, 33.43 ; *Isid.*, *Orig.*, 16.18.8.

11 *Cat.*, 64.173 ; *Cic.*, *Verr.*, II, 3.6.12. Voir également *Hor.*, *Epod.*, 17.36.

12 J. France, « *Tributum et stipendium*. La politique fiscale de l'empereur romain », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 84/1, 2006, p. 1-17 (J. France, *Finances publiques, intérêts privés dans le monde romain*, Bordeaux, Ausonius, 2017, p. 439-452), notamment p. 10 ; J. France, « Les catégories du vocabulaire de la fiscalité dans le monde romain », J. Andraeu et V. Chankowski (dir.), *Vocabulaire et expression de l'économie dans le monde romain*, Pessac, Ausonius, 2007, p. 333-368 (J. France, *Finances publiques, intérêts privés dans le monde romain*, Bordeaux, 2017, p. 453-478), plus particulièrement p. 340-344. Voir l'utilisation, par Tacite, de *tributum* dans *Tac.*, *Ann.* 4.13.1 ; 12.61 et 63 ; 13.50 et de *stipendium* dans *Tac.*, *Hist.*, 3.8 ; 4.74.

13 *Liv.*, 4.59.11.

14 C. Soraci, *Il lessico della sottomissione. Studi sul termine stipendiarius*, op. cit., p. 13 et s. : le *stipendium* est un *soldo*.

15 *Ibid.*, p. 17 et s. : les pièces d'argent ou de bronze ne sont adoptées qu'à la fin du IV^e et au début du III^e siècle av. J.-C. Concernant le paiement en nourriture des soldats, l'autrice renvoie à J. Scheid, « La spartizione a Roma », *Studi Storici*, vol. 25, n° 4, 1984, p. 945-956, notamment p. 955-956 : l'auteur relève que Polybe (6.39.12) traduit *stipendium* par ὀψώνιον, composé de ὄψον, la nourriture, ou encore la viande ou le poisson, et ὠνέομαι, le fait de se procurer. La récompense offerte aux soldats devait ainsi comporter majoritairement de la viande.

16 C. Soraci, *Il lessico della sottomissione. Studi sul termine stipendiarius*, op. cit., p. 17 et s. ; H. Zehnacker, « Rome : une société archaïque au contact de la monnaie (V^e-IV^e siècle) », *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au V^e siècle av. J.-C. Actes de la table ronde de Rome (19-21*

novembre 1987), Rome, École française de Rome, 1990, p. 307-326, en particulier p. 320.

17 T. Ñaco del Hoyo, *Vectigal incertum. Economía de guerra y fiscalidad republicana en el occidente romano : su impacto historico en el territorio (218-133 a.C.)*, Oxford, BAR, 2003, notamment p. 26-50 : l'auteur propose notamment une analyse de *stipendium* à travers l'œuvre de Tite Live et envisage les sens militaires et fiscaux sans évoquer la rémunération des Vestales.

18 Voir notamment N. Mekacher sur ce sujet : N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 13 et s.

19 *Ibid.*, p. 40 et s. Symmaque (*Rel.*, 3.17) utilise également l'expression *sumptus publicus*, alors « dépenses publiques » dans sa célèbre lettre.

20 Sur Cornelia, voir PIR² C 1478 ainsi que J. Rüpke, A. Glock, *Fasti sacerdotum*, II, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 2005, n° 1299, p. 904.

21 Tac., *Ann.*, 4.16.4 : *Utque glisceret dignatio sacerdotum atque ipsis promptior animus foret ad capessendas caerimonias decretum Corneliae virgini, quae in locum Scantiae capiebatur, sestertium viciens, et quotiens Augusta theatrum introisset ut sedes inter Vestalium consideret*. Trad. P. Willeumier, Paris, Les Belles Lettres, CUF, 1975.

22 Suet., *Aug.*, 31.3 ; N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 40 et s. L'autrice envisage par ailleurs que la rémunération serait donnée personnellement à la prêtresse mais qu'elle était également utilisée pour les dépenses du culte.

23 H. Zehnacker, « Rome : une société archaïque au contact de la monnaie (v^e-iv^e siècle) », op. cit., p. 320-321. Concernant l'idée reçue de la rente, l'historien écrit : « Devons-nous imaginer les Vestales comme des fonctionnaires vivant de leur traitement ? C'est peut-être l'image qu'ont tenté d'accréditer, quelques siècles plus tard, les apologistes chrétiens ». Nous renvoyons, à titre d'exemple, à la constitution de Justinien de 531, C. 3.28.37.1, concernant le versement d'un *stipendium* ou d'un *salarium* pour certaines fonctions (avocat, *magister*, archiatre, etc.).

24 *Ibid.* ; N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 40 et s.

25 Sur la *captio* des Vestales, voir D. H., A. R., 2.67 ; Plu., *Num.*, 10.2 ; Gell., 1.12. Voir aussi, entre autres, N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 23 et s. et D. Baudoin, *Aspects*

juridiques des sacerdoces féminins à Rome. Étude des sacerdotess et flaminicae d'Occident (I^{er} av. J.-C. – IV^e s. ap. J.-C.), op. cit., p. 76-78 pour une synthèse bibliographique.

26 N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 40 et s.

27 Suet., Aug., 31 : *Sacerdotum et numerum et dignitatem sed et commoda auxit, praecipue Vestalium virginum*. Trad. H. Ailloud, Paris, Les Belles Lettres, CUF, 1961.

28 Symm., Rel., 3.11 ; Ambr., Ep., 18.11.

29 Symm., Rel., 3.11 : *Quanto commodo sacri aerarii vestri Vestalium virginum praerogativa detracta est ? Sub largissimis imperatoribus denegatur, quod parcissimi praestiterunt ? Honor solus est in illo velut stipendio castitatis. Ut vitae earum capiti decus faciunt, ita insigne ducitur sacrificii vacare muneribus. Nudum quodammodo nomen immunitatis requirunt ; quoniam paupertate a dispendio tutae sunt. Itaque amplius laudi earum tribuunt, qui aliquid rei detrahunt ; siquidem saluti publicae dicata virginitas crescit merito, cum caret praemio*. Trad. modifiée de J.-P. Callu, Paris, Les Belles Lettres, CUF, 2009.

30 Ambr., Ep., 18.11 : [...] *Habeant, inquit, Vestales virgines immunitatem suam. Dicant hoc, qui nesciunt credere, quod possit esse gratuita virginitas : provocent lucris, Qui diffidunt virtutibus. Quantas tamen illis virgines praemia promissa fecerunt ? Vix septem Vestales capiuntur puellae. En totus numerus quem infulae vittati capitis, purpuratarum vestium murices, pompa lecticae ministrorum circumfusa comitatu, privilegia maxima, lucra ingentia, praescripta denique pudicitiae tempora coegerunt*. Trad. M. Lavarenne, Paris, Les Belles Lettres, CUF, 1963.

31 S.v. *munis*, e, in A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, Klincksieck, tirage de la 4^e édition, 2001, p. 421 ; s.v. *immunis*, is, in OLD, p. 838-839 ; NP *immunitas* (C. Gizewski). À noter que les sacerdotess municipales bénéficient également d'une excuse vis-à-vis de certains *munera personalia* (Ulp., 23 ad ed., D. 50.5.13pr), voir D. Baudoin, *Aspects juridiques des sacerdoces féminins à Rome. Étude des sacerdotess et flaminicae d'Occident* (I^{er} av. J.-C. – IV^e s. ap. J.-C.), op. cit., p. 216 et s.

32 N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 19, 41 et s., 153 et s., 208-209.

- 33 G. Gasperetti, « Una tabella immunitatis dal porto di Turris Libisonis », A. Mastino, P. G. Spanu et R. Zucca (dir.), *Naves plenis velis euntes*, Roma, Carocci, 2009, p. 266-277, notamment p. 271.
- 34 Sur Calpurnia Praetexta, voir PIR² C 331 et M.-T. Raepsaet-Charlier, *Prosopographie des femmes de l'ordre sénatorial, I^{er}-II^e siècle*, Louvain, Peeters, 1987, n° 180. Selon Marie-Thérèse Raepsaet-Charlier, la Vestale est très probablement la fille de C. Calpurnius Crassus Frugi Licinianus, consul en 87 et la nièce de Licinia Praetextata.
- 35 CIL VI, 2146 = CIL XIV, 4120.1 = CIL XV, 7127 (Roma). Voir également N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 208.
- 36 Sur Flavia Publicia, voir PIR² F 438 et J. Rüpke et A. Glock, *Fasti sacerdotum*, II, op. cit., p. 849 et 895.
- 37 CIL VI, 2147 = CIL XV, 7126 (Roma). La deuxième tablette est quasi identique : *Flaviae | Publiciae | V(irginis) V(estalis) | maximae | immunis | in iugo*. Elle fut éditée par H. McClees, « Inscriptions in the classical collection », *Bulletin of Metropolitan Museum of Arts of New York*, vol. 19, n° 7, 1924, p. 166-168 et J. Bodel, J. Tracy, *Greek and Latin inscriptions in the USA : a checklist*, New York, American Academy in Rome, 1997, p. 149 (= GLEUSA p 149 sur la base de données Epigraphik-Datenbank Clauss/Slaby).
- 38 Trad. AE 2010, 620 ; G. Gasperetti, « Una tabella immunitatis dal porto di Turris Libisonis », op. cit., p. 266-277.
- 39 Sur Sossia Maxima, voir PIR¹ S 565 ainsi que M.-T. Raepsaet-Charlier, *Prosopographie des femmes de l'ordre sénatorial, I^{er}-II^e siècle*, op. cit., n° 722 et J. Rüpke, *Fasti sacerdotum*, I, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 2005, p. 164. La Vestale serait apparentée à la famille des Sosii, sénateurs aux I^{er} et II^e siècles.
- 40 CIL VI, 2148 = CIL XV, 7128 (Roma).
- 41 Sur Bellicia Modesta, voir PIR² B 105 ; M.-T. Raepsaet-Charlier, *Prosopographie des femmes de l'ordre sénatorial, I^{er}-II^e siècle*, op. cit., n° 143 ; J. Rüpke, A. Glock, *Fasti sacerdotum*, II, op. cit., n° 934.
- 42 CIL XV, 7129 (Roma) = RC 153.
- 43 N. Mekacher, *Die vestalischen Jungfrauen in der römischen Kaiserzeit*, op. cit., p. 153 et s. et 230.

