



HAL
open science

Genre, histoire et droit

Loraine Chappuis, Hélène Duffuler-Vialle, Marie Houlemmare, Todd Shepard,
Florence Renucci

► **To cite this version:**

Loraine Chappuis, Hélène Duffuler-Vialle, Marie Houlemmare, Todd Shepard, Florence Renucci. Genre, histoire et droit. Clio@Th emis: Revue électronique d'histoire du droit, 25, 2023, 10.4000/clio-themis.3600 . halshs-04360403

HAL Id: halshs-04360403

<https://shs.hal.science/halshs-04360403v1>

Submitted on 21 Dec 2023

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, publi es ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou priv es.



Clio@Themis

Revue électronique d'histoire du droit

25 | 2023

Genre, histoire et droit



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/3600>

DOI : 10.4000/cliothemis.3600

ISSN : 2105-0929

Éditeur

Association Clio et Themis

Référence électronique

Clio@Themis, 25 | 2023, « Genre, histoire et droit » [En ligne], mis en ligne le 23 octobre 2023, consulté le 15 décembre 2023. URL : <https://journals.openedition.org/cliothemis/3600> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/cliothemis.3600>

Ce document a été généré automatiquement le 15 décembre 2023.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-SA 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

SOMMAIRE

Dossier : Genre, histoire et droit

Expérimenter le genre en histoire du droit

Lorraine Chappuis, Héléne Duffuler-Vialle, Marie Houlemare, Florence Renucci et Todd Shepard

I. Les assignations de genre dans le droit

Les représentations genrées dans la législation romaine sur l'adultère

Claire Laborde-Menjaud

Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours

Clovis Mailet et Benjamin Moron-Puech

La dogmatique du genre dans la matrice doctrinale du « droit français » (second XVI^e siècle)

Arnaud Le Gonidec

La représentation des masculinités dans le Traité des injures de Dareau (1775)

Clarissa Y. Yang

II. Biais de genre et justice

Les menstrues de Charlotte Courtecuisse. Genre et justice au XVIII^e siècle

Sabrina Michel

« Cette femme est coupable moralement et légalement »

L'importance accordée par la justice aux mœurs et à la réputation des accusées d'homicide intrafamilial dans le Brabant (1870-1914)

Mathilde van Ackere

Juger en homme(s)

Les appels à la virilité des jurés dans les procès capitaux durant la III^e République

Nicolas Picard

Les avocates du FLN : une approche genrée

Paul-Emmanuel Babin

III. Les stratégies d'agentivité contre les injonctions juridiques de genre

Stratégies contentieuses et femmes en affaires au XIX^e siècle

Comment tirer avantage des paradoxes d'une législation inégalitaire ?

Sonia Baijot

« Mettre l'alcool au feu » : stratégies juridiques et accommodations économiques des trafiquantes urbaines de lutuku face à la justice coloniale (Congo belge, 1945-1960)

Aurélie Bouvart

Les jeunes « pédés » parisiens d'avant 1968
Quels parcours de vie gays dans un contexte légal hostile ?
Régis Revenin

IV. Combattre l'ordre juridique genré (et racialisé)

Le projet émigrionniste de Mary Ann Shadd (1823-1893)
Quel(s) rôle(s) pour le droit dans l'émancipation des Noires américaines ?
Anne-Charlotte Martineau

Towards "Equality of Sexes" as a Principle in International Law
Marion Rowekamp

Political Engagement by 'apolitical' Female European Lawyers: The International Federation of Women Judges and Lawyers, 1928 - 1956
Sara L. Kimble

Varia

Lecteurs anciens du Code Théodosien : l'interprétation wisigothique
Federico Battaglia

Dossier : Genre, histoire et droit

Expérimenter le genre en histoire du droit

Loraine Chappuis, Hélène Duffuler-Vialle, Marie Houlemare, Florence Renucci et Todd Shepard

- 1 Dans un objectif de renouvellement des approches de l'histoire du droit, ce dossier de *Clio@Themis* se consacre aux effets du genre sur le droit, dans une perspective historique, que ce soit dans sa définition, son élaboration, sa rédaction, son interprétation, son application ou sa perception. La définition retenue ici entend, dans une conception large, le genre comme un phénomène de construction matérielle, symbolique et hiérarchisée de la différence des sexes et des sexualités. Le prisme du genre permet d'interroger la nature même du droit, en questionnant les formes de domination de genre qui sous-tendent sa formation et sa mise en œuvre, notamment judiciaire.
- 2 Le genre a nourri une littérature philosophique¹, sociologique², de science politique³, juridique⁴ et historique abondante⁵. Ce concept s'est forgé dans les années 1970-1980, quand des chercheuses féministes en sciences humaines ont adopté le genre comme catégorie d'analyse : en France les féministes matérialistes, dans la lignée de Christine Delphy, Colette Guillaumin, Monique Wittig et aux États-Unis les féministes post-structuralistes, à l'instar de Joan Wallach Scott et Judith Butler, dans le contexte d'une relecture critique de la « *French theory* »⁶.
- 3 Une approche analytique consiste à interroger les assignations de genre : comment, sur le temps long, sont identifiées les hommes et les femmes, selon quelles délimitations et quelles définitions des caractéristiques de genre « féminines » et « masculines ». Ces assignations historiques, varient selon les contextes, bien que la nature binaire de ces définitions soit structurelle. Les travaux en histoire et en anthropologie soulignent la constance de cette binarité hiérarchisée, qui construit le féminin en creux du masculin. Ainsi, les études de genre permettent de remettre en question l'évidence longtemps tenue pour acquise d'une différence naturelle entre les sexes. Cette rupture épistémologique majeure permet de réinterroger l'ensemble des sciences humaines et sociales.

- 4 Néanmoins, l'appréhension du genre dans la sphère académique française a été troublée depuis la fin des années 1990 par le fait que la sphère militante (les mouvements féministes et les associations LGBTQIA+), prenant parfois appui sur les recherches en études de genre, a revendiqué une égalité des droits, ce qui a suscité de violentes réactions au sein des milieux réactionnaires. Certaines théoricien·nes et juristes se sont alarmées de ces demandes sociales et politiques. En France, le débat a été particulièrement vif au moment de l'adoption du pacte civile de solidarité (PACS : loi du 15 novembre 1999), du Mariage pour tous (loi du 17 mai 2013), de l'accès à la procréation médicalement assistée pour toutes les femmes (PMA : loi du 2 août 2021) et également lors de la tentative d'introduction dans les programmes scolaires d'une éducation à l'égalité sexuelle et à la lutte contre les stéréotypes de genre (ABCD de l'égalité en 2013, abandonnés en 2014).
- 5 Dans la recherche juridique française, le genre comme objet et comme méthode demeure sous-employé. À la suite de certains travaux pionniers⁷, un programme de recherche ANR sur le genre et le droit intitulé « Régine » (2011 à 2015), porté par une équipe de chercheur·euses en droit positif, se proposait « d'ancrer la théorie féministe du droit dans le paysage de la recherche juridique française » et de « montrer que les inégalités de genre ne se donnent pas seulement à voir dans le droit, mais sont également produites par le droit »⁸. Il a donné lieu à plusieurs ouvrages de référence⁹ dont le plus emblématique est *La loi et le genre*¹⁰. Parallèlement, de grandes enquêtes – telles que « Virage » sur les violences faites aux femmes – ont été soutenues par la Mission de recherche droit et justice (pour l'Outre-mer). Toutefois, ces projets ne s'inscrivent généralement pas dans une perspective historique.
- 6 Plusieurs·es historien·nes du droit en France se sont intéressés·es à la condition des femmes, notamment à la question de la « séduction » et des recherches en paternité sous l'Ancien Régime¹¹, du mariage comme institution¹², des sexualités¹³, des violences conjugales¹⁴, ce qui a permis d'alimenter les réflexions sur les rapports sociaux de sexe et sur la division sexuelle du droit¹⁵. Ces travaux s'inscrivent cependant dans une perspective d'histoire du droit ou d'anthropologie juridique, sans appréhender ouvertement le champ de recherche du genre. De manière marginale, quelques historiennes du droit se sont inscrites dans le champ des épistémologies féministes, à l'instar de Michèle Bordeaux dans les années 1980-1990¹⁶. Le genre devient une catégorie d'analyse mobilisée avec *a priori* la première thèse en histoire du droit affiliée aux études de genre soutenue en 2015¹⁷, des articles pionniers¹⁸ et, depuis février 2021, le projet de recherche ANR HLJPGenre. Cette recherche collaborative analyse les rapports sociaux de sexe existant dans les systèmes juridique et judiciaire répressifs en France, depuis la Révolution. Le projet vise à diffuser les études de genre au sein de la sphère disciplinaire de l'histoire du droit, à légitimer ce champ d'étude, à enrichir le droit positif dans une perspective diachronique et enfin à compléter les études de genre par l'apport de l'histoire du droit¹⁹. Le présent dossier de *Clio@Themis*, né d'échanges entre historien·nes et historien·nes du droit²⁰, s'inscrit dans cette dynamique globale d'acculturation de l'histoire du droit aux études de genre.
- 7 En 2010, *Clio@Themis* a déjà fait paraître un dossier sur le genre dans son troisième numéro, intitulé *L'Homme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est-il une femme ?*²¹ Le seul historien du droit parmi les contributeur·ices du dossier était aussi le seul à ne pas évoquer le genre. Plus de dix ans plus tard, le nombre impressionnant de propositions d'articles de jeunes chercheur·euses en histoire du droit pour ce numéro

