



HAL
open science

Droit des femmes, droit de la famille

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Droit des femmes, droit de la famille. Droit des femmes, droit de la famille, May 1998, Oslo, Norvège. halshs-00126579

HAL Id: halshs-00126579

<https://shs.hal.science/halshs-00126579v1>

Submitted on 25 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Droits des femmes, Droit de la famille

Eric Millard
Université de Perpignan
Institut universitaire de France

(Conférence Oslo 1998)

« *On ne naît pas femme, on le devient* ».

L'affirmation de Simone de Beauvoir est trop connue pour qu'on s'y attarde ; au milieu d'autres déterminations, elle permet de modéliser une dialectique aux termes de laquelle le droit, en tant qu'il fixe une norme (ce qui doit être), peut catégoriser *La Femme* au sein de l'universel humain (faire qu'une partie de l'humanité soit traitée comme des femmes, différentes des hommes, et donc dotées juridiquement d'un statut différent : le droit fait devenir femme), ou au contraire peut nier cette catégorie en la fondant dans ce que doit être l'universel humain. Et dans l'hypothèse où le droit procéderait à une catégorisation, cette construction juridique de la femme est susceptible d'obéir à des finalités différentes, discriminatoires ou protectrices.

Du point de vue de l'histoire du droit et du féminisme en France, la tendance lourde au cours des deux derniers siècles, correspondant à la période ouverte par la révolution de 1789, est celle de la conquête de l'invisibilité juridique : les femmes veulent être des « hommes » comme les autres, c'est-à-dire qu'elles ne revendiquent pas un statut spécifique, au contraire s'opposent à des discriminations juridiques, et nient la légitimité d'une discrimination.

A vrai dire, cette invisibilité aurait dû ou pu être acquise dès la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui affirme l'universalité des droits de l'Homme, et qui est aussi l'émergence et l'accès des femmes au droit duquel, pour l'essentiel, elles étaient exclues par l'ancien régime ; tel ne fut pas le cas pour des raisons très diverses : la femme va continuer après 1789 à constituer une catégorie.

Et c'est contre l'idée de cette catégorisation, exclusive à nouveau de droits pour les femmes, ou minorant en tous les cas ceux-ci, que s'est fait le progrès juridique : en effaçant cette catégorie, en rendant la femme invisible pour le droit. Ce n'est qu'à la marge que la problématique de la catégorisation existe, principalement contre les imperfections d'un universalisme qui efface la spécificité des femmes, et qui est censé légitimer et favoriser le maintien dans les faits de la domination masculine.

Mais cette tendance lourde du droit des femmes connaît à son tour une spécificité lorsqu'elle est rapportée à la dimension familiale : non pas que le droit des femmes dans la famille s'inscrive désormais à contre-courant du droit des femmes en général, mais parce que cette évolution vers l'invisibilité juridique ne s'est pas faite au même rythme, et que la conjonction d'une problématique de l'individu avec celle du groupe familial - ou tout au moins conditionnée par des relations interindividuelles spécifiques au sein de la famille - a posé, pour le droit comme pour le juriste, des questionnements originaux, traduisant une surdétermination des conditions de la domination ou de l'égalité, dont témoigne la polysémie même du mot *femme* (en français : la personne du sexe féminin dans un rapport sexué, ou l'épouse dans un rapport marital).

Je voudrais retracer brièvement cela en suivant d'abord la recherche de l'universalité, visant à rendre invisible la femme pour le droit. Puis je verrai comment cette universalité de droit se voit limitée par l'existence de hiérarchisations de fait, qui commandent une nouvelle lecture de la question juridique des femmes (et traduit des permanences sociales).

Je précise que je le fais en tant que juriste et que ce qui me retient ici, c'est l'analyse de dispositifs normatifs, en tant qu'ils véhiculent d'une part une représentation du monde qu'ils prescrivent comme *devant être* pour la puissance publique (l'idéologie officielle en quelque sorte de l'Etat), en tant qu'ils conditionnent les actions des individus, hommes et femmes, d'autre part. Mais j'ai conscience que ces dispositifs ne correspondent pas nécessairement à la réalité vécue par les individus, ou observée par l'historien : ce ne sont simplement pas ici mes problématiques.

Vers l'invisibilité juridique de la femme

C'est d'abord au modèle familial bourgeois que se heurte l'émancipation féminine : sa structure même tend à refuser à la femme l'exercice de droits dont elle pourrait par ailleurs bénéficier ; sa remise en cause progressive appelle une revalorisation de l'individu, non sexué, qui passe par la consécration de l'autonomie des époux.