44 La Vestale est également connue épigraphiquement par des monuments honorifiques. Huit bases de statues lui sont dédiées dans l'*atrium Vestae* : CIL VI, 2134 ; CIL VI, 2135 ; CIL VI, 32414 ; CIL VI, 32415 ; CIL VI, 32416 ; CIL VI, 32417 ; CIL VI, 32418 ; CIL VI, 32419. Voir notamment sur ce point R. Frei-Stolba, « Flavia Publicia, *virgo Vestalis maxima*. Zu den Inschriften des Atrium Vestae », P. Kneissl et V. Losemann (dir.), *Imperium romanum, Studien zu Geschichte und Rezeption, Festschrift für, Karl Christ zum 75. Geburtstag*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1998, p. 233-251 ; P. Ruggeri, « La Vestale Massima Flavia Publicia : una protagonista della millenaria Saecularis Aetas », J. Cabrero Piquero et L. Montecchio (dir.), *Sacrum nexum. Alianzas entre el poder político y la religión en el mundo romano*, Madrid-Salamanca, Signifer Libros, 2015, p. 165-189.

45 Le terme *iugum* est notamment utilisé par Ulpien concernant l'attelage des chevaux : Ulp., 2 *ad ed. aedil. curul.*, D. 21.1.38.9 et 38.12 ; Ulp., 17 *ad Sab.*, D. 7.8.12.4.

46 *Tabula Heracleensis*, 12, l. 62-65.

47 Voir CIL XV, p. 891 et la notice de H. Dressel s'appuyant sur une notice antérieure de G. B. de Rossi ; G. Gasperetti, « Una *tabella immunitatis* dal porto di Turris Libisonis », *op. cit.*, p. 269-272 ; P. Gianfrotta, « Sulla *tabella immunitatis* della vestale massima Flavia Publicia a Porto Torres », *Archeologia classica (rivista dell'Istituto di archeologia dell'Università di Roma)*, vol. 69, II/8, 2018, p. 793-802, plus particulièrement p. 796 ; R. Ortu, « Le immunità delle Vestali nella documentazione epigrafica di età imperial : le *tabellae immunitatis* di Flavia Publicia », *Jus*, vol. 3, 2020, p. 137-161, notamment p. 146-149, <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-l-e-immunita-delle-vestali-nella-documentazione-epigrafica-di-eta-imperial-e-le-tabellae-immunitatis-di-flavia-publicia-5416.html> (consulté le 11/03/2025) ; R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia. I. Le immunità*, Ortacesus, Sandhi editore, 2018, p. 52-58.

48 G. Gasperetti, « Una *tabella immunitatis* dal porto di Turris Libisonis », *op. cit.* ; R. Lanciani, *L'antica Roma*, Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 119-149 (trad. de *Ancient Rome in the Light of Recent Discoveries*, Boston-New York, Houghton Mifflin, 1898). Voir également R. Lanciani, *Notizie degli scavi di Antichità*, Roma, Salviucci, 1883, p. 455.

49 M. Mayer i Olivé, « Els afers d'una *virgo Vestalis maxima* del segle III d.C. : Flàvia Pública », *Studia Philologica Valentina*, vol. 13/10, 2011,

p. 141-157, en particulier p. 153 et s. ; M. Mayer i Olivé, « Sobre la posible presencia de una embarcacion, cynbus Portensis, de la Virgo vestalis maxima Flavia Publicia en Porto Torres », A. Mastino, P. G. Spanu et R. Zucca (dir.), *Tharros Felix*, t. 5, Roma, Carocci editore, 2013, p. 471-479, notamment p. 474 et s., qui s'appuie notamment sur la constitution CTh. 13.5.14 de 371 ; P. Gianfrotta, « Sulla *tabella immunitatis* della vestale massima Flavia Publicia a Porto Torres », *op. cit.*, p. 796 et s.

50 G. Gasperetti, « Una *tabella immunitatis* dal porto di Turrus Libisonis », *op. cit.*, p. 269-272.

51 Pour l'édition voir AE 2010, 620 et G. Gasperetti, « Una *tabella immunitatis* dal porto di Turrus Libisonis », *op. cit.*, p. 266-277. L'inscription a fait l'objet d'une importante littérature : M. Mayer i Olivé, « Els afers d'una virgo Vestalis maxima del segle III d.C. : Flàvia Pública », *op. cit.* ; M. Mayer i Olivé, « Sobre la posible presencia de una embarcacion, cynbus Portensis, de la Virgo vestalis maxima Flavia Publicia en Porto Torres », *op. cit.* ; A. Mastino, R. Zucca et G. Gasperetti, « Viaggi, navi e porti della Sardinia e della Corsica attraverso la documentazione epigrafica », C. Zaccaria (dir.), *L'epigrafia dei porti*, Trieste, Editreg, 2014, p. 151-182, en particulier p. 166-173 ; R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia*. I. *Le immunità*, *op. cit.*, p. 47-109, en particulier p. 50 et s. et 58-61 concernant les portoria ; R. Ortu, « Le immunità delle Vestali nella documentazione epigrafica di età imperial : le *tabellae immunitatis* di Flavia Publicia », *op. cit.* ; P. Gianfrotta, « Sulla *tabella immunitatis* della vestale massima Flavia Publicia a Porto Torres », *op. cit.* ; D. Faoro, « Una nave della Vestale Massima ? Sull'interpretazione delle cosiddette *tabellae immunitatis* di Flavia Publicia », *ZPE*, vol. 227, 2023, p. 233-236 qui propose une nouvelle traduction italienne des *tabellae*.

52 Voir note précédente.

53 G. Gasperetti, « Una *tabella immunitatis* dal porto di Turrus Libisonis », *op. cit.*, p. 272 ; A. Mastino, R. Zucca et G. Gasperetti, « Viaggi, navi e porti della Sardinia e della Corsica attraverso la documentazione epigrafica », *op. cit.*, p. 170 et s. ; R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia*. I. *Le immunità*, *op. cit.*, p. 74-80.

54 R. Ortu, « Le immunità delle Vestali nella documentazione epigrafica di età imperial : le *tabellae immunitatis* di Flavia Publicia », *op. cit.*, p. 154-159 ; R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la*

Vestale massima Flavia Publicia. I. *Le immunità*, op. cit., p. 44 et 61-68. Voir également P. Ruggeri, « La Vestale Massima Flavia Publicia : una protagonista della millenaria *Saecularis Aetas* », op. cit., p. 175-186.

55 P. Gianfrotta, « Sulla *tabella immunitatis* della vestale massima Flavia Publicia a Porto Torres », op. cit., p. 796 et s. ; G. Gasperetti, « Una *tabella immunitatis* dal porto di *Turris Libisonis* », op. cit., p. 272.

56 M. Mayer i Olivé, « Els afers d'una virgo *Vestalis maxima* del segle III d.C. : Flàvia Publicia », op. cit., p. 155 et s. Voir également M. Mayer i Olivé, « Sobre la posible presencia de una embarcacion, *cynbus Portensis*, de la *Virgo vestalis maxima* Flavia Publicia en Porto Torres », op. cit., p. 477-479. Voir également A. Mastino, R. Zucca et G. Gasperetti, « Viaggi, navi e porti della *Sardinia* e della *Corsica* attraverso la documentazione epigrafica », op. cit., p. 166-173.

57 R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia*. I. *Le immunità*, op. cit., p. 70 et s. et 103-107 ; R. Ortu, « La Vestale Massima Flavia Publicia : un' imprenditrice nell'antica romana ? », *Archivio storico e giuridico sardo di Sassari*, vol. 23, 2018, p. 169-181 ; R. Ortu, « *Dominae navium* : il caso della Vestale massima Flavia Publicia », A. F. Uricchio et M. Casola (dir.), *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto*, t. 1, Bari, Cacucci editore, 2019, p. 527-540.

58 CIL XV, 1422 ; CIL XV, 7415. R. Ortu, *ibid.*, p. 91 et s. Concernant Aurelia Severa, voir PIR¹ A 1337.

59 CIL XIII, 1811a (*Lugudunum, Lugudunensis*).

60 Voir Suet., *Claud.*, 19 ainsi que D. Baudoin, *Aspects juridiques des sacerdoces féminins à Rome. Étude des sacerdotesses et flaminicae d'Occident (I^{er} av. J.-C. – IV^e s. ap. J.-C.)*, op. cit., p. 330 et s. pour un bref état des lieux. Voir également J. Gaudemet, « Le statut de la femme dans l'Empire romain », *La femme, Recueils de la société Jean Bodin*, t. XI/1, Bruxelles, librairie encyclopédique, 1959, p. 191-222 ; Y. Thomas, « La division des sexes en droit romain », G. Duby, M. Perrot et P. Schmitt Pantel (dir.), *Histoire des femmes en Occident*. 1. *L'Antiquité*, Paris, Plon, 1991, p. 103-156, en particulier p. 145 ; E. Cantarella, *La mujer romana*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1991, p. 34-38.

61 *Epit. Ulp.*, 11.1 et *Gai.*, 1.150 ; J. F. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, London, Croom Helm, 1986, p. 18.

62 R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia*. I. *Le immunità*, op. cit., p. 93-103. L'autrice cite les textes suivants : D. 14.3.7.1 ; C. 4.25.4 ; D. 14.1.1.16 et D. 15.1.1.3. Voir également G. Minaud, *Les gens de commerce et le droit à Rome. Essai d'histoire juridique et sociale du commerce dans le monde antique romain*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 217.

63 Gai., 1.145 ; R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia*. I. *Le immunità*, op. cit., p. 86-87. Concernant les esclaves des Vestales, voir les inscriptions CIL VI, 5477 ; 2127 ; 27132a ; 27133 et 27134 ainsi que l'article de B. Scardigli, « *Servi privati delle Vestali* », M. Moggi et G. Cordiano, *Schiavi e dipendenti nell'ambito dell' « oikos » e della « familia »*, Pisa, ETS, 1997, p. 233-248. Concernant les biens immobiliers des Vestales, voir Gell., 7.7.1-4 ; Plin., H. N., 34.25 ; Plu., *Publ.*, 8 sur le don, par une Vestale prénommée Gaia Taracia ou Fufetia, du champ du Tibre et Plu., *Crassus*, 1 rapportant les manœuvres de Crassus pour acquérir une des propriétés de la Vestale Licinia.