est révélateur d'une appétence et d'une envie de se saisir de la grille de lecture du genre pour traiter de sujets juridiques dans une perspective diachronique. Un colloque organisé en octobre 2022 à Genève a permis de réunir les auteurices de ces propositions et d'étoffer la discussion scientifique sur le renouvellement des approches en histoire du droit et sur les épistémologies du genre.

- 8 Nos discussions se sont nourries des travaux de juristes venant d'autres traditions, s'intéressant au rôle du droit, tant dans la construction des inégalités structurelles de genre que comme facteur éventuel d'émancipation, lors des luttes féministes pour l'obtention de droits civils et politiques²². Catharine MacKinnon, théoricienne des *Feminist legal studies*, estime que la quintessence des rapports de domination se retrouve dans la sexualité construite socialement²³. Ayant permis la reconnaissance en droit international du viol comme crime de guerre, elle est pourtant controversée, au sein des études de genre, pour ses travaux sur la prostitution et la pornographie²⁴. Elle s'oppose, sur la question de la sexualité, aux théoricien·nes *queer* du droit, qui promeuvent une sexualité libre comme facteur d'émancipation, dans le sillage de l'anthropologue Gayle Rubin²⁵ et de la philosophe Judith Butler²⁶. Sans entrer dans le détail de ces oppositions doctrinales, il est important de souligner qu'il n'existe donc pas « une théorie du genre », mais un champ d'étude et de recherche traversé par de multiples approches donnant naissance à différentes théories. Ainsi, l'approche intersectionnelle permet d'appréhender le croisement, l'imbrication ou la segmentation des rapports sociaux de race, de classe et de genre, pour étudier des assignations spécifiques, telles que « femme noire » par exemple. Si les travaux de la juriste Kimberlé Crenshaw, considérée comme théoricienne de l'intersectionnalité, visent à modifier les analyses et décisions juridiques féministes et antiracistes existantes, de vigoureux débats portent sur l'historicité du concept²⁷. La notion d'« intersectionnalité » explore le droit de la non-discrimination aux États-Unis et fonde un cadre analytique des discriminations (sexe, race, classe). Il tend à favoriser, dans les catégories qu'il protège, les membres les plus privilégiés de ces catégories. Au sein du groupe des Africains-Américains, le droit protège les hommes et au sein du groupe des femmes, il protège les femmes blanches ; ce faisant, il invisibilise l'expérience des femmes noires et rend impossible la reconnaissance des dommages qu'elles subissent. Lorsque Kimberlé Crenshaw théorise l'approche intersectionnelle, elle se focalise essentiellement sur les catégories de sexe, race et classe. Les travaux ont par la suite développé cette approche de sorte qu'elle inclut désormais d'autres catégories, telles que l'ethnicité, la religion, l'âge, le handicap ou encore l'orientation sexuelle. L'interaction entre ces multiples catégories permet d'éclairer les nombreux systèmes qui fondent les inégalités sociales résultant de processus complexes et concomitants²⁸. Enfin, en rencontrant les questions postcoloniales, la méthode intersectionnelle a mis l'accent sur l'importance de la réflexion à mener par les chercheur·es sur leurs propres grilles d'analyse, sur leurs préjugés historiographiques, méthodologiques ou disciplinaires, ne se limitant donc pas à une déconstruction critique de leurs objets²⁹.
- 9 Ces approches renouvelées et ces controverses décentrent radicalement le regard et offrent une nouvelle lecture du droit – sans prétention d'exhaustivité ou d'exclusivité. Elles permettent ainsi d'interroger l'évolution historique du caractère genré d'un droit conçu pourtant comme universel³⁰. Certaines chercheur·euses déjà convaincues que le droit est un outil de domination et/ou de mise en ordre socio-politique pourraient s'interroger sur l'utilité d'une lecture genrée³¹. Nous leur répondrons que les méthodes d'analyse issues des épistémologies du genre permettent alors de mesurer l'ampleur du

phénomène, de le déconstruire linguistiquement et donc de rendre visibles les représentations qui sous-tendent le droit. En dépit des principes idéaux de neutralité et d'universalité du droit, se dissimulent de puissantes représentations et stéréotypes relatifs aux rapports sociaux de sexe et de sexualité : le droit lui-même se construit, s'exprime, s'appuie et/ou produit des différenciations, des discriminations, des formes d'exclusion fondées sur le genre.

- 10 Ce dossier vise donc à engager une relecture genrée de l'histoire du droit en profitant des acquis des études de genre pour interroger les rapports sociaux de sexe. Contre une opposition binaire entre sexes féminin et masculin réduits à une donnée biologique naturelle, ce dossier est au contraire attentif à la prise en compte de la construction sociale du sexe³². Pour éviter le risque de réduction du « genre » à une histoire des femmes³³, il s'intéresse aussi à l'étude, engagée depuis les années 1990, des masculinités, marquées par les discussions autour de l'application du modèle de « masculinité hégémonique », élaboré par la sociologue australienne Raewyn Connell³⁴. Le débat a porté, chez les historien·nes anglophones, sur la diversité et la fluidité des positions masculines, tandis que les travaux historiques récents de langue française envisagent comme un caractère d'évidence la pluralité *des masculinités*, conçues comme relations de pouvoir entre individus assignés à un genre masculin et qui se transforment au cours de la vie, selon la position sociale et/ou au prisme d'autres contraintes qui pèsent sur chacun³⁵.
- 11 C'est dans ce contexte riche et extrêmement stimulant scientifiquement, que ce dossier embrasse la question des relations entre le genre et le droit dans une perspective large et interdisciplinaire. Les différentes contributions proposent ainsi des études issues du droit, de l'histoire *du* droit et de l'histoire *sur* le droit concernant des époques allant de l'Antiquité au *xxi*^e siècle pour étudier le phénomène dans la longue durée et dans des espaces et traditions juridiques différents, s'intéressant à la France, la Belgique, et d'une manière plus générale aux espaces européen, américain et africain (« Congo belge » et Algérie).
- 12 Concernant les modalités de rédaction, en accord avec le comité de *Clio@Themis*, nous avons proposé aux auteur·ices d'utiliser l'écriture inclusive de leur choix. Cette proposition s'explique pour des raisons de cohérence, car les études de genre ont largement démontré l'androcentrisme de la langue, et notamment de la langue française, en l'historicisant. Par exemple, Éliane Viennot explique que, en matière d'accords grammaticaux – qui jusqu'au *xvii*^e siècle, étaient loin d'être fixes et adoptaient tantôt un genre, tantôt l'autre – la prééminence du masculin commence à être justifiée par sa noblesse par rapport au féminin « parce que le mâle l'emporte sur la femelle »³⁶. Elle relève par ailleurs la politique de masculinisation de la langue, dont l'objectif est d'évincer les femmes de certaines professions³⁷. Ses travaux montrent en effet que le masculin générique ne constitue pas un simple effet de langage, mais produit des effets performatifs d'invisibilisation des femmes. Le langage et la représentation de la réalité sont intrinsèquement liés : ainsi, on ne se représente que ce qui est nommé et ce qui ne l'est pas n'existe pas³⁸. Par ailleurs il est important de souligner qu'à l'instar des théories du genre, il n'y a pas une écriture inclusive mais des écritures inclusives, plus ou moins consensuelles. Ainsi, l'utilisation du binôme ou doublet « Madame, Monsieur », « Citoyens, citoyennes » « Françaises, Français » est devenue la norme, et apparaît dans presque tous les discours officiels depuis de Gaulle. Cet usage inclut les femmes, mais renvoie à une binarité de sexe exclusive, que