On peut alors pour faire court distinguer trois grandes périodes, qui vont de la consécration de ce modèle à son apparente remise en cause, et qui conditionnent l'octroi ou l'exercice des droits des femmes en la matière, dans une appréhension qui fait glisser de la puissance maritale (le *Pater familias*, l'époux chef quasi absolu de famille) à l'autorité parentale (une égalité des conjoints ou concubins dans l'intérêt de la famille puis de l'enfant).

la période révolutionnaire : les hésitations

Dans la contestation de la société d'Ancien régime, le droit de la période révolutionnaire manifeste quant à la situation des femmes dans la famille des virtualités assez limitées, et pourtant vite abandonnées.

On le sait, le cadre général de l'affirmation par l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme (« *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ; les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ») a eu une résonance essentiellement masculine. Les femmes notamment ont été exclues du jeu politique durablement (jusqu'en 1944).

Pourtant, dans le domaine civil, la remise en cause de l'ancienne forme familiale très hiérarchisée, réintègre la femme dans le jeu du droit ; si cela n'est pas toujours évident à propos de la négation du droit d'aînesse en 1790-1791 (les textes s'attaquant tantôt à la primogéniture seule, tantôt également à la masculinité), cela ne souffre pas la contestation à propos de l'admission du divorce (1792) : la famille y

apparaît sous l'angle contractuel de la liberté individuelle, qui est celle des époux comme celle des épouses.

Déconstruction de la famille aristocratique et chrétienne (fondée sur l'institution du mariage), ce droit révolutionnaire va pourtant aboutir, dans la logique d'une évolution politique plus large, à une nouvelle institution bourgeoise, qui ne s'accommode pas mieux des droits de la femme.

du code civil à la Libération : la consécration de la famille bourgeoise

Pour Napoléon : « *la nature a fait des femmes nos esclaves* ». Plus précisément, une société bien ordonnée repose sur des familles bien structurées dans lesquelles l'autorité du chef de famille est assurée.

Le code civil (1804) va consacrer ce modèle de la *famille légitime* : fondée sur le mariage civil, la puissance maritale, à l'égard de l'épouse, juridiquement (c'est-à-dire qui ne peut s'exercer par des châtiments corporels comme avant la Révolution), et la puissance paternelle à l'égard des enfants.

La femme mariée est donc frappée d'une quasi totale incapacité juridique : elle prend le nom de l'époux (de fait sinon de droit), elle a devoir d'obéissance au mari qui doit en retour protection, elle doit habiter chez ce mari qui ne peut la rejeter, et qui a le droit de surveiller ses relations et sa correspondance ; elle ne peut agir en justice seule sauf rares cas (défense au pénal ou action en divorce) ; elle ne peut non plus disposer seule, sauf en de rares cas (testament, actes conservatoires), de ses biens ; ceux-ci et son salaire font d'ailleurs partie de la communauté (gérés par le mari, partagés dans le divorce).

Le code pénal (1810) entérine cette conception : l'obligation au devoir conjugal empêche l'incrimination du viol entre époux ; l'adultère connaît un régime pénal moins sévère pour l'homme que pour la femme et l'assassinat du conjoint adultère est de la même manière moins sanctionné s'il est commis par l'homme (que la loi excuse) que par la femme (qui ne peut échapper à la mort).

Et dès la restauration, le mouvement est confirmé par l'interdiction du divorce, pourtant bien limité déjà par le code civil (1816).

Les évolutions ultérieures vont se faire dans deux sens qui confirment et assoient cette conception de la famille légitime, tout en assouplissement l'infériorisation de la femme, sans doute parce que celle-ci n'est plus aussi nécessaire et risque en retour de remettre en cause le modèle bourgeois lui-même.

Les femmes mariées peuvent disposer librement de leur salaire (1907) et adhérer à un syndicat (1920) ; la puissance maritale (devoir d'obéissance) est supprimée (1938) mais la femme continue de devoir vivre avec son mari qui peut toujours lui interdire d'exercer une profession, et qui garde l'autorité sur les enfants ; enfin, si le divorce est rétabli (pour faute exclusivement : 1884), c'est la lutte contre l'avortement et la propagande anticonceptionnelle qui est renforcée (1920-1923-1942).