64 R. Ortu, *Condizione giuridica e ruolo sociale delle Vestali in età imperiale : la Vestale massima Flavia Publicia*. I. *Le immunità*, op. cit., p. 93-103 : voir Suet., *Claud.*, 18-19, Gai., 1.32c et *Epit. Ulp.*, 3.6.

65 G. Minaud, *Les gens de commerce et le droit à Rome. Essai d'histoire juridique et sociale du commerce dans le monde antique romain*, op. cit., p. 233-243, 206-214 et 216-220.

RÉSUMÉS

Français

Les Vierges Vestales, prêtresses romaines de la déesse Vesta, possèdent un statut religieux et juridique unique. Si c'est surtout leur capacité en droit et leur condamnation pour *incestus* qui ont majoritairement attiré les commentaires, leurs finances et plus particulièrement leurs privilèges méritent tout autant d'intérêt. Cet article reviendra par conséquent sur leur *stipendium* et sa qualification par Tite-Live, ainsi que sur leurs *immunitates*.

English

The Vestal Virgins, Roman priestesses of the goddess Vesta, held a unique religious and legal status. While most attention has been given to their legal capacity and condemnation for *incestus*, their finances—and particularly their privileges—deserve just as much interest. This article will therefore examine their *stipendium* and its characterization by Livy, as well as their *immunitates*.

INDEX

Mots-clés

droit romain, vestales, finances, stipendium, immunitas

Keywords

Roman law, vestals, finances, stipendium, immunitas

AUTEUR

Diane Baudoin

Diane Baudoin est docteure de l'université Paris-Panthéon-Assas et chargée d'appui à la recherche à l'université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines. Elle a soutenu sa thèse en histoire du droit intitulée *Aspects juridiques des sacerdoces féminins romains* le 23 novembre 2023.

IDREF : <https://www.idref.fr/193997452>

Diffusion de connaissance

Repenser le pouvoir constituant par l'histoire du droit : théories et pratiques de l'autorité constituante en France (1789-1962)

Constituting Without a Constituent. An Essay on the Notion of Constituent Authority (1789-1958)

Julien Constantin

DOI : 10.35562/melete.148

PLAN

- I. « Constituer sans constituante » : une étude des pouvoirs constituants non démocratiques
- II. « Constituer sans constituante » : une histoire de l'autorité constituante en France
 - A. Un nouveau regard sur le pouvoir constituant
 - B. Un nouveau regard sur l'histoire constitutionnelle française
 - C. Une étude d'histoire du droit tournée vers l'avenir ?

TEXTE

I. « Constituer sans constituante » : une étude des pouvoirs constituants non démocratiques

- 1 C'est à l'occasion d'une discussion informelle avec le professeur Grégoire Bigot que l'idée de m'intéresser aux pouvoirs constituants « sans constituante » est venue. Elle est issue d'une observation assez simple : sur les deux-cent-vingt-huit années qui séparent 1789 du commencement de cette thèse, en 2017, seules quatre-vingt-cinq années s'écoulèrent sous l'empire d'une constitution édictée par une assemblée constituante, dont soixante-cinq pour la seule III^e République. La France a connu un consul constituant, un Sénat constituant, un empereur constituant, un roi constituant et plusieurs gouvernements constituants, pour seulement cinq assemblées constituantes, dont l'œuvre a d'ailleurs souvent été très

rapidement annihilée, exception faite de celle de 1870. À travers le sujet « constituer sans constituante », c'était donc, au fond, une incongruité de l'histoire constitutionnelle française qu'il s'agissait de comprendre et de décrire, à savoir que la forme d'une assemblée constituante élue et compétente pour fonder un régime politique, que la France a enfanté, légitimé et répandu, a été, dans les faits, une manière minoritaire pour sortir de ses nombreuses révolutions politiques. C'est en tout cas autour de cette interrogation que cette thèse a été entreprise, sous la double direction de Grégoire Bigot et de Frédéric F. Martin. Cette interrogation impliquait de couvrir une longue période historique. L'étude débute en effet au début de la Révolution, aux alentours de 1789, et s'achève au moment de la fondation constitutionnelle de la v^e République, entre 1958 et 1962.

- 2 Par ailleurs, cette étude concerne une question, celle du pouvoir constituant, qui ne cesse d'interroger la doctrine, en raison de l'objet qu'il est censé produire. La constitution est, en effet, à la confluence de la plupart des grands principes du droit public et des présupposés politiques des sociétés contemporaines, et on lui attribue habituellement diverses fonctions sociales, politiques et juridiques¹. Elle doit, tout à la fois, formaliser juridiquement l'exercice du pouvoir, le légitimer en le plaçant sous l'égide de principes reconnus, et le limiter par la répartition de fonctions étatiques entre différents organes politiques. On considère généralement aujourd'hui que la constitution doit aussi avoir pour fonction de garantir la protection des droits fondamentaux contre les atteintes qui pourraient en y être portées par les pouvoirs publics, à laquelle s'ajoute la volonté d'y incorporer des droits environnementaux chargés d'assurer la protection des conditions de vie des générations futures... La constitution incorpore donc tout un ensemble de revendications sociales et politiques, parce qu'elle incarne, au fond, les choix qu'une société fait pour organiser son existence politique. Elle est en tout cas, dans l'esprit de beaucoup, bien plus qu'une simple norme dans un ordre juridique hiérarchisé, ce qui pourrait être sa définition juridique. Elle apparaît plutôt comme une *référence* pour la société, dont la fonction serait de s'imposer aux gouvernants en encadrant, en orientant et en limitant leur pouvoir. D'où l'importance éminente de la question : *qui écrit la constitution ?*

- 3 Cela nous ramène mécaniquement à la question du pouvoir constituant. Comme toute norme juridique, la constitution doit avoir *un auteur*, auquel elle peut être imputée, et qui sera compétent pour la modifier. Le problème est que la question de l'auteur de la constitution n'est pas aussi simple que pour n'importe quel acte juridique, comme un contrat, un acte administratif unilatéral ou une loi. En effet, l'auteur de la constitution ne peut être, dans la logique juridique comme dans l'ordre politique, que *le souverain*, puisqu'il édicte la norme fondamentale, la plus élevée dans l'ordre juridique. Or, cette « souveraineté constituante »² pose de multiples questions que ma thèse avait en partie pour ambition de sonder. Et le moins que l'on puisse dire, c'est qu'en plus de ses fonctions multiples et des représentations variées que la société s'en fait, la constitution est également pour le moins mystérieuse par ses origines. Contrairement aux autres normes, il est particulièrement difficile de décrire juridiquement la manière dont s'écrit, s'adopte et s'applique une constitution. Si le peuple est réputé en être l'auteur – c'est le cas, *a priori*, dans un régime démocratique – il ne peut pas réellement en être le rédacteur. Il faut donc qu'une procédure – par exemple électorale ou référendaire – permette légitimement de lui imputer un texte en réalité écrit par un petit groupe de constituants.
- 4 C'est pour répondre à cette aporie qu'apparaît historiquement un *modèle de procédure constituante* spécifique : l'assemblée constituante. Le principe d'une assemblée constituante est relativement simple : puisque le peuple doit être l'auteur de la constitution à écrire, mais qu'il ne peut en être le rédacteur concret, il faut qu'il élise une assemblée de représentants extraordinaires chargés de la rédiger et de l'adopter. Parfois, mais pas toujours, on ajoute à cette procédure une consultation populaire par la voie du référendum, autrefois appelée plébiscite constitutionnel. Fondé sur les idées d'élection, de représentation et de délibération, le modèle d'écriture constitutionnelle en assemblée constituante est celui des origines, des révolutions américaines et françaises. Bien qu'il ait connu des évolutions, ce modèle représentatif d'écriture constitutionnelle perdure jusqu'à aujourd'hui comme la forme démocratique la plus souhaitable d'écriture constitutionnelle.
- 5 Si j'emploie seulement le terme « souhaitable », c'est que l'étude des procédures concrètes amène néanmoins à constater que la

souveraineté constituante du peuple reste, au travers de la représentation ou du référendum, assurément une fiction. Sauf à croire que la Nation ou le Peuple puisse avoir une volonté, la réalité de ce pouvoir constituant démocratique débouche sur une impossibilité politique. Ce n'est jamais le peuple réel qui produit la constitution. Mais à l'image du célèbre « *We, the people* » inscrit au frontispice de la Constitution américaine, l'énoncé empiriquement faux selon lequel le peuple est l'auteur de la constitution est néanmoins accepté comme une vérité juridique car il traduit l'adhésion de la société aux principes démocratiques que le pouvoir constituant est censé permettre. D'un côté, cette fiction rappelle à tout moment la source démocratique du pouvoir, qui n'est légitime que commis par le peuple. D'un autre côté, du principe du pouvoir constituant démocratique découle la limitation du pouvoir constitutionnel, toujours en théorie soumis à une volonté qui lui est supérieure, et à laquelle il doit se conformer.

- 6 C'est pourquoi, et il revenait en partie à mon travail de le démontrer, « constituer sans constituante » ne signifie pas seulement, à travers l'histoire constitutionnelle française, écrire une constitution d'une autre manière que les révolutionnaires, d'un point de vue simplement technique, ou juridique. Il s'agit nécessairement d'un refus, au moins partiel, de trois puissantes idées démocratiques sous-jacentes à la Révolution, manifestées par le modèle de l'Assemblée constituante : la source démocratique du pouvoir, sa dimension délibérative, et sa limitation par le droit constitutionnel.
- 7 Mon étude consistait donc à essayer de comprendre *pourquoi* et *comment* une série de constituants français, de la Révolution à 1962, ont choisi d'écrire leur constitution sans recourir à une assemblée constituante. Il s'agissait de s'interroger sur les justifications politiques et juridiques de leur choix – *pourquoi* ? – et sur les modalités juridiques et politiques de ces opérations constitutives – *comment* ? Avec dans l'idée, au départ, de dégager un ou plusieurs modèles de pouvoir constituant non démocratique. Or, en réalité, j'en suis arrivé à la conclusion que l'histoire des pouvoirs constituants non démocratiques est celle d'une série de contournements du modèle démocratique d'écriture constitutionnelle auquel il était, pourtant, devenu contradictoire de renoncer après la Révolution.