contournent certaines grâce à l'usage du « x » (citoyen-ne-x-s). De façon très simple, l'écriture inclusive passe en premier lieu par l'emploi discret et consensuel de termes épïcènes, comme « artistes », « membres », « personnes » ou encore « individus ». Elle passe ensuite par l'emploi d'autres formes qui intègrent le féminin, par exemple, avec des parenthèses « les étudiant(e)s » : ce signe indique toutefois un propos secondaire, ce qui maintient la hiérarchisation. L'intégration du féminin peut se faire aussi avec une majuscule « les étudiantEs » ; cette modalité est néanmoins susceptible d'être analysée comme une nouvelle forme de hiérarchisation. Peut également être utilisée une barre oblique (ou slash), « les étudiant/es ». Cette forme présente à son tour un inconvénient, car elle signifie la division en mathématiques, alors que l'idée est au contraire de rassembler de manière égalitaire. L'écriture inclusive peut encore s'exprimer à travers le recours aux tirets (- ou _), avec un point final ou médian simple (. ou ·) et enfin en doublet (les étudiant.e.s/les étudiant-e.s). Parmi ces différentes formes, nous avons opté dans l'introduction pour le binôme, les formes épïcènes et pour le simple point médian afin d'éviter toute hiérarchisation, toute confusion avec d'autres signes de ponctuation et pour alléger au maximum la lecture. Enfin, des formes plus inédites d'écritures inclusives sont possibles, qui relèvent d'approches exploratoires et créatrices, avec cette idée que la langue n'a jamais été figée et que la recherche peut contribuer à présenter des alternatives qui seront reprises ou non dans l'usage commun. Tel est le cas de la méthode « alpheratz »³⁹, élaborée par « unz » linguiste qui propose de (re)créer un genre neutre, les fameux « iel » ou « al », que deux « autaires » ont choisi d'adopter dans ce dossier.

- 13 Le dossier s'ouvre sur la façon dont, sur le temps long, le droit assigne un genre à l'un ou l'autre sexe, ou à celles et ceux qui n'entrent pas dans cette bicatégorisation variable dans le temps et dans l'espace. Les définitions de genre relatives aux hommes et aux femmes, aux masculinités et aux féminités, qu'octroie le droit sont au cœur de la réflexion. En s'intéressant notamment à la place donnée juridiquement à la capacité à engendrer ou encore à l'identification de genre en fonction de l'apparence des personnes, les contributeur-ices cherchent à vérifier l'existence d'une féminité et d'une masculinité juridiques qui ordonnent les discours et les représentations normées et hiérarchisent les individus. Ces caractérisations possèdent une dimension performative amenant à analyser les injonctions juridiques relatives à la sexualité ainsi que leurs justifications. La question se pose alors de déterminer le poids des arguments essentialistes et la façon dont ils se traduisent dans les débats politico-juridiques, auxquels se mêlent religion, « traditions » et discours médical.
- 14 Qu'arrive-t-il alors à celle-ux qui n'entrent pas dans ces assignations ? Quid des personnes exclues de cette construction identitaire dont le caractère bicatégorisé s'arrime dans le droit, et à celle-ux dont la sexualité échappe au carcan de l'ordre juridique, c'est-à-dire les personnes intersexuées, transgenres, les sexualités autres qu'hétérosexuelles ? Le traitement juridique et judiciaire qui leur est réservé varie selon les lieux et les époques. Dans une construction binaire et hétéronormée définie par le droit se pose la question de savoir comment sont traitées et évoluent, juridiquement et judiciairement, les personnes dont le genre n'est pas clairement identifiable, celles qui sont en marge des injonctions de genre, comme celles qui refusent de s'y soumettre.
- 15 Les auteur-rices ont été attentif-ves aux effets du genre sur le droit de manière globale, qu'il s'agisse du processus de production des normes, de son application, des sanctions

en cas de transgression, des représentations construites autour des normes, mais également des stratégies de réappropriation ou de contournement mises en place par les individus. Dans cette optique, les contributions se déploient autour de quatre axes. Le premier porte sur les assignations de genre dans le droit, à savoir le fait d'attribuer à une personne une place, une fonction, un rôle, et plus particulièrement, le fait d'attendre qu'elle le performe en se conformant aux injonctions juridiques construites autour des identités de genre découlant d'un état supposément naturel. Par les catégorisations ou au-delà des catégorisations, la centralité de l'ordre moral et social dont la préservation est perçue comme fondamentale, justifie le maintien d'un ordre de genre que garantit le droit. Claire Laborde-Menjaud, montre que, dans le droit romain du 1^{er} siècle avant notre ère, les injonctions de genre modélisent un comportement idéal binaire, à travers la mise en place de la répression de l'adultère à des fins politiques : la *pudicitia* féminine et la *severitas* masculine érigées en vertus fondamentales. Dans sa lecture genrée de l'ouvrage sur les injures du juriste Dareau (1775), Clarissa Yang fait un constat similaire sur les valeurs féminines, marquées par une « vertu morale », tout en « retenue » et « modestie ». L'article se concentre sur la hiérarchie des masculinités plurielles et complexes qui émergent de la doctrine de l'injure, entre masculinité hégémonique et masculinité neutre, et au sommet de laquelle siègent les hommes de lois. Il met en avant le nouvel idéal viril d'inspiration libérale et bourgeoise qui se construit à la fin du XVIII^e siècle. Pour sa part, Arnaud Le Gonidec fait un pas de côté et analyse la doctrine élaborée au XVI^e siècle en guise de droit matrimonial, au prisme d'un imaginaire conjugal complexe. La contribution de Clovis Maillat et de Benjamin Moron-Puech adopte une approche diachronique originale et érudite pour montrer que le système d'identification de genre en droit positif, depuis le Moyen Âge, assigne aux individus une identité de genre fondée davantage sur leur rôle social que sur des critères biologiques. De leur point de vue, le système juridique est au seuil d'un changement de paradigme d'un ordre genré exclusif vers un ordre genré inclusif.