La période de la Libération consacre rapidement deux normes essentielles : l'une hors du domaine de la famille (le droit de vote des femmes ; 1944), l'autre qui l'inclut (l'égalité dans tous les domaines des droits de l'homme et de la femme ; 1946).

Pourtant, la discrimination des droits ne va pas immédiatement disparaître du domaine familial. Le poids de la famille continue à restreindre le droit des femmes mariées, alors même que les femmes non mariées disposent librement, et parfois depuis longtemps, de certains ces droits lorsqu'ils peuvent les concerner (droit à la profession, disposition du salaire, etc. ; mais la législation concernant la lutte contre l'avortement ou les moyens anticonceptionnels a toujours concerné l'ensemble des femmes).

Il faut attendre les années 60 pour que la femme mariée puisse exercer librement une profession (1966), et dispose quant à ses biens de droits égaux à ceux du mari (1965) ; pour qu'elle ait accès à la contraception (mariée ou non : 1967).

Les années 70 pour que la notion de chef de famille soit supprimée et que les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille (1970) ; pour que la femme puisse contester la paternité du mari (1972) et puisse recourir à l'avortement (mariée ou non : 1975-1979) ; pour que le divorce par consentement mutuel soit reconnu (1975) ; pour que les époux puissent avoir des domiciles différents (1975).

Les années 80 pour que l'égalité des époux soit définitivement consacrée en tous domaines (1984-1985).

Et les années 90 pour que les droits des parents à une autorité conjointe sur les enfants soient reconnus indépendamment des liens juridiques entre les parents (1993).

Il apparaît donc que cette reconnaissance progressive de l'égalité, et donc cette consécration tardive de l'invisibilité juridique des femmes dans la famille, est liée à une remise en cause, au moins juridique, de la famille bourgeoise (légitime, et formelle, c'est-à-dire directivement organisée par le droit), puis à une admission apparemment indifférenciée par ce droit de diverses modalités de vie familiale (concubinage, etc.).

Cette admission est gage d'égalité entre individus pour le droit, et elle reconstruit juridiquement la famille, au-delà de ses formes, par la prise en compte de la diversité des liens familiaux, c'est-à-dire par l'exercice complexe des fonctions familiales (fonctions de solidarité, d'éducation, de vie commune, de procréation, etc.), et par la fonctionnalisation des droits des individus (droits accordés à égalité à chaque époux et épouse, concubin et concubine, dans l'intérêt de la famille ou de l'enfant).

Une des prochaines étapes de ce mouvement pourrait être la consécration d'un statut juridique de « la vie à deux » (préconisée notamment par le rapport Hauser, mai 98), laissant place au lien homosexuel, actuellement en débat.

En conclusion sur ce point, ce qui doit donc retenir notre attention, c'est bien le décalage entre le statut de la femme dans le gouvernement domestique et celui qu'elle a connu au même moment dans la sphère du politique (et il faudrait aussi, mais le temps manque, rendre compte d'un troisième lieu, celui du social et du monde du travail, qui connaît son propre rythme).

Certes ce décalage tend à s'estomper sur les longues périodes, ou tout au moins à susciter une nouvelle formulation puisqu'aussi bien le politique, avec sa faible participation des femmes, n'apparaît plus comme l'exemple que devrait suivre le domestique.

Mais l'enseignement à en tirer est bien que, pour cette problématique tout au moins (droits des femmes/droit de la famille), c'est la famille en elle-même qui contient et génère principalement le statut sexuellement différencié. La famille : un groupe social qui fonctionne selon une hiérarchie propre, clairement perceptible et

prescrite dans le modèle bourgeois de la famille légitime (l'homme travaille et dirige ; la femme demeure à la maison et s'occupe des enfants et de la maisonnée) ; et qui n'est peut-être pas aussi simplement remis en cause qu'une analyse trop rapide de l'évolution du droit tendrait à le laisser croire : l'universalisme ici n'est pas exclusif de survivances hiérarchiques, pas plus que l'admission de nouvelles modalités de vie familiale (concubinage, familles recomposées, etc.).

Derrière l'universalité, des hiérarchies

Il faut bien sûr ici pour le juriste être plus prospectif et interrogatif que descriptif : quelles sont les conséquences de la liberté et de l'égalité des conjoints ou concubins dans un système juridique et social comme celui de la France actuelle ? Je voudrais chercher à répondre dans 3 directions.

droits des femmes et politique de la famille

D'abord, on ne peut pas lire la politique de l'Etat vis-à-vis de la famille, et donc le droit des femmes, en ne voyant que la dimension du droit civil : il faut décoder les divers éléments incitatifs du droit.