Pour cela, je devais tout d'abord me confronter aux sources historiques.

- 8 Une thèse en histoire du droit implique, en effet, une étude des sources, et plus particulièrement des sources primaires. Cela permet, ou en tout cas favorise le fait de restituer le contexte d'un débat au plus proche de ce qu'il était pour les acteurs eux-mêmes. Cet angle historique était central dans l'approche retenue pour mener cette recherche. J'ai en effet tâché d'envisager les doctrines, les concepts, les notions constitutionnelles non pas dans l'absolu, ou de manière purement intellectuelle ou théorique, mais toujours rapportés à leur contexte historique spécifique. Il s'agissait, par-là, de restituer l'enjeu politique qui déterminait, à chaque époque, les décisions constitutionnelles prises par les constituants. Pour chaque moment constituant que j'ai étudié, j'ai donc cherché à identifier les grands enjeux politiques qui traversent la période, puis les grands courants de la doctrine constitutionnelle qui se saisissent de ces enjeux, et, enfin, les grandes stratégies d'argumentation constitutionnelle qui s'articulaient autour de ces enjeux. L'objectif était toujours de comprendre ce que les débats et les oppositions constitutionnelles qui ont structuré les processus constituants recelaient de réels affrontements d'idées, et de stratégies politiques partisans. Je voulais saisir quel était l'enjeu politique, souvent essentiel, masqué derrière un vernis de discours d'apparence constitutionnelle, qui déterminait les débats constituants. Je m'inscrivais, en cela, dans le sillon réaliste tracé par Jon Elster, dont l'un des sujets d'études est précisément la manière dont les acteurs, au sein d'un processus constituant, instrumentalisent l'argumentation constitutionnelle pour poursuivre des logiques partisans très contingentes, voire court-termistes³.

II. « Constituer sans constituante » : une histoire de l'autorité constituante en France

- 9 Ma thèse, comme écrit plus haut, devait contribuer à éclairer le *pourquoi ?* et le *comment ?* différentes générations de constituants ont constitué « sans constituante ». Et comme souvent, le comment

précède le pourquoi : les moyens sont une voie d'accès privilégiée aux finalités. Je commencerai donc par envisager la question du moyen, car elle constitue l'apport théorique de mon travail, qui envisage le pouvoir constituant d'une manière nouvelle. Puis, je présenterai le résultat historique de mon travail sur la question du *pourquoi* ?
« constituer sans constituante ».

A. Un nouveau regard sur le pouvoir constituant

- 10 Le premier résultat de ma thèse est d'abord un résultat méthodologique. Mon travail m'a permis de dégager une manière nouvelle d'aborder le pouvoir constituant. Il m'a, en tout cas, permis de dégager la notion d'*autorité constituante*, qui apparaît subrepticement dans différents travaux récents mais qui n'avait jusqu'à ce jour pas été réellement exploitée. Celle-ci repose sur le constat que tout processus constituant est à la fois une fondation politique et une opération juridique. Plus précisément, le recours à cette notion se fonde sur l'observation que l'essentiel de l'activité constituante, dans le contexte d'un changement de régime, consiste à traduire une révolution politique dans le langage et dans les formes du droit constitutionnel⁴. Ma thèse invite, ainsi, à reconsidérer le processus constituant comme un rapport d'autorité, c'est-à-dire, essentiellement, comme un processus, mené par un groupe de constituants, de légitimation d'une révolution politique par le droit. Cette légitimation s'opère, durant le processus constituant, à la fois par des discours politiques et par des procédures juridiques.
- 11 Sur le plan des discours politiques, le processus constituant se traduit presque toujours par l'invocation d'un « principe de légitimité »⁵, qui fonde un principe juridique de souveraineté. Par exemple, les constituants révolutionnaires, qui n'étaient au départ que les députés du Tiers-État aux États généraux, ne deviennent finalement Assemblée nationale constituante qu'au prix de l'invocation du principe de souveraineté de la Nation, dont ils se proclament les représentants. Le Premier consul Napoléon Bonaparte, ou le président de la République Louis-Napoléon Bonaparte, avancent, quant à eux, leur légitimité démocratique et l'autorisation qui leur ont été donnés par le peuple souverain pour

exercer par eux-mêmes l'autorité constituante, sans recourir à une instance parlementaire ou représentative. Quant aux justifications non démocratiques de l'autorité constituante, il apparaît que le processus de légitimation fonctionne, au fond, exactement de la même manière. C'est au nom de sa légitimité monarchique que Louis XVIII octroie la Charte de 1814, et au nom de sa qualité de chef autoritaire que le maréchal Pétain adopte les actes constitutionnels de 1940. Simplement, au lieu de s'appuyer sur un discours politique faisant *référence* au peuple souverain, les constituants justifient leur autorité constituante par un autre discours, qui fait *référence* à la souveraineté monarchique ou à l'autorité du chef.

- 12 Ainsi, l'approche de l'opération constituante par le biais de l'autorité implique de prendre au sérieux chacune des théories politiques ayant permis de fonder un régime dans l'histoire constitutionnelle française. Elle implique néanmoins, aussi, de les relativiser, en s'attachant à comprendre la fonction objective qu'ils jouent durant le processus constituant. Sous cet angle, les justifications démocratiques et monarchiques, impériales ou orléanistes, autoritaires ou libérales du pouvoir, ne diffèrent fondamentalement que dans leurs conséquences politiques et, bien entendu, dans le fait que la population y adhère ou non. Mais l'exercice de l'autorité constituante implique toujours de mobiliser une théorie sur l'origine du pouvoir, c'est-à-dire, pour reprendre l'expression très éclairante proposée par le constitutionnaliste Claude Klein, de produire un « mythe des origines » constitutionnel. Ma thèse confirme donc l'idée selon laquelle le pouvoir à l'origine de la constitution, c'est-à-dire celui qui exerce l'autorité constituante, remplit une fonction politique dont l'importance « détermine l'ensemble de l'ordre constitutionnel, par un effet que l'on peut qualifier de magique, ou même quasi magique »⁶. L'autorité constituante de ce pouvoir originaire doit, en effet, *fonder le pouvoir par la constitution*.
- 13 Restait, ensuite à penser la phase proprement dite de la rédaction et de l'adoption de la constitution. Car c'est bien au travers d'une procédure juridique qu'est traduite la légitimité du régime. Ma thèse permet de penser d'une manière réaliste, et quelque peu désenchantée sans doute, ce que la doctrine appelle la *procédure constituante*. À de nombreuses reprises, en effet, mon travail m'a conduit à considérer que la procédure ne jouait, au fond,

qu'un rôle d'appui à une entreprise plus vaste de légitimation, et la procédure, même substantiellement démocratique, ressemble souvent à une sorte de « mise en scène » politique. Pour ce qui est de la procédure constituante démocratique, elle ne pourra, bien sûr, réellement légitimer la constitution adoptée que si elle prévoit de faire participer le peuple, ne serait-ce qu'un peu, à l'adoption de la constitution, et si le peuple accepte d'une manière ou d'une autre cette constitution. L'idée, néanmoins, est bien souvent de donner l'illusion d'un choix politique pour faire accepter une constitution écrite par un groupe de constituants. Pour ce faire, les moyens les plus évidents sont l'élection d'une assemblée constituante et la consultation par référendum, qui peuvent être, l'un comme l'autre, instrumentalisés par des partis politiques organisés.

- 14 Mais, ce qui m'a beaucoup surpris, c'est que les opérations constitutantes qui reposent sur une autorité constituante non démocratique portent également une attention particulière à la procédure constituante, et de manière souvent extrêmement rigoureuse. Mon travail permet ainsi de comprendre que les constitutions à l'origine non démocratique s'écrivent avec au moins autant de précision et d'habileté juridique que les constitutions démocratiques ! En effet, lorsqu'il s'agit de réaliser la fiction politique de la restauration de la monarchie traditionnelle après vingt-cinq ans de pouvoir fondé sur une légitimité populaire, l'ensemble de la procédure constituante devra traduire *l'ininterruption de la souveraineté monarchique* par une série de formules, de techniques et d'artifices juridiques. C'est pourquoi la Charte est nommée « Charte » et non constitution, elle est datée de la dix-neuvième année du règne de Louis XVIII, et son Préambule contient de nombreuses références à la divine providence, à la chaîne des temps et à la souveraineté monarchique. Qu'importe, finalement, que celle-ci contienne et protège la plupart des acquis de la Révolution, et qu'elle ne restaure pas *réellement* l'Ancien Régime. Elle devait néanmoins reposer sur la fiction constitutionnelle de la restauration de Louis XVIII selon les mêmes prérogatives et les mêmes droits que Louis XVI avant 1789, parce qu'il est censé n'avoir jamais cessé de régner depuis la mort de son neveu, en 1795. C'est, en tout cas, ce que les constituants royaux ont essayé de faire, sans être, d'ailleurs,

toujours d'accord entre eux sur les moyens constitutionnels pour y parvenir !

- 15 En résumé, ma thèse m'a amené à proposer une approche originale du processus constituant. Cette approche est centrée autour de l'idée que constituer consiste, pour un groupe de constituants, à exercer une *autorité constituante*, c'est-à-dire, pendant le court et intense moment qu'est le moment constituant, à fonder un nouveau pouvoir sur un principe de légitimité politique par le moyen d'une procédure constitutionnelle adaptée. En cela, l'opération constituante, quelle qu'elle puisse être – démocratique ou non, parlementaire ou non – est un processus qui mêle indistinctement droit et politique, principes et compromis. C'est pourquoi je qualifie le résultat théorique de mon travail de thèse d'accouchement d'une *conception réaliste du moment constituant*, qui mobilise le droit, l'histoire et la science politique. Or, la dimension de « bricolage » juridique et politique que l'on perçoit dans la plupart des processus constituants de l'histoire constitutionnelle française, est particulièrement sensible pour les pouvoirs constituants non démocratiques. C'est pourquoi penser le processus constituant du point de vue de l'autorité constituante m'a permis d'apporter un regard nouveau sur les nombreux moments constituants non démocratiques de notre histoire.