- 16 Le deuxième axe concerne les rapports entre biais de genre et justice, c'est-à-dire la façon dont l'identité sexuelle et de genre d'une personne influe sur son traitement juridique par une instance judiciaire ou, au contraire, sur sa pratique du droit au sein de cette instance. Ces assignations de genre dans le droit ont un effet performatif visible au prétoire et influencent la façon de plaider et de rendre le droit. L'article de Sabrina Michel démontre ainsi comment les menstruations ne sont pas utilisées comme argument essentialiste par les magistrats dans une affaire de la fin du XVIII^e siècle, alors qu'elles l'ont été massivement au siècle suivant. Un autre biais agissant est celui de la moralité des accusées et des victimes. Mathilde Van Ackere met en évidence, à travers une étude systématique du contentieux pénal relatif aux homicides intrafamiliaux dans le Brabant entre 1870 et 1914, combien la réputation influe sur le jugement. Ces biais de genre ne concernent pas uniquement les justiciables, mais également les acteur·ices de l'appareil judiciaire et participent des représentations associées à la décision judiciaire. Ainsi, montre Nicolas Picard, les injonctions qui reposent sur les jurés de la III^e République – avant que les femmes ne puissent participer au jury criminel – renvoient à une masculinité hégémonique qui implique des qualités considérées comme viriles (fermeté, sévérité, rationalité et rejet des émotions). Paul-Emmanuel Babin, en analysant les parcours et le traitement des plaidoiries et des publications des avocates ayant fait partie de la défense du Front de libération national (FLN) algérien, révèle combien ces juristes sont victimes de ces biais – mais aussi de diverses formes d'assignations de genre. L'une des conséquences principales de cette situation est leur

relégation au second plan de l'histoire alors qu'elles ont, au moins à parts égales, voire davantage, été au cœur du combat judiciaire en faveur du FLN.

- 17 Le troisième axe s'intéresse aux stratégies d'agentivité contre les injonctions juridiques de genre. L'agentivité est définie comme la capacité de l'individu à utiliser les ressources dont il dispose pour agir de façon intentionnelle sur lui ou elle-même, sur les autres et sur son environnement. Si l'« agent » peut être considéré comme une personne autonome, capable de définir ses propres choix et de les réaliser de manière consciente et rationnelle pour une finalité identifiée, l'histoire sociale invite également à penser l'agentivité comme la capacité d'un individu en situation de contrainte à agir sur son sort, c'est-à-dire à s'extraire d'une position subalterne. En effet, les actrices ont pu jouer de ces biais de genre pour les détourner à leur profit. Devant les tribunaux et/ou la police, les commerçantes françaises et les trafiquantes du Congo belge ont ainsi prouvé « d'agentivité » par leur initiative personnelle et en trouvant les moyens de conserver leurs intérêts devant les tribunaux. Cette stratégie passe paradoxalement par une utilisation d'un droit patriarcal à leur profit dans le cas des « femmes en affaires » françaises ou d'expertises juridiques chez les Congolaises en contexte colonial, dans les cas étudiés par Sonia Baijot et Aurélie Bouvart. Il est bien question « d'agentivité » et non « d'empowerment » dans la mesure où le processus d'origine, individuel, a pour finalité les intérêts économiques de ces mêmes individus. S'il ne s'agit pas de combats collectifs ici, les deux articles interrogent pourtant les modalités de construction de l'expertise chez ces justiciables, ainsi que la circulation de ces connaissances juridiques. L'enjeu de « l'agentivité », de ses méthodes et son déploiement en contexte judiciaire hostile, est étudié par l'historien Régis Révenin au prisme du contexte légal homophobe des années 1960, et de la prise en charge répressive des jeunes gays sous couvert de « protection » par l'Éducation surveillée. Il montre que des jeunes gays parisiens de classes populaires n'ont pas attendu mai 68 pour assumer leur identité de genre et leur orientation sexuelle et ont construit leurs propres espaces de sociabilité.
- 18 Enfin, le dernier axe porte sur les combats contre un ordre juridique genré et racialisé. Le combat peut se présenter de façon collective et/ou au nom du collectif. Sur le plan du *cause lawyering* et des luttes en faveur d'un ordre juridique dégenré, les associations de juristes, à l'instar de l'International Federation of Women Judges and Lawyers analysée par Sara Kimble, ont ainsi engagé très tôt une action collective internationale. Influencer directement sur le droit international est aussi une stratégie de combat « par le haut », comme le montre le travail de Marion Röwekamp. Si dans ces deux cas, les actrices à l'origine de ces luttes sont clairement identifiées, il n'en va pas de même d'autres objets comme, par exemple, la réflexion autour de l'abolition de la traite et de l'esclavage associée à des acteurs occidentaux. Prenant le contre-pied de ce préjugé sur l'abolition de la traite et de l'esclavage, Anne-Charlotte Martineau adopte une approche intersectionnelle pour analyser l'œuvre de la juriste canado-américaine abolitionniste MaryAnn Shadd. Elle s'intéresse plus spécifiquement au projet d'émigration pour les « noires américaines » vers le Canada qu'elle a proposé au milieu du XIX^e siècle.
- 19 Les résultats effectifs de ces luttes définies sur le droit sont souvent perçus de façon linéaire dans une perspective de progrès en histoire du droit. Sur le temps long, son cheminement est toutefois plus complexe⁴⁰. La Révolution française, par exemple, si elle bouleverse les paradigmes du droit, ne constitue pas une rupture radicale des rapports sociaux de sexe, sauf en matière de décriminalisation de la sexualité⁴¹. Elle a

amorcé des réformes favorables à l'évolution de la condition des femmes, tel le droit au divorce, et ouvert un champ des possibles pour les luttes féministes. Cependant, ces avancées, bien réelles, ont été rapidement étouffées, à l'automne 1793 par la loi d'interdiction des clubs de femmes⁴² et les réformes juridiques remises en cause par le droit napoléonien. Ainsi, le droit post-révolutionnaire a surtout perpétué un ordre juridique sexué essentialiste⁴³.

- 20 Avant de conclure cette introduction, nous tenons à signaler que le processus d'évaluation a conduit à écarter de nombreuses propositions d'article et nous remercions les auteur·ices, ainsi que les personnes qui avaient manifesté leur intérêt pour le thème. Nous remercions également le comité de rédaction de *Clio@Themis* et les relecteur·ices sollicités pour le travail considérable accompli. Les études de genre n'en sont qu'à leurs prémises en histoire du droit, mais ce dossier de *Clio@Themis* participe à l'ouverture de ce champ du fait de l'émulation intellectuelle suscitée par l'appel à contribution, des fructueux résultats de recherche proposés ainsi que de la qualité scientifique des articles. Les responsables du dossier espèrent susciter ainsi l'intérêt des chercheur·euses en histoire du droit pour le renouvellement historiographique de la discipline par la mobilisation des outils épistémologiques et méthodologiques des études de genre.

NOTES

1. Parmi la très abondante littérature, nous renvoyons de façon non exhaustive à certains textes particulièrement connus : G. Rubin, « The Traffic in Women : Notes on the Political Economy of Sex », *Toward an Anthropology of Women*, dir. R. Reiter, New York, Monthly Review Press, 1975 ; J. Butler, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Londres, Routledge, 1990 ; *Genres et sexualités*, dir. E. Dorlin et É. Fassin, Paris, BPI, 2009 ; I. Löwy, H. Rouch, « Genèse et développement du genre : les sciences et les origines de la distinction entre sexe et genre », *Cahiers du genre*, 34, 2003, p. 5-16.
2. C. Delphy, « L'ennemi principal », *Partisans*, 54-55, 1970, p. 157-172 ; J. Rennes et alii, « La chair des rapports sociaux », *Encyclopédie critique du genre*, Paris, La Découverte, 2016, p. 13-32 ; A. Revillard et L. de Verdalle, « Dynamiques du genre », *Terrains et travaux*, 10, 2006, p. 3.-17 ; L. Bereni et M. Trachman, *Le genre, théories et controverses*, Paris, PUF, 2014.
3. Il existe de très nombreux travaux en sciences politiques : J. Jenson et É. Lépinard, « Penser le genre en science politique. Vers une typologie des usages du concept », *Revue française de science politique*, 59/2, 2009, p. 183-201 ; C. Achin et L. Bereni, *Dictionnaire. Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013.
4. C. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women A Case of Sex Discrimination*, New Haven, Yale University Press, 1979.
5. T. Laqueur, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, Londres, Harvard University Press, 1990 ; D. Lett, « Les régimes de genre dans les sociétés occidentales de l'Antiquité au xvii^e siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 3, 2012, p. 563-572 ; F. Thébaud, *Écrire l'histoire des femmes et du genre*, Lyon, ENS éditions, 2007 ; J. Wallach Scott, « Gender : A Useful Category of Historical Analysis », *The American Historical Review*, 91/5, 1986, p. 1053-1075 ; voir

aussi les nombreux travaux de Michelle Perrot. Le domaine a été également largement investie par les travaux d'historien·nes françaises ou étrangères sur l'Afrique, comme ceux de P. Barthélémy, S. Bruzzi, A. Hugon, O. Rillon, T. Shepard, J. Surkis ou V. Tisseau.