Officiellement, les politiques familiales doivent en France être neutres en terme de rapports de sexe : ne pas favoriser un sexe par rapport à l'autre. Mais il demeure par exemple que très explicitement, le droit fiscal français a longtemps continué à se référer explicitement à un chef de famille alors même que le droit civil avait renoncé à cette hiérarchisation ; et que de nombreux documents de la vie administrative continue à avoir de telles références encore de nos jours.

Quant aux politiques de prestation, même si elles ne se présentent pas comme telles, elles tendent à provoquer un retrait des femmes du monde du travail car les aides à la famille supposent fréquemment : un abandon, au moins temporaire, de la profession (l'Etat finançant le maintien à domicile), qui est le fait de la femme en pratique en raison de la faiblesse fréquente de son salaire par rapport à celui du père, en raison aussi de représentations collectives sur la place des femmes, donc de réalités sociales contemporaines qui demeurent largement reproductrices d'une hiérarchisation des sexes.

du droit aux réalités sociales

Plusieurs éléments jouent pour faire que, au-delà des retraits apparents du droit, la structuration *homme-femme* dans la famille se perpétue.

Valorisé apparemment dans les discours, le travail féminin n'est pas si facile : il se rajoute à un travail domestique qui a peu évolué et qui repose quasi exclusivement sur la femme dans la famille ; malgré l'existence de dispositifs protecteurs, il demeure

également que le travail féminin est moins rémunérateur que le travail masculin, si ce n'est à cause de discriminations salariales, au moins parce qu'il concerne massivement des emplois de moindre niveau ; enfin les femmes sont bien plus durement frappées par le chômage que les hommes.

Dès lors, le bilan *coût-avantage* du travail féminin pour la famille tend à favoriser un repliement de la femme sur les tâches ménagères et l'éducation des enfants. Les politiques familiales peuvent amplifier ce mouvement. Et surtout des revendications se font jour désormais, chose impensable il y a quelques années, notamment à l'extrême droite, pour créer un statut professionnel de la mère de famille.

les nouvelles dimensions normatives

On ne peut alors rester insensible aux derniers débats juridiques portant sur la famille, à la lumière de cette question *femmes*.

Je prendrai un seul exemple : celui de la consécration par le Conseil constitutionnel, donc au plus haut niveau juridique, d'un *droit de l'individu à la famille normale*. Ce droit doit être respecté par toutes les normes (droit civil, politiques sociales, etc.). Formellement, il reproduit une approche en terme d'individus et semble donc décliner un idéal d'égalité, n'intégrant pas une catégorisation sexuée. Mais matériellement, il laisse la porte ouverte à une hiérarchisation éventuelle entre les sexes dans la famille.

Ce droit est en effet un droit à la vie familiale *normale*. Or qu'est-ce ici que la *normalité* ? Aucune réponse *a priori* ne s'impose et le juge en décidera, ou le fonctionnaire, enfin l'autorité qui déclina ce droit en le rendant effectif. Mais cette référence à une *famille normale* ne permet sans doute pas d'éviter de recourir à des jugements de valeurs sociaux, notamment sur la place respective de l'homme et de la femme : cela d'autant que tout ceci s'inscrit dans un mouvement de fonctionnalisation des droits familiaux (droits appréciés dans l'intérêt de la famille, dans l'intérêt de l'enfant). Conditionné par la prise en compte de l'enfant, le droit de la femme dans la famille ne sera-t-il pas tout simplement de remplir un rôle de mère, nécessairement distinct de celui du père (et donc hiérarchisé par rapport à lui) ? On retrouverait alors l'idée que la famille appelle nécessairement une individualisation des rôles sexués, idée qui aurait largement survécue à l'évolution simplement apparente des normes juridiques.

Dès lors, et en conclusion, on constate simplement que l'invisibilité dans le droit des femmes ne s'oppose pas à une lisibilité de la question *femme* dans ce même droit, que ce droit des femmes soit ici envisagé d'ailleurs maintenant par rapport à la famille, ou plus largement. Soit que cette question appelle une nouvelle catégorisation, protectrice et/ou conservatrice (le statut de la femme au foyer, la revendication de parité politique, ou de politiques d'action positive, etc.) ; soit que l'absence de catégorisation juridique ne fasse qu'occulter une catégorisation socialement et réellement vécue (dans la vie familiale et ailleurs).