B. Un nouveau regard sur l'histoire constitutionnelle française

- 16 L'autre résultat de ma thèse est lié à la question première que son sujet entendait poser : que signifie, à travers l'histoire constitutionnelle française, « constituer sans constituante » ? Mon étude m'a amené à constater que tout constituant, plus encore dans un moment révolutionnaire, obéit d'abord aux déterminations politiques et constitutionnelles propres au contexte historique dans lequel il s'insère, et pas tellement à des schémas constitutionnels figés ; du moins, s'il souhaite constituer avec succès.
- 17 Ma thèse m'a ainsi amené à porter un regard renouvelé sur la proverbiale instabilité constitutionnelle française, qui détient une « sorte de record absolu du nombre de constitutions »⁷. Celle-ci traduit, en premier lieu, une particularité de l'histoire

constitutionnelle française, qui est l'incapacité de la France, jusqu'à la naissance de notre régime actuel, à répondre aux transformations et aux crises de la société en réformant son organisation politique par des voies instituées, c'est-à-dire sans *table rase* constitutionnelle. Presque toutes les grandes transformations de la société française se sont accompagnées d'une révolution politique. L'instauration de l'égalité juridique et de la liberté politique sous la Révolution française, puis celle du suffrage universel en 1848, l'enracinement d'une république parlementaire à partir de 1870, puis sa restauration renouvée à la Libération en 1944 et 1946, furent à chaque fois établies, proclamées et instituées par un pouvoir constituant révolutionnaire, et non depuis les institutions et le droit constitutionnel du régime antérieur. À chacune de ces occurrences, le pouvoir constituant a été le point d'ancrage de la rénovation profonde de l'ordre politique et social qui suivait un craquement politique.

- 18 Par ailleurs, ma thèse permet de constater que la centralité du modèle de l'Assemblée constituante pour exercer l'autorité constituante traduit, en revanche, une évolution linéaire de la société française depuis la Révolution, à savoir sa *démocratisation*. Le nivellement social des conditions se traduit, en droit constitutionnel, par la transformation des assises et de l'organisation du pouvoir, de conceptions aristocratiques et monarchiques vers des principes démocratiques et républicains⁸. Autrement dit, proclamer et fonder l'organisation juridique de la société sur le principe selon lequel « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit », et que « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune »⁹, ne pouvait que conduire à fonder la légitimité du pouvoir sur le principe de la majorité. En ce sens, l'assemblée constituante n'est plus, à partir de la Révolution, une simple possibilité offerte aux constituants : elle est le mode d'exercice de l'autorité constituante conforme aux principes qui régissent la société française. Le recours à une assemblée constituante est, à partir de 1789, la manière la plus légitime de fonder le pouvoir, et s'impose progressivement dans les esprits et dans les mœurs, ce que même les monarchistes finiront par admettre après la réunion de l'Assemblée nationale en 1870, et qui ne sera plus démenti par la suite.
- 19 Ma thèse tend également à montrer que l'instabilité française prend d'abord sa source dans *l'échec politique* des assemblées constituantes

françaises à assumer la fonction politique du pouvoir constituant, qui est de refermer une parenthèse révolutionnaire par l'instauration d'institutions nouvelles et légitimes. Soit, si l'on reprend la logique de Jacques Ellul, d'assumer la dimension conservatrice du pouvoir constituant à l'issue d'une révolution¹⁰. Ces échecs expliquent ensuite que c'est souvent parmi les mouvements politiques critiques de leur œuvre politique que se sont recrutés les groupes politiques candidats pour « constituer sans constituante ». D'ailleurs, les différents pouvoirs qui sont venus abolir les œuvres constitutionnelles des cinq assemblées constituantes françaises ont tous présenté leur entreprise comme une réaction au contenu politique des constitutions qu'elles avaient élaborées, comme une forme de retour à l'ordre.

- 20 Mais mon étude ne conduit pas, pour autant, à constater que les différentes expériences constituantes « sans constituante » formeraient une sorte de contre-modèle constitutionnel uniforme et univoque. Les pouvoirs constituants « sans constituante » ne sont pas fongibles dans une théorie, une doctrine ou une procédure unique et identifiable. Quant à leurs fondements politiques, rien ne relie spécifiquement les nombreux pouvoirs constituants « sans constituante » de l'histoire constitutionnelle française. Ils ont pu être monarchiques et traditionalistes, contractualistes et libéraux, démocratiques et césaristes ou même fondés sur une doctrine autoritaire. Quant à la procédure constituante, là encore, rien ne relie formellement ces expériences : elle a parfois été parlementaire, gouvernementale ou absolument *sui generis*. Ma thèse montre bien que l'unique point commun qui relie ces divers moments constituants, réside précisément dans la *négation* contenue dans son titre, négation qui s'éclaire par l'histoire constitutionnelle plus que par la théorie constitutionnelle. Ces moments sont, chacun à leur manière, et chacun différemment, une *réaction politique* à l'œuvre constitutionnelle d'une assemblée constituante, à laquelle un parti opposé cherche à succéder sans recourir au moyen politique qui avait permis de fonder le régime qu'il s'agit d'abattre.
- 21 Ainsi, le coup d'État de brumaire est essentiellement une réaction d'une partie de l'élite républicaine conservatrice contre les conséquences politiques des principes révolutionnaires et l'impéritie électorale du Directoire. La forme monarchique de la Restauration de

1814 apparaît principalement comme le refus par les milieux émigrés de fonder la monarchie sur le principe de la souveraineté nationale, comme le proposaient les élites impériales et les anciens révolutionnaires. L'option de la révision de la Charte, en 1830, est avant tout un moyen pour les constituants libéraux d'éviter l'avènement d'une république. Enfin, les expériences d'autorité constituantes gouvernementales, comme celles de Louis-Napoléon Bonaparte en 1852, du maréchal Pétain en 1940 et du général de Gaulle en 1958, apparaissent surtout comme des opérations de partis opposés à la république parlementaire, et qui souhaitent instaurer un régime gouverné par un exécutif personnifié. En somme, ma thèse m'a amené à la conclusion que la signification du fait de « constituer sans constituante » dans l'histoire constitutionnelle française, tant en termes de procédure que de discours politique, dépend bien plus de la configuration historique que d'un modèle constitutionnel préconçu et fondé théoriquement. Cette dimension se perçoit dans la procédure et la justification de ces révolutions constitutionnelles, qui constituent toujours en partie une forme de contournement de la solution légitime du recours à une assemblée constituante.

- 22 Les élites consulaires, coincées entre le principe démocratique qu'ils ne peuvent renier et leur volonté autoritaire, *confisquent* le pouvoir constituant du peuple en exerçant une autorité constituante gouvernementale, tout en se revendiquant du souverain démocratique. C'est la formule célèbre de « la démocratie purgée de tous ses inconvénients »¹¹. Les fondateurs des régimes monarchiques, pour leur part, sont partagés entre l'idée politique d'accepter la société issue de la Révolution et d'en réprover les principes politiques, et choisissent de *nier* l'origine démocratique du pouvoir qui est pourtant la règle depuis vingt-cinq ans. Ils constituent donc la monarchie par une procédure qui traduit bien que ce n'est pas le peuple mais le Roi qui est l'auteur de la constitution... tout en niant écrire une véritable constitution. Ce sont les formules, elles aussi célèbres, de *l'octroi* puis du *pacte* monarchique. Mon étude montre cependant que ces constructions constitutionnelles se heurtent, durant le premier XIX^e siècle, aux insurmontables contradictions de leur procédure constituante et des discours politiques qui la justifient, qui sont souvent pétris d'apories. La légitimité du pouvoir impérial, puis des pouvoirs monarchiques, se

trouvent amoindris par l'opacité de leur origine, qui leur sera, au fond, toujours reprochée. Ces pouvoirs restent donc toujours menacés par le spectre de la légitimité démocratique, et sont perpétuellement contestés en leur fondement même, au sein même des institutions qu'ils ont pourtant constituées.

- 23 Ma thèse montre, ensuite, qu'à partir de 1848, le problème constitutionnel s'avère différent, car la source démocratique du pouvoir n'est plus vraiment contestée, hors de l'épisode complexe de Vichy. C'est sur le terrain de la forme d'expression de la souveraineté constituante démocratique que se situe le combat. Au modèle de l'assemblée constituante élue au suffrage universel, régulièrement convoqué en 1848, 1870 et 1945, s'oppose rapidement une forme plébiscitaire et césariste de procédure constituante. Ainsi, Louis-Napoléon Bonaparte va *personnifier* l'autorité constituante, en instrumentalisant pour cela le plébiscite, et en faisant de l'autorité constituante une relation directe entre le Peuple et son Chef. Puis, au siècle suivant, la France connaît l'expérience de deux *délégations* de l'autorité constituante d'une assemblée légitime à un gouvernement d'exception, à travers les lois constitutionnelles du 10 juillet 1940 et du 3 juin 1958.
- 24 Mais quelles que soient la justification et la procédure choisies par ces différents constituants, il s'agit bien, à chaque occurrence, de *contourner* le recours à une assemblée constituante, ce qu'une analyse du contexte politique et des sources historiques permet bien de montrer. Car, en dernier ressort, il apparaît que l'autorité constituante en France n'a jamais cessé d'être associée politiquement au modèle référentiel de l'assemblée constituante. D'ailleurs, à chaque grand craquement historique, l'ensemble des partis, démocrates ou non, en acceptent politiquement le retour, et participent au processus constituant : 1789, 1848, 1870, 1945... Ainsi, à la question du *pourquoi* ? « constituer sans constituante », ma thèse n'apporte pas d'autre réponse que la négation contenue dans son titre. Elle permet de constater que l'histoire constitutionnelle mouvementée de la France est une longue discussion armée autour des principes constitutionnels légués par les révolutionnaires, et, principalement celui de la source démocratique du pouvoir, manifestée dans le modèle de l'assemblée constituante.