6. J. Gill-Peterson, « Gender », *Keywords for Gender and Sexuality Studies*, dir. The Keywords Feminist Editorial Collective, New York, NYU Press, 202, p. 96-100 ; J. Wallach Scott, « Genre : Une catégorie utile d'analyse historique », *Les Cahiers du GRIF*, 37-38, 1988, p. 141.

7. Par exemple, O. Dhavernas, *Droits des femmes, pouvoir des hommes*, Paris, Le Seuil, 1978 ; R. Dhoquois, « Discours féministe et langage juridique », *Les Cahiers du CREDEF*, 2, 1990, p. 77-86 ; A. Junter-Loiseau, « La division sexuelle des emplois à l'épreuve de la loi du 13 juillet 1983 relative à l'égalité professionnelle », *Droit Social*, 2, février 1987, p. 191-202.

8. <http://www.regine.u-paris10.fr>.

9. Régine, *Ce que le genre fait au droit*, Dalloz, Paris, 2013 ; S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *Genre et droit. Ressources pédagogiques*, Paris, Dalloz, 2016.

10. S. Hennette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, *La loi & le Genre, Études critiques de droit français*, Paris, CNRS éditions, 2014.

11. V. Demars-Sion, *Femmes séduites et abandonnées au XVIII^e siècle. L'exemple du Cambrésis*, Hellemmes, Ester, 1991.

12. *Mariage - Mariages*, dir. C. Bontems, Paris, PUF, 2001.

13. 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.

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

15. En particulier les travaux de Michèle Bordeaux, qui s'inscrivent dans le champ des études féministes et de Yann Thomas.

16. Par exemple M. Bordeaux, « Femmes hors d'État français 1940-1944 », *Femmes et fascismes*, dir. Rita Thalmann, Paris, Tierce, 1986, p. 135-155 ; « L'universalisme juridique et l'impasse de l'égalité », *Les femmes et la Révolution française*, dir. M.-F. Brive, Toulouse, Presses du Mirail, vol. 1, 1989, p. 427-440 ; *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 », *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, dir. J.-P. Le Crom, Paris, l'Atelier, 1998, p. 45-60.

17. H. Duffuler-Vialle, *La réglementation de la prostitution pendant l'entre-deux-guerres : l'exemple du Nord de la France*, Paris, Mare & Martin, 2018 (thèse soutenue en 2015).

18. A. Paturet, « Le traitement de l'hermaphrodite dans la littérature juridique de l'Ancien Régime », *Sociopoétique du handicap*, 6, 2021 ; F. Renucci, « Le rôle des "anonymes" dans la réception et la production du droit. L'exemple de l'inspection du travail Outre-mer (1948-1952) », *La réception du droit du travail par les milieux professionnels et intellectuels*, dir. A.-S. Chambost et A. Mages, Paris, LGDJ, 2017, p. 127-146 ; F. Renucci, « Écrire autrement la rencontre entre droit et sociologie. L'apport du terrain colonial », *Approches culturelles des savoirs juridiques*, dir. A.-S. Chambost, Paris, Lextenso, 2020, p. 63-70 ; A. Wijffels, « Le droit naturel : contrainte ou construction ? Renouveau de la question à l'égard des droits de l'homme », *Les Natures en question*, 2018, p. 101-119.

19. <https://hljgenre.hypotheses.org/>. Un ouvrage sera publié en 2025 intitulé *Sous l'Universel, le genre. Le discours juridique généré*. Il présentera les résultats de recherche du collectif de chercheuses HLJGenre, à savoir l'élaboration d'une grille d'analyse spécifique pour étudier le genre dans les textes de droit dans une perspective diachronique. Cet ouvrage comportera une importante partie épistémologique et méthodologique, et sera ensuite illustré par des exemples concrets d'analyse genrée dans différents domaines du droit.

20. L'idée de ce dossier trouve son origine dans une conversation entre Marie Houlemare et Xavier Prévost dans le cadre de la revue.

21. *L'Homme de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est-il une femme ?*, dir. R. Raus et A. Verjus, *Clio@Themis*, 3, 2010.
22. F. Rochefort, *Le pouvoir du genre. Laïcités et religions 1905-2005*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2007.
23. C. MacKinnon, *Feminism Unmodified : Discourses on Life and Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988. Pour le titre en français, voir *Le Féminisme irréductible. Discours sur la vie et la loi*, Paris, Éditions des femmes, 2005 ; C. MacKinnon, *Sex Equality*, New York, University Casebook Series, 2001.
24. C. MacKinnon, A. Dworkin, *Pornography and Civil Rights : A New Day for Women's Equality*, Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1988 ; C. MacKinnon, *Traite, prostitution, inégalité*, Mont Royal, M Éditeur, 2014.
25. G. Rubin, « The Traffic... », *op. cit.* (pour la version française : « L'économie politique du sexe : Transactions sur les femmes et systèmes de sexe/genre », *Les Cahiers du Cedref*, 7, 1998) ; « Thinking Sex. Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality », *Pleasure and Danger. Exploring Female Sexuality*, dir. C. Vance, Boston, Routledge & Kegan Paul, 1984, p. 267-319 (pour la version française : « Penser le sexe : Pour une théorie radicale de la politique de la sexualité », *Marché au sexe*, dir. G. Rubin et J. Butler, Paris, EPEL, 2002).
26. J. Butler, *Trouble dans le genre. Pour un féminisme de la subversion*, Paris, La Découverte, 2005.
27. 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*, 1, 1989, p. 139-167 ; « Mapping the Margins : Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, 43/6, 1991, p. 1241-1299 ; « Cartographie des marges : intersectionnalité, politiques de l'identité et violences contre les femmes de couleur », *Cahiers du genre*, 39, 2005 [1994], p. 51-82 ; A.-M. Hancock, *Intersectionality: An Intellectual History*, New York, Oxford University Press, 2016 ; J. C. Nash, « Intersectionality and Its Discontents », *American Quarterly*, 69/1, 2017, p. 117-129.
28. Pour une synthèse, voir S. Bilge, « Théorisations féministes de l'intersectionnalité », *Diogène*, 1, 2009, p. 70-88.
29. Ce questionnement alimente depuis quelques années une intense réflexion sur la décolonisation des savoirs ; cf., par exemple, F. Ait Ben Lmadani et N. Moujoud, « Peut-on faire de l'intersectionnalité sans les ex-colonisées », *Mouvements*, 72, 2012, p. 11-21.
30. M. Riot-Sarcey, « Universalité des droits, la liberté en question dans la France du XIX^e siècle », *L'Homme et la société*, 85-86, 1987, p. 86-97.
31. De fait, l'affirmation que le droit est notamment un moyen de domination n'est pas récente. Elle a même pu croiser à la fois la domination de classe et la domination sexuelle comme l'écrit Michèle Bordeaux : « Il n'y a pas ici à démontrer que le Droit est un instrument de conservation du pouvoir des hommes de la classe dominante, créé et entretenu dans l'intérêt du maintien et du développement de rapports sociaux qui leur soient favorables dans un ordre social et sexuel normalisé. Il n'y a pas non plus à insister sur le fait que lois, codes, décrets sont œuvre masculine, que le langage juridique est une forme de langage masculin. C'est une évidence », M. Bordeaux, « La Grille du Temps : approche lexicale du temps des lois (Code civil, 1804) », *Le discours juridique : analyse et méthode, Langages*, 53, 1979, p. 103-116.
32. J. Germon, *Gender : A Genealogy of an Idea*, New York, Palgrave, 2009 ; C. Delphy, *L'ennemi principal*, t. 2 : *Penser le genre*, Paris Syllepse, Nouvelles Questions Féministes, 2001.
33. J. Wallach Scott, « Le genre : une catégorie d'analyse toujours utile ? », *Diogène*, 225/1, 2009, p. 5-14.
34. R. Connell, *Masculinités. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Amsterdam, 2014 ; M. Gourarier, « Raewyn Connell et la masculinité hégémonique », dir. P. Savidan, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, Paris, PUF, 2018 ; R. W. Connell, J. W. Messerschmidt, « Hegemonic Masculinity :

Rethinking the Concept », *Gender and Society* 19, 2005, p. 829-859 ; J. Tosh, « What Should Historians Do with Masculinity ? Reflections on Nineteenth-Century Britain », *History Workshop Journal*, 38, 1994, p. 179-202 ; K. Harvey, A. Shepard, « What Have Historians Done with Masculinity ? Reflections on Five Centuries of British History, circa 1500–1950 », *Journal of British Studies*, 44, 2005, p. 274-280.

35. M. Philip, *La sexualité légitime comme privilège. Masculinités parisiennes à l'époque moderne (1600-1750)*, thèse sous la direction de F.-J. Ruggiu et S. Steinberg, Paris Sorbonne Université, 2022.

36. Citation de Nicolas Beauzée en 1767 dans sa *Grammaire générale*, citée par É. Viennot, *Le langage inclusif : pourquoi, comment*, Paris Les Éditions iXe, Donnemarie-Dontilly, 2018. Voir également P. Brunet, « Écriture inclusive/non genrée. Comment la mettre en œuvre tout en restant accessible », *La nouvelle revue – Éducation et société inclusives*, 93/1, 2022, p. 245-257.

37. É. Viennot, *Non le masculin ne l'emporte pas sur le féminin ! Petite histoire des résistances de la langue française*, Paris, Éditions iXe, Donnemarie-Dontilly, 2014.

38. P. Gygax, S. Zufferey et U. Gabriel, *Le cerveau pense-t-il au masculin ?*, Paris, Éditions Le Robert, 2021 ; M.-J. Mathieu et J.-M. Pierrrel, « La féminisation dans la langue », *Homme-femme : de quel sexe êtes-vous ?*, dir. L. Guittienne et M. Proust, Nancy, PUN, 2009, p. 111-122 ; T. Moreau, *Le Nouveau Dictionnaire féminin-masculin des professions, des titres et fonctions*, Genève, éd. Metropolis, 1999.

39. Alpheratz, *Grammaire du français inclusif*, Paris, Vent Solars, 2018.

40. Voir H. Duffuler-Vialle, *Chronologie des droits des femmes en France de la Révolution française à nos jours*, Musée Criminocorpus, 2020.

41. D. Borillo, *Homosexualités et Droit : De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, 1998.

42. B. Pavard, F. Rochefort et M. Zancarini-Fournel, *Ne nous libérez pas, on s'en charge, Une histoire des féminismes de 1789 à nos jours*, Paris, La Découverte, 2020.

43. A. Verjus, *Le cens de la famille. Les femmes et le vote 1789-1848*, Paris, Belin, 2002.

AUTEURS

LORAINÉ CHAPPUIS

Maître-assistante, Département d'histoire générale, Université de Genève

HÉLÈNE DUFFULER-VIALLE

Maîtresse de conférences en histoire du droit, CDEP, Université d'Artois, CHJ – UMR 8025

MARIE HOULLEMARE

Professeure, Département d'histoire générale, Université de Genève

FLORENCE RENUCCI

Directrice de recherche au CNRS, Institut des Mondes Africains, Aix-Marseille-Université

TODD SHEPARD

Professeur, John Hopkins University

Dossier : Genre, histoire et droit

I. Les assignations de genre dans le droit

Les représentations genrées dans la législation romaine sur l'adultère

Claire Laborde-Menjaud

Initiées en 18 av. J.-C., les réformes de l'empereur Auguste concernant le mariage et l'adultère sont annonciatrices de l'entrée dans une nouvelle ère. De nombreuses raisons ont pu être apportées par l'historiographie pour tenter d'expliquer ces lois : les ordres sénatoriaux et équestres ont été fortement touchés par les guerres civiles d'où l'incitation à enfanter contenue dans la *lex de maritandis ordinibus* et la *lex Papia Poppaea*¹ ; le besoin du nouvel empereur d'affirmer son autorité sur les élites² ; le rétablissement des mœurs romaines et l'endiguement de l'instabilité matrimoniale qui a marqué la fin de la République expliqueraient enfin l'adoption de la *lex Julia de adulteriis coercendis*³. Cette dernière raison est confirmée par les sources littéraires qui n'hésitent pas à présenter une société dévergondée et la licence sexuelle des femmes en serait une illustration⁴. De plus, l'immoralité générale est souvent associée à l'instabilité politique par les moralistes républicains⁵. Auguste, par ces lois, cherche à appuyer son règne sur des bases fortes et permettre un retour à un passé idéalisé. S'il s'en glorifie dans ses *Res Gestae*⁶, certains auteurs approuvent aussi ouvertement les réformes. Horace, dans sa quatrième ode, souligne l'amélioration des mœurs :

Nul commerce impur ne salit la chasteté du foyer ; la coutume et la loi ont eu raison des souillures criminelles, on loue les accouchées d'avoir des enfants ressemblant à leurs pères⁷.

Plus que les autres, la *lex Julia de adulteriis coercendis* est présentée comme une réponse nécessaire à un dérèglement des mœurs qui mettrait en danger la stabilité de la société romaine⁸.

Le contexte de création de la loi fait apparaître son caractère idéologique. À la fin de la République, le nombre de femmes aristocrates est plus faible que celui des hommes⁹, il n'est donc pas logique de punir fortement l'infidélité féminine en empêchant le remariage des femmes condamnées pour adultère. Alors que le besoin d'une population forte et nombreuse se fait ressentir à la fin du 1^{er} siècle av. J.-C.¹⁰, la répudiation des femmes et leur exclusion du marché matrimonial constituent des freins à la procréation dans le cadre légitime du mariage¹¹. Il convient d'observer ces lois (et plus

particulièrement la loi sur l'adultère) comme une déclaration politique. L'entreprise de conquête augustéenne est justifiée par le dirigeant en faisant valoir l'importance du modèle romain pour les peuples considérés comme barbares¹². L'impérialisme romain n'est pas justifié par la loi du plus fort mais par l'éthique et la supériorité morale¹³. Sur le plan interne, les mœurs peuvent également définir un groupe social en créant un consensus autour d'un comportement, d'où l'importance de ces lois¹⁴. Finalement, la loi s'inscrit dans la continuité du discours augustéen sur la restauration de la *res publica*¹⁵. Ainsi, la loi sur l'adultère publicise des relations familiales (qui étaient, depuis la création de Rome, soumises à l'autorité du *paterfamilias*) et fait du mariage et de l'inconduite sexuelle l'affaire de tous. Au moyen de l'accusation populaire, chaque citoyen est impliqué dans la protection de la moralité et peut agir en ce sens¹⁶. La loi s'intéresse spécifiquement à la répression de deux délits : le *stuprum* soit les relations sexuelles avec des femmes libres non-mariées comme les filles de famille ou les veuves et l'*adulterium*, les relations sexuelles d'un homme avec une femme mariée¹⁷. Cet article se concentre sur le délit d'adultère tel que présenté par le texte de loi, interprété par la jurisprudence et modifié par les constitutions impériales¹⁸.