- 25 L'idée-force de la trame historique que propose ma thèse, est donc qu'aucun régime, à travers l'histoire française, n'a trouvé de formule plus légitime et plus valide sur le plan constitutionnel pour exercer l'autorité constituante, que le modèle d'assemblée constituante légué par les révolutionnaires, et que les procédures constitutives qu'ils ont employées n'ont été, à mon sens, que des expédients, plus ou moins habiles, pour ne pas y recourir politiquement. Mais ces expédients n'ont jamais été, ni sur le plan juridique ni sur le plan politique, des moyens équivalents et de même valeur pour *fonder le pouvoir par le droit*. Le drame de l'histoire constitutionnelle française, tout comme l'une des explications possibles de sa proverbiale instabilité, réside néanmoins dans le fait qu'aucune assemblée constituante française n'est, en retour, parvenue politiquement, comme la Convention de Philadelphie pour les États-Unis, à fixer un cadre constitutionnel pérenne et légitime au pouvoir. Quant aux causes de cet échec, qui ne relèvent pas directement de mon étude, elles méritent sans doute d'être interrogées, car il semble bien que la France soit de nouveau sortie de la quiétude politique longtemps appuyée par la souplesse et la force des institutions de la V^e République.

C. Une étude d'histoire du droit tournée vers l'avenir ?

- 26 Le travail et les résultats de cette thèse me permettent, désormais, de me tourner vers la question cruciale du devenir du pouvoir constituant dans les sociétés démocratiques, et notamment en France. C'est en tout cas, le rôle le plus noble que j'assigne à l'histoire du droit : informer le présent pour penser l'avenir. La crise institutionnelle et politique que traverse actuellement la V^e République ouvre, en effet, certaines perspectives. Des constitutionnalistes commencent à penser la possibilité d'une option citoyenne et démocratique pour « sortir de la V^e République »¹². Il est vrai que l'histoire constitutionnelle française ne peut que nous instruire du fait que la constitution est toujours un édifice plus fragile qu'il n'y paraît, notamment lorsque notre histoire nous en a déjà fait connaître plus d'une quinzaine. La question de l'autorité constituante risque donc bien de se poser à l'avenir. Il n'est qu'à prendre l'exemple

récent du Chili, où une hausse du prix du ticket de métro de trente pesos, décidée en 2019, a eu l'effet d'un feu de paille. Des lycéens, puis diverses couches de la société, ont bloqué le pays, avec jusqu'à 3 millions de manifestants déterminés. Et ce qu'il faut bien appeler une insurrection massive et relativement spontanée contre la privatisation des services publics, a muté en une contestation contre la constitution issue du régime de Pinochet. Alors, les partis politiques se sont mis d'accord, et ont déclenché un processus constituant, afin de donner un débouché politique à cette crise sociale.

- 27 Or, la situation française, qui voit se succéder les conflits sociaux allant parfois jusqu'à des formes de révoltes populaires – rappelons simplement les gilets jaunes – fournit de nouveau un terreau propice à ce genre de craquement historique. La sortie d'une telle crise pourrait alors être, pour des partis toujours démonétisés par une irruption directe des couches populaires dans le jeu politique, de s'entendre sur le principe d'une refonte globale des institutions. L'échec du processus constituant chilien, en 2023, à la suite d'une assemblée constituante puis d'un référendum, nous rappelle néanmoins que ces questions sont loin d'être théoriques, et abstraites. Il nous invite à penser les questions de l'écriture et de l'adoption d'une constitution de manière réaliste. C'est pourquoi je considère l'étude d'histoire constitutionnelle que je présente ici, au-delà de sa dimension proprement historique, comme un outil intéressant pour penser, à l'avenir, une écriture constitutionnelle *in vivo*¹³. Rien de plus logique, selon moi, car l'histoire du droit, loin d'être une discipline seulement érudite et cloisonnée, réputation qu'elle a parfois, me paraît d'abord être un moyen pertinent de penser le droit.

NOTES

1 Certains auteurs, comme Lauréline Fontaine, vont même jusqu'à l'analyser comme une sorte de « fétiche social », L. Fontaine, *La Constitution au XXI^e siècle : Histoire d'un fétiche social*, Paris, Amsterdam, 2025.

2 L'expression est d'Olivier Beaud, dans O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994.

- 3 J. Elster, « Argumenter et négocier dans deux assemblées constituantes », RFSP, 1994, p. 187-256.
- 4 J. Ellul, *Autopsie de la révolution*, Paris, Calmann-Lévy, 1969, p. 66.
- 5 L'expression et de Guglielmo Ferrero, dans G. Ferrero, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, New-York, Brentano's, 1942.
- 6 C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 193.
- 7 C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 70.
- 8 C'est tout le sens de l'œuvre de Guglielmo Ferrero, notamment G. Ferrero, *Pouvoir. Les génies invisibles de la cité*, op. cit.
- 9 Article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.
- 10 J. Ellul, *Autopsie de la révolution*, Paris, Calmann-Lévy, 1969, p. 66.
- 11 La formule est du savant Cabanis, au sujet du Consulat, quelque temps après son instauration, P.-J.-G. Cabanis, *Quelques considérations sur l'organisation sociale en général, et particulièrement sur la nouvelle constitution*, Imprimerie nationale, Paris, An VIII (1799), p. 27.
- 12 C. Cerda-Guzman, *Sortir de la V^e. Pour une fabrique citoyenne de la Constitution*, Paris, Éditions du Détour, 2024.
- 13 On pourra également s'intéresser à la thèse récemment publiée par Manon Bonnet sur les transitions constitutionnelles internationalisées, qui apporte un recul spatial là où mon travail apporte un recul historique. Voir : M. Bonnet, *Les transitions constitutionnelles internationalisées : étude d'un instrument de reconstitution de l'État*, Paris, LGDJ, 2025.

RÉSUMÉS

Français

Cet article met en lumière l'apport de l'histoire du droit dans la compréhension des fondements du droit, en particulier constitutionnel. À travers l'analyse de la thèse *Constituer sans Constituante (1789-1962). Une histoire de l'autorité constituante en France*, il interroge les fondements politiques de l'ordre constitutionnel, notamment la nécessité de légitimer cet ordre par un pouvoir constituant démocratique, garantissant que la Constitution émane de la volonté du peuple. Or, l'histoire constitutionnelle française est, sur ce point, pétrie de contradictions, car si l'Assemblée

constituante est traditionnellement perçue comme le modèle du pouvoir constituant démocratique, ce dernier a souvent été nié, confisqué ou contourné. L'article expose ainsi les résultats de l'étude sur ces pouvoirs constituants non démocratiques et met en évidence une double réalité : d'une part, la légitimité démocratique s'impose depuis la Révolution comme un principe incontournable ; d'autre part, la rédaction des constitutions se heurte à des apories difficiles à surmonter dans la pratique.

English

This article explores the contribution of the history of law to the understanding of constitutional foundations, focusing on the dissertation *Constituting Without a Constituent Assembly (1789-1962): A History of Constituent Authority in France*. It addresses the political underpinnings of the constitutional order, particularly the imperative of legitimizing it through democratic constituent power, which ensures that the Constitution reflects the will of the people. French constitutional history, however, is characterized by significant contradictions. While the Constituent Assembly is often regarded as the model of democratic constituent power, this power has frequently been denied, appropriated, or circumvented. The article thus highlights a dual reality: while democratic legitimacy has been a cornerstone since the Revolution, the practical challenges inherent in constitutional drafting remain unresolved.

INDEX

Mots-clés

Constitution, légitimité, pouvoir constituant, histoire constitutionnelle, assemblée constituante

Keywords

Constitution, legitimacy, constituent power, constitutional history, constituent assembly

AUTEUR

Julien Constantin

Julien Constantin est docteur en histoire du droit de Nantes Université, qualifié aux fonctions de maître de conférences. Il est actuellement enseignant-chercheur contractuel en droit public à l'université de Caen Normandie, membre l'Institut Caennais de Recherche Juridique (ICREJ, UR 967) et chercheur associé au laboratoire Droit et changement social (UMR CNRS 6297). Ses thèmes de recherche portent sur le droit constitutionnel, l'histoire constitutionnelle et la théorie du droit.

IDREF : <https://www.idref.fr/278475728>

Notes de lecture

Caroline Husquin, *L'intégrité du corps en question : perceptions et représentations de l'atteinte physique dans la Rome antique*

Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2020, 358p.

Claire Laborde-Menjaud

RÉFÉRENCE(S) :

Caroline Husquin, *L'intégrité du corps en question : perceptions et représentations de l'atteinte physique dans la Rome antique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2020, 358p.

TEXTE

- 1 En 1982, Henri-Jacques Stiker écrivait que la manière dont une société traite certains phénomènes significatifs comme le handicap est révélatrice de ses profondeurs sociales¹. Cette volonté d'exposer une société en observant les comportements vis-à-vis des anormalités corporelles est à l'origine du mouvement « scientifique et militant »² des *Disability studies*, né dans les années quatre-vingt aux États-Unis. Le but est de ne pas se limiter à une simple étude du handicap d'un point de vue médical mais d'analyser sa construction sociale et le traitement par la société des infirmes. L'ouvrage de Caroline Husquin, issu de sa thèse de doctorat, s'inscrit dans ce courant mais cherche, plus largement, à comprendre les structures sociales de la Rome antique à travers le prisme de l'atteinte physique³. Ainsi, l'auteure suit les bases posées par Martha. L. Rose dans *The staff of Oedipus: transforming disability in ancient Greece*⁴ qui considère que la notion handicap est avant tout une construction sociale.
- 2 Cependant, Caroline Husquin dépasse le champ des *disability studies* et s'intéresse à toute forme d'atteinte physique qu'elle soit fonctionnelle, sensorielle ou esthétique. Ainsi, à Rome, la perfection corporelle n'est pas uniquement l'absence de difformité car chaque citoyen est supposé avoir une beauté convenable. Son corps doit être

intact contrairement à celui des esclaves qui peut être fouetté ou battu (depuis les *leges porciae* du II^e siècle av. J.-C.). Cet attachement à l'aspect esthétique n'a rien d'étonnant dans la mesure où la physiognomonie (soit l'art de juger la personnalité de quelqu'un à partir de ses traits physiques) est particulièrement répandue dans l'Antiquité⁵. Ces spécificités romaines ont poussé l'auteure à étendre son champ d'études au-delà du handicap et à utiliser un large corpus de sources. Ces dernières relèvent tant de la littérature que des textes juridiques et de l'archéologie. Il est toutefois regrettable qu'aucun texte écrit par une personne handicapée ne soit parvenu jusqu'à nous.