L'étymologie du terme adultère, donnée par Papinien (D. 48. 5. 6. 1), renvoie à l'idée de l'enfant conçu par un autre (*alter*) que le mari. L'adultère est donc fondamentalement centré autour de l'idée de maternité¹⁹. Outre la possibilité de l'enfant d'un autre dans la *domus*, certains auteurs rattachent l'adultère à l'idée du lien qui unit les époux. Festus fonde ainsi le terme sur l'altérité qui caractérise le rapport entre la femme et l'amant²⁰. Il s'agit de se donner à un autre homme (que son mari) ou de prendre la femme d'un autre²¹. L'élément principal est donc que les amants ne s'appartiennent pas. Ainsi, la femme est identifiée et contrainte par sa relation – ou la possibilité de sa relation dans le cas de la fiancée – avec un homme. Le fait de ne pas respecter ce lien l'empêche d'en créer un nouveau. Une condamnation pour adultère est particulièrement importante pour la femme. Celle-ci n'est pas uniquement l'objet d'une discrimination sociale, son statut juridique change. Elle rejoint les femmes dont la moralité sexuelle a été ternie et avec qui il est possible d'entrer en concubinage – et donc de commettre le *stuprum* – en toute impunité (Ulpian. D. 25. 7. 1. 1)²².

Le droit républicain laissait à la sphère familiale, dominée par le *paterfamilias*, le choix de la répression de l'adultère exclusivement féminin, dans le sens où il s'agissait de réprimer uniquement l'adultère commis par la femme et son amant et non celui commis par l'homme marié. La mise à mort était possible pour la femme comme pour l'amant bien qu'une composition pécuniaire pût limiter la répression contre ce dernier²³. La *lex Julia* sort l'adultère du domaine privé et crée une *quaestio de adulteriis* chargée de la répression de l'acte²⁴. L'autre changement introduit par la loi concerne les attentes relatives au comportement du mari. Au cours du mariage, il doit être un modèle de moralité pour son épouse. Dans le cas d'un adultère évident de celle-ci, il préserve la moralité de sa famille en ne le pardonnant pas. La loi tranche avec la période républicaine où aucune obligation ne pesait sur l'homme trompé. Ces nombreux éléments abordés par le texte législatif permettent d'accéder aux représentations collectives des Romains associées aux comportements idéaux des hommes et des femmes dans le cadre du mariage et les situations d'adultère. La loi n'introduit pas un changement de mentalité mais fixe ces représentations et les rend contraignantes. Une lecture approfondie de la loi et de ses interprétations montre un recours important au registre des émotions et des vertus pour décrire le comportement des Romains. Les émotions sont définies comme une altération dans les humeurs. La

capacité humaine à résister aux émotions pour se conformer à un devoir permet de faire apparaître les vertus d'un individu. Ainsi, dans l'Antiquité, il est possible que les affects soient associés à des qualités morales²⁵. Ce sont ces deux aspects qui vont nous intéresser, mettant en lumière ce qui est attendu, permis ou refusé aux femmes et aux hommes romains. Il ressort de l'étude de cette loi que les femmes sont principalement définies par leur *pudicitia*. Il s'agit d'une qualité morale impliquant la maîtrise de soi, spécialement dans le domaine sexuel²⁶. Il s'agit de la vertu première qui guide leur comportement quels que soient leur âge, la relation dans laquelle elles se trouvent ou les émotions qu'elles peuvent ressentir (comme le désir, la peur...) ²⁷. En comparaison, devant un adultère, les hommes peuvent exprimer des émotions comme la colère²⁸. Cependant, ils doivent se contrôler pour que deux qualités morales puissent primer : la rigueur dans le respect de la loi (*severitas*²⁹) et la capacité de tenir parole (*fides*³⁰). L'intérêt porté au champ lexical des émotions et des vertus utilisé par les juristes permet de l'isoler des autres législations augustéennes (*lex de maritandis ordinibus* et *lex Papia Poppaea*). Les incitations au mariage et la limitation du choix du partenaire contenues dans ces lois renforcent la hiérarchie sociale de Rome³¹. En revanche, la législation sur l'adultère se concentre sur la faute et sa sanction. La qualification d'adultère ou de *stuprum* dépend uniquement du fait que la femme soit libre et ne soit pas considérée comme sexuellement disponible (CJ. 9. 9. 28). Il en ressort une représentation de la féminité qui transcende les rangs sociaux³². Cet idéal de féminité est aussi décrit comme atemporel dans la mesure où Auguste prétend restaurer d'anciennes vertus pour assurer le futur de Rome. Toutefois, la législation contraint également les hommes qui étaient chargés de la répression de l'adultère sous la République. Ces derniers gardent leur autorité mais sous le contrôle de la cité : la clémence et la conciliation ne sont pas permises. La loi s'assure que les hommes romains fassent preuve de *severitas*, qualité du bon citoyen³³. Tous les hommes doivent s'assurer de la moralité de leur épouse mais sont aussi habilités à combler les fautes des maris et des pères laxistes. Ainsi, la loi transmet, en plus d'une image de la féminité domestique, une représentation idéalisée du *paterfamilias* qui sait montrer son autorité quel que soit son rang³⁴. Une analyse de la loi selon les modèles de féminité et de masculinité imposés à la population romaine permet de dépasser l'image de rupture associée à l'intervention impériale dans la sphère domestique. Il ne s'agit pas uniquement d'agrandir le champ d'autorité du prince, de définir le peuple romain à la fin d'une crise politique et de légitimer une politique de conquête. La loi distingue clairement ce que signifie être romain pour une femme et en quoi cela diffère d'un homme. Elle fixe des représentations qui englobent l'ensemble du corps civique. Si la moralité sexuelle a toujours été demandée aux femmes, la faiblesse de leur jugement ou leurs mauvaises intentions ont toujours rendu nécessaire un certain contrôle de la part des hommes de leur entourage. De plus, les événements à l'origine de grands changements politiques sont, dans la culture romaine, liés aux relations sexuelles illégitimes de citoyennes. Ces conduites montrent la dégradation de la société et appellent un renouveau. Le lien important entre la pureté féminine et le bon gouvernement implique de s'intéresser aux hommes censés contrôler les mœurs féminines³⁵. Le comportement vertueux masculin cesse d'être un choix individuel du citoyen romain et devient une obligation.

Il convient d'analyser le texte et l'interprétation de la loi présente dans le Digeste et les constitutions selon deux axes suivant la représentation des hommes et des femmes³⁶. Ainsi, une lecture de la loi montre, dans un premier temps, que ce délit concerne

uniquement les femmes et que leur comportement sexuel conditionne leur valeur et leur place dans la société. Elles sont donc caractérisées par leur *pudicitia*. Dans un second temps, les changements apportés à la répression de l'adultère témoignent d'une volonté de limiter la puissance du *paterfamilias*, en obligeant les pères et maris à s'en remettre à la puissance publique. Cette action est forcée par la crainte qu'en cas d'immobilisme, la dénonciation par un tiers (*ius extranei*³⁷) n'expose leur passivité. L'obligation d'action des hommes face à l'adultère des femmes de leur famille permet de mettre en valeur leur *severitas*.

I. La *pudicitia* : valeur primordiale des femmes romaines

L'adultère est défini par la *lex Julia* comme une faute exclusivement féminine, ce qui fait que seule la femme a une obligation de fidélité dans le mariage. Les hommes ne sont poursuivis qu'en tant qu'amant d'une femme mariée. C'est le statut de la femme qui permet de qualifier le délit, le statut de l'homme est indifférent. La loi s'intéresse au comportement sexuel des femmes mariées mais également des fiancées ou des concubines, à toutes les femmes dans une union stable, exclusive et publique avec un homme. Ce large champ d'application permet de définir la plupart des femmes romaines adultes par leur comportement et leur moralité sexuels. Cela contraste fortement avec les hommes dont les infidélités n'entrent pas dans le champ de la loi, à moins qu'elles ne se produisent avec des femmes mariées³⁸. Les épouses romaines sont supposées avoir conscience de l'importance de leur morale sexuelle. Néanmoins, la violence peut excuser une relation extra-maritale.

A. Une conception étendue des femmes concernées par la loi

L'adultère et le *stuprum* sont des délits déterminés par le statut des femmes impliquées dans la mesure où seule leur commission par et avec des femmes s'insère dans le champ d'application de la loi. Si une femme romaine découvre les tromperies de son mari, il lui est impossible de lui faire un procès. Le comportement sexuel masculin est mentionné rarement par les auteurs classiques et encore moins par les juristes. Paul, au début du III^e siècle, estime qu'un homme marié ne doit pas entretenir de concubine mais ne décrit aucune action juridique pouvant bénéficier à l'épouse (*Sentences*. 2. 20. 1). Éventuellement, un accord préalable peut être trouvé par contrat. Ainsi, Papinien mentionne le cas d'une femme qui aurait inclus dans un contrat l'hypothèse où son mari reprendrait une concubine afin d'obtenir une indemnisation (D. 45. 1. 121. 1). La stipulation est jugée conforme aux bonnes mœurs donc effective. Cependant, les femmes romaines ne sont pas autorisées à accuser ou à mener un procès en leur nom (Ulpien. D. 50. 17. 2). Elles doivent donc compter sur leurs proches masculins pour faire valoir leurs droits. Ainsi, les épouses peuvent obtenir réparation uniquement si elles prévoient une obligation contractuelle et qu'un proche masculin accepte de défendre leur cause³⁹. Cela signifie bien *a contrario* que le mari n'a aucune obligation de fidélité, ou *a minima*, aucune sanction en cas d'infidélité. L'impossibilité pour une épouse de poursuivre pénalement son mari adultère est rappelée par les empereurs Septime Sévère et Caracalla à la fin du II^e siècle (CJ. 9. 9. 1). Enfin, l'infidélité masculine semble plus intéresser les moralistes et les poètes que les juristes⁴⁰. L'infidélité masculine est

prise en compte par les juristes uniquement si elle se produit avec une femme dont la *pudicitia* doit être protégée.

La *lex Julia* n'implique pas les hommes mais elle ne concerne pas toutes les femmes indistinctement non plus. Le but de la loi est de contrôler la vie sexuelle des femmes libres ainsi que de protéger l'institution du mariage. Elle ne concerne pas les esclaves dont les relations sont couvertes par la *lex Aquilia* et il revient à leur propriétaire de défendre son droit sur ses esclaves et l'intégrité de sa propriété (Papinien. D. 48. 5. 6)⁴¹. Par ailleurs, il est des femmes qui, bien que libres, sont présentées comme mises à la disposition sexuelle des hommes : les prostituées et les filles d'auberge (CJ. 9. 9. 29).

La loi utilise principalement le terme de « *materfamilias* » (mère de famille) alors que la jurisprudence n'hésite pas à utiliser celui de « *matrona* » (femme mariée). La définition de *materfamilias* a pu varier⁴² et la jurisprudence a précisé ce terme⁴³. Ulpien indique qu'il est possible pour un mari d'accuser sa femme que les deux soient unis par un mariage au nom du *ius civile* ou du *ius gentium* (D. 48. 5. 14 (13). 1). Le lien marital avec un homme détermine donc la responsabilité de la femme. Ainsi, même une prostituée⁴⁴ entre dans le champ d'application de la loi à partir du moment où elle se marie. Il est considéré qu'en faisant cela, elle renonce à sa profession et peut donc être soumise à une accusation d'adultère bien que les relations sexuelles avec elle redeviennent licites dès qu'elle est veuve (Ulpien. D. 48. 5. 14 (13). 2)⁴⁵. Par ailleurs, le dédoublement de l'accusation entre un droit du mari et du père (accusation *iure mariti vel patris* bénéficiant de privilèges de procédure) et celui du tiers (accusation *iure extranei*) élargit grandement le champ d'application de la loi. Ainsi, même les unions qui seraient contraire aux autres lois augustéennes (les *lex de maritandis ordinibus* et la *lex Papia Poppaea*) peuvent entraîner une accusation en cas d'infidélité, le but de la loi devient de protéger toute forme d'union stable.

Les relations prémaritales sont également prises en compte. Les mariages romains sont possibles si les époux ont la capacité de se marier (*conubium*), l'âge légal pour le faire et aucun lien de parenté. Si les conditions sont réunies, le consentement des époux – ou des pères de familles s'ils sont *alieni iuris* – est nécessaire⁴⁶. Ce mariage est généralement précédé d'un échange de promesses qui emporte des conséquences juridiques. Par exemple, il crée une interdiction de mariage entre les différents membres des deux familles. Il permet également au fiancé d'agir en cas d'infidélité de sa fiancée. L'accuser de *stuprum* ne permettrait pas de mettre en évidence la relation privilégiée qu'il entretient avec elle. Ainsi, une constitution de Septime Sévère et de Caracalla a autorisé le fiancé trompé à accuser sa fiancée d'adultère considérant qu'une promesse de mariage ne doit pas être vue comme moins importante qu'une véritable union⁴⁷. Cependant, le fiancé éconduit dont la promesse a été mariée à un autre homme selon les vœux de son père ne peut agir, il est soumis à la volonté d'un *paterfamilias* qui a la maîtrise de la vie maritale de sa fille. Finalement, le concubinage a été aussi intégré au spectre de la loi par la jurisprudence : Ulpien estime qu'il est possible pour le partenaire dans une union stable d'accuser sa concubine *iure extranei* et non en qualité de mari (D. 48. 5. 14 (13)). Au II^e siècle, les régimes des infidélités s'alignent progressivement qu'il s'agisse d'une union matrimoniale ou d'un concubinat. Les règles privilégiées⁴⁸ qui bénéficiaient uniquement au père ou au mari qui accusent *iure mariti vel patris* profitent désormais au père et au mari ou concubin qui accuseraient *iure extranei*⁴⁹.

Malgré cette vision extensive des relations permettant de caractériser un adultère, la définition du crime reste hétéronormée. S'il est naturel que les relations entre hommes ne soient pas mentionnées dans la mesure où l'adultère masculin n'intéresse pas cette loi⁵⁰, les relations entre femmes sont également ignorées⁵¹. L'adultère est présenté comme un moyen pour les hommes d'obtenir des informations sur leurs ennemis par l'intermédiaire de leur femme⁵², cette répression est ainsi motivée par la stabilité politique.

La conception large de l'adultère – des potentielles coupables et des relations à protéger – permet de comprendre l'ampleur de la *pudicitia* dans le monde romain. En incluant même les entremetteuses (Papinien. D. 48. 5. 11 (10). 2) ou les gérantes d'auberges comme coupables potentielles, la loi dépasse les classes sociales pour faire de la *pudicitia* la qualité morale première des femmes romaines. En faisant cela, la loi s'inscrit dans la continuité d'un élargissement de la notion depuis le III^e siècle av. J.-C. À Rome, la vertu sexuelle n'est pas quelque chose d'intime (et donc se distingue de la chasteté ou de la pudeur), elle doit être montrée et représentée⁵³. Elle s'incarne dans la déesse *Pudicitia* à laquelle un culte est rendu par les femmes patriciennes⁵⁴. Cependant, en 296 av. J.-C., Virginia, une patricienne ayant épousé un édile plébéien, a été exclue des rites du fait de son mariage. Elle a donc choisi de créer un autel à la gloire de la *Pudicitia* plébéienne (Tite-Live, *Histoire romaine*, 10. 23) et permet à n'importe quelle femme n'ayant été mariée qu'une fois de l'honorer. Virginia crée un culte concurrent et intime aux plébéiennes d'y montrer plus de ferveur que les patriciennes. Ainsi, les femmes se distinguent par leur moralité sexuelle alors que les hommes sont reconnus pour leur courage. Cette concurrence intègre les femmes aux conflits