- 3 L'étude, qui s'étend du I^{er} siècle av. J.-C. au IV^e siècle ap. J.-C., est rendue complexe par le constat qu'il n'existe pas, à Rome, de catégorie sociale regroupant l'ensemble des personnes infirmes ou possédant un corps déviant de la norme. Si le terme « handicap » dans son acception moderne est apparu au XX^e siècle, il est frappant de constater que Rome ne dispose pas de terme qualifiant ce genre de situation. Le flou lexical met en lumière une absence de pensée globale quant à l'atteinte physique. Ainsi, l'ensemble de l'ouvrage permet de relever un traitement au cas par cas du handicap. Le comportement adopté varie énormément selon le genre ou la catégorie sociale à laquelle l'individu appartient. Par exemple, seuls les aristocrates souffrent de surnom mettant en lumière leurs difformités car il est considéré que le corps d'un citoyen moyen peut être dégradé par ses conditions de travail.
- 4 La première partie de l'ouvrage cherche à définir l'atteinte physique et comment son traitement a évolué, notamment lors du passage de la République à l'Empire. Si les Romains ont une idée assez nette de l'idéal corporel, les atteintes physiques sont multiples. Ainsi, une difformité de naissance n'entraîne pas le même comportement qu'une acquise. Il convient également, selon Cicéron, de distinguer le vice (*vitium*) qui n'est que partiel et n'empêche pas d'être considéré en bonne santé, la maladie (*morbis*) et le mal chronique (*aegrotatio*)⁶. Ces différences physiques sont fortement liées à l'idée du religieux sous la République. L'exemple le plus marquant reste celui de l'hermaphrodite, sacrifié lors d'une *procuratio* afin de protéger la *pax deorum*. Toutefois, un phénomène

de rationalisation s'opère sous l'Empire où les infirmes deviennent des curiosités voire des attractions dans l'entourage des *nobiles*.

- 5 La seconde partie permet d'observer les corps hors-normes à l'intérieur de la *domus*. Ainsi, les femmes sont considérées comme infirmes par défaut. Elles constituent des déviances par rapport aux hommes qui représentent la norme⁷. Leur rôle, largement limité à l'enfantement ou à la prêtrise, ne peut tolérer d'atteinte physique. L'auteure aborde ensuite le sujet des enfants handicapés qu'elle avait développé dans un article paru en 2017⁸. Cela lui permet d'infirmier une idée répandue qu'en vertu d'une loi légendaire de Romulus et de la Loi des XII Tables, les enfants difformes sont systématiquement exposés. Cette pratique est, en réalité, conditionnée à l'approbation d'un conseil de cinq voisins, montrant que l'exposition n'est ni privée ni automatique. Les enfants élevés par leur famille peuvent faire l'objet d'une chirurgie réparatrice. Ainsi, le corps infantile n'est pas encore celui d'un citoyen et peut donc être modifié. Par exemple, Galien traite une malformation au thorax par une cure orthopédique⁹.
- 6 La dernière partie s'intéresse au citoyen infirme. Certains d'entre eux subissent des atteintes physiques du fait de leur profession. Ainsi, le corps du citoyen pauvre ne se différencie pas nécessairement de celui de l'esclave. De la même manière, le corps du soldat se doit d'être couvert par de nombreuses cicatrices sans que cela ne soit un motif de rejet.
- 7 Les personnes aristocrates qui souffrent d'atteintes sensorielles ou fonctionnelles de naissance peuvent être intégrées à la société. Cela dépend fortement de l'entourage familial mais aucune privation de droit civiques et politiques de manière automatique n'est à relever. Toutefois, le mutisme reste particulièrement entravant dans la mesure où les talents d'orateur sont déterminants pour l'exercice des magistratures.
- 8 Finalement, l'auteure aborde le cas du premier des citoyens : l'Empereur. La physiognomonie pousse à noircir le tableau de ceux que l'Histoire a qualifié de « mauvais princes » tels Néron ou Caligula. Des auteurs comme Suétone en ont dressé des portraits particulièrement négatifs. Ainsi, Néron est supposé être recouvert de tâches¹⁰. L'étude du traitement de Claude par sa famille met en

lumière une intégration, dans un premier temps limitée, d'un homme faible et infirme. Cela s'explique tant par sa condition physique que par sa position dans la descendance impériale. Il n'y a toutefois pas de volonté de le cacher au public de la part de sa famille. Cela n'implique pas qu'il n'y ait pas eu des rejets et des moqueries dans le cadre privé¹¹.

- 9 En conclusion, l'étude menée par l'auteure s'attache aux conditions de traitement des infirmes et des corps anormaux dans la société romaine. Il est remarquable qu'on ne relève aucune mise au ban de la société. Chaque exclusion est relative et s'attache à un pan particulier de la vie en communauté¹². Les éventuelles impossibilités de travail entraînent souvent un soutien de la part de la famille ou des clients. Toutefois, cette possible intégration n'empêche pas les moqueries ou les attaques sur l'apparence. Cela peut faire naître une honte chez l'infirmes¹³ ou chez sa famille qui tente de cacher l'élément déviant¹⁴. Ainsi, en s'attachant au traitement social des infirmes et à leur possible intégration plutôt qu'à une simple analyse abstraite des textes juridiques, l'auteure offre une vision globale du traitement des corps anormaux dans la Rome antique tout en soulignant l'extrême casuistique de ce sujet. La lecture de cet ouvrage doit être complétée par celle de *Disabilities in Roman Antiquity: disparate bodies a capite ad calcem*¹⁵ qui s'intéresse en partie aux troubles mentaux.

NOTES

1 H. J. Stiker, *Corps infirmes et société. Essai d'anthropologie historique*, Malakoff, Dunod, 2013, p. 25.

2 C. Husquin, *L'intégrité du corps en question : perceptions et représentations de l'atteinte physique dans la Rome antique*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2020, p. 16.

3 *Ibid.*, p. 19.

4 M.L. Rose, *The staff of Oedipus: transforming disability in ancient Greece*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2003.

5 C. Husquin, *L'intégrité du corps en question : perceptions et représentations de l'atteinte physique dans la Rome antique*, op. cit., p. 38.

6 *Ibid.*, p. 49.

7 *Ibid.*, p. 122.

8 C. Husquin, « Perceptions et accompagnements de l'atteinte physique chez l'enfant dans l'antiquité romaine », *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*, n° 124, 2017, p. 159-174.

9 Galien, *De sanitate tuenda*. V. 10.

10 Suétone, Néron, LI. 1.

11 C. Husquin, *L'intégrité du corps en question : perceptions et représentations de l'atteinte physique dans la Rome antique*, op. cit., p. 300-302.

12 *Ibid.*, p. 311.

13 *Ibid.*, p. 106-108.

14 *Ibid.*, p. 247.

15 C. Laes, C. Goodey, M. L. Rose, *Disabilities in Roman Antiquity: disparate bodies a capite ad calcem*, Leyde, Brill, 2013.

AUTEUR

Claire Laborde-Menjaud

Claire Laborde-Menjaud est doctorante au sein du Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit (CHAD) de l'université Paris Nanterre. Ses travaux portent sur la condamnation de la mémoire sous l'Empire Romain. Elle rédige une thèse intitulée « *Damnatio memoriae*. Les politiques antiques de la mémoire » sous la direction de la Professeure Soazick Kerneis.

IDREF : <https://www.idref.fr/285211889>

John O'Brien, Marc Schachter (dir.), *Sedition, The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland, c. 1550–1610*

Turnhout, Brepols, 2021, 324p.

Clarisse Meykiechel

RÉFÉRENCE(S) :

John O'Brien, Marc Schachter (dir.), *Sedition, The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland, c. 1550–1610*, Turnhout, Brepols, 2021, 324p.

TEXTE

- 1 La dangerosité d'un placard séditieux varie en fonction du contexte politique et social¹. Les mots sont importants, mais ce sont surtout les conséquences à craindre qui poussent le pouvoir politique à limiter les expressions contestataires. *Sedition* témoigne des désordres causés par une littérature séditieuse dans une période très troublée. John O'Brien (directeur et contributeur) est un professeur émérite de français de l'université de Durham. Ses travaux portent notamment sur les guerres de Religion en France et particulièrement sur la Boétie et Montaigne. Marc Schachter (directeur et contributeur) est également professeur à l'université de Durham. Il enseigne la culture et la littérature française du xvi^e siècle et la littérature italienne de la Renaissance. Les auteurs veulent, par leur ouvrage, faire explorer aux lecteurs les formes, les modes de séditions et les moyens de publication des écrits séditieux. Ils se concentrent sur les années 1560-1600 en France et en Écosse qui correspondent approximativement aux guerres de Religion. Le choix de ces deux pays s'explique par les liens très importants qu'ils entretenaient. L'ouvrage est issu d'une conférence de l'université de Durham de juillet 2017 intitulée « French Books and their Readers ».
- 2 Les différentes études renouvellent le point de vue sur la période malgré de nombreux travaux notamment en littérature (les simples ouvrages écrits par O'Brien lui-même constituent un bel exemple). Ils

démontrent le lien étroit entre la France et l'Écosse pendant les guerres de Religion, alors même qu'elles sont traditionnellement conçues comme des conflits uniquement français². L'approche très interdisciplinaire de cet ouvrage fait sa force. Il mêle une approche historique, littéraire, politiste, juridique et de genre, très complémentaire, de la sédition. En effet, les auteurs s'arrêtent sur le caractère spécifique de la sédition durant les guerres de Religion. Elle est souvent synonyme d'hérésie, utilisée alors comme un outil à l'encontre d'une forme d'opposition politique. De fait, la sédition n'est jamais traitée en tant qu'objet dans la littérature scientifique. Ce livre est l'occasion de renouveler l'historiographie des guerres de Religion aussi bien française qu'écossaise à travers le prisme de la sédition.

- 3 Ils soulignent, dès le préambule, à quel point la définition de sédition est mal aisée. La sédition est à la fois une rébellion contre l'autorité et une division de la société dans son ensemble³. Cette difficulté de saisir la sédition sert de fil directeur à l'ouvrage en jouant sur ses différents niveaux et ses divers outils de sa diffusion. Le livre est divisé en trois parties, chacune constituée de plusieurs contributions. L'introduction de l'ouvrage faite par les deux professeurs vise à redéfinir la sédition et également montrer les caractères profondément ambigus et évolutifs qu'elle présente pendant cette période.
- 4 La première partie s'intéresse au langage de la sédition. Divisée en deux chapitres, elle permet de soulever les approximations entre séditions et émotions. Le premier chapitre de Paul-Alexis Mellet développe l'idée selon laquelle la sédition existe seulement parce qu'elle est dénoncée par des écrits. Il s'appuie sur les remontrances pour étayer ses propos. La sédition est incarnée par les protestants, ces hérétiques responsables de tous les maux. Pour lui, la sédition n'est pas un événement en particulier, mais des violences diverses qui sont qualifiées ainsi, c'est le « bouleversement des règles et des normes »⁴. Le séditieux devient politique dans les années 1560, car des jurisconsultes, en tentant d'apaiser cette tension religieuse, rompent avec l'obéissance au roi. Dans le deuxième chapitre, George Hoffmann se concentre sur l'aspect juridique de la question. Le terme sédition, avant les années 1660, était confondu avec l'hérésie, le blasphème⁵. Il prouve dans son chapitre que la sédition prend progressivement une teinte politique : elle devient l'opposition à la

souveraineté par la rébellion. Cette division permet d'amnistier les crimes religieux, mais pas les crimes politiques comme la prise d'arme par exemple⁶. Cette première partie développe le côté éminemment politique de la sédition et sa nécessaire séparation de la religion pour retisser le lien social. Elle fait raisonner le caractère ambigu de sa définition présentée dans l'introduction.

- 5 La deuxième partie traite des sources de la sédition, comme une sorte de phénomène. Dans le premier chapitre, Adrea Frish montre le lien entre protestantisme et sédition dans le *Discours de la misère de ce temps* de Pierre Ronsard et dans *La France divisée* de Pierre Botton en écho avec les législations de François I^{er} à Henri III. Ces textes illustrent la « flexibilité et le dynamisme de la conception de sédition » pendant les guerres de Religion⁷. Si Ronsard montre de nombreuses associations entre protestantisme et sédition au xvi^e siècle, Botton présente la lèse-majesté comme un remède à la sédition⁸. Dans le chapitre suivant, Éric Durot établit le lien qu'ont choisi de montrer les directeurs de l'ouvrage entre guerres de Religion en France et en Écosse par l'influence de John Knox sur les événements français. John Knox lui-même, et pas seulement sa littérature (qui n'a pas été traduite à l'époque), a participé activement aux guerres de Religion en France et à Genève⁹. La conspiration d'Amboise ou la notion de tyrannicide sont notamment analysées par l'auteur comme connecté à la révolte en Écosse. Dans le dernier chapitre de cette partie, John O'Brien revient sur l'influence des écrits de Cicéron sur les auteurs de l'époque. En effet, les écrits d'auteurs tels que Hoffman défendent l'idée protestante de rébellion contre le despote¹⁰. La conception de Cicéron, qui affirme que le bien commun doit prévaloir sur la discorde, est alors instrumentalisée pour justifier la sédition en raison du bien public. Les sources de la sédition permettent ainsi de mieux l'appréhender ainsi que son impact sur les guerres de Religion en France. Cette partie témoigne encore une fois du caractère politique de la sédition.
- 6 La troisième partie s'attaque aux méthodes et questions de sédition. Les trois chapitres qui la composent s'attardent sur la matérialisation de la sédition et sur sa circulation. Le premier chapitre de Natalia Wawrzyniak au titre particulièrement éloquent « Books with sharp teeth » (tiré de l'œuvre d'Érasme) s'intéresse aux libelles et à leur violence. À partir des écrits de Naudé elle montre que les pamphlets

sont réputés diffamatoires¹¹. Ils doivent être considérés comme séditieux, car ils ne respectent pas les règles royales de l'imprimerie et n'apportent que la discorde¹². Le deuxième chapitre écrit par Ullrich Langer s'intéresse à la justification par le prince de Condé de la première guerre de Religion à travers ses publications. Le but du prince est de justifier la prise d'arme des protestants contre les catholiques pour défendre l'autorité royale¹³. Des écrits les plus violents deviennent des armes à part entière. L'habileté du texte est d'employer le terme sédition ou rébellion seulement pour les actions contre les protestants. Les actes que cherche à provoquer le prince de Condé ne seraient que pour éviter la sédition et par conséquent une « cause sainte »¹⁴. Le dernier chapitre de cette partie par Tom Hamilton traite des crimes politiques pendant les guerres de Religion à travers l'affaire du procureur du roi François Brigard (Parlement de Paris 1591). Cette affaire témoigne de la circulation des écrits et de leur importance à cette époque. En effet, l'utilisation des imprimés (des factums et des contre factums) influence l'opinion. De même, la sédition est, dans cette affaire, un crime politique¹⁵. Cette partie permet donc de développer la diffusion des idées séditieuses par les écrits et leur influence politique à cette époque.

- 7 Enfin la dernière partie traite du Genre, de la Sédition et de la littérature. Il se découpe en trois chapitres cherchant à prouver le rôle du genre dans la révolte contre Marie Stuart en Écosse. En tant que femme, elle aurait été vue comme incompétente à travers des poèmes de Robert Sempill¹⁶. La collaboration de Marc Schachter s'applique, à travers *Le Réveille-Matin des François*, à argumenter la vertu politique. Le roi qui serait trop esclave de ses désirs deviendrait séditieux envers son peuple¹⁷. Enfin, le dernier chapitre porte sur l'ouvrage séditieux *L'Île des Hermaphrodites*, révèle la pensée binaire de la société de la Renaissance qui pourrait engendrer des réponses violentes¹⁸. Cela permet de décliner d'un autre point de vue les oppositions sociales entre protestants et catholiques. Cette dernière partie développe encore une fois l'influence de la littérature déjà bien présente dans l'ouvrage. Elle tente de décentrer le point de vue de la sédition sur la question du genre, ce qui reste cependant léger dans le chapitre de Marc Schachter.

- 8 La conclusion résume les points essentiels de l'ouvrage, mais apporte également des éclaircissements sur l'utilisation de la sédition dans les

ouvrages français avec notamment des données chiffrées. La lecture de cet ouvrage donne un bon panorama de l'utilisation de la littérature en tant qu'arme séditeuse pendant les guerres de Religion. Cependant, même si l'Écosse est évoquée, elle ne représente que deux chapitres de l'ouvrage. C'est sans doute le seul point que l'on peut reprocher à cet ouvrage d'une grande qualité et originalité.

- 9 *Sedition* par son approche originale et interdisciplinaire renouvelle les recherches sur les guerres de Religion en France en le soulignant le lien avec celles ayant eu lieu en Écosse. Cet ouvrage permet à travers l'étude de textes littéraires de relever les polysémies de la sédition et ses multiples utilisations à travers des exemples de sédition écrite.

NOTES

- 1 F. Chauvaud, « La magistrature du parquet et la diabolisation du politique 1830-1870 », *Droit et Société*, n° 34, p. 541-556.
- 2 O. Carpi, *Les guerres de religion [1559-1598]. Un conflit franco-français*, Paris, Ellipses, 2012.
- 3 J. O'Brien, M. Schachter, « Sedition: From Disobedience to Revolt », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550-1610, Turnhout, Brepols, 2021, p. 15.
- 4 P.-A. Mellet, « La sédition pendant les guerres civiles (France, 1560-1600) : une histoire sans événement », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550-1610, op. cit., p. 42.
- 5 G. Hoffman, « The Language of Religious Conflict: Seditious, Assemblies, Emotions, Violences », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550-1610, op. cit., p. 61.
- 6 *Ibid.*, p. 64.
- 7 A. Frish, « Heresy and Sedition in Pierre de Ronsard's Discours des misères de ce temps (1562) and Pierre Botton's La France divisée (c. 1595) », J.

O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 84.

8 *Ibid.*, p. 105.

9 É. Durot, « The Role of John Knox and his Seditious Writings in the Outbreak of the French Wars of Religion », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 122.

10 J. O'Brien, « Cicero the Revolutionary: Some Seditious Motifs in the Literature of the French Wars of Religion », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 133.

11 N. Wawrzyniak, « “Books with Sharp Teeth”: The Perception of Seditious Books in Early Modern France », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 150.

12 *Ibid.*, p. 158.

13 U. Langer, « How Not to Be (and Sound) Seditious: The Prince de Condé's Justifications for Starting the First War of Religion (1562–63) », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 170.

14 *Ibid.*, p. 174.

15 T. Hamilton, « Political Crime in the Wars of Religion: François Brigard's Sedition », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 208–209.

16 A. Dubois-Nayt, « The Sempill Ballads: Gendering Sedition and Rebellion », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 225.

17 M. Schachter, « The Seditious Pleasures of the Prince in the Reveille-matin's Denunciation of Tyranny », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland*, c. 1550–1610, op. cit., p. 256.

18 K. Long, « Styling Sedition in The Island of Hermaphrodites (L'Isle des hermaphrodites, 1605) », J. O'Brien, M. Schachter (dir.), *Sedition. The Spread*

of Controversial Literature and Ideas in France and Scotland, c. 1550–1610,
op. cit., p. 264.

AUTEUR

Clarisse Meykiechel

Clarisse Meykiechel est doctorante en histoire du droit au Centre d'anthropologie et d'histoire du droit (CHAD) à l'université Paris-Nanterre. Depuis le mois de novembre 2020, elle rédige une thèse intitulée « À Mort le Roi ! Les expressions séditieuses et les offenses au Roi sous la Restauration et la monarchie de Juillet », sous la direction de Mathieu Soula.

IDREF : <https://www.idref.fr/285211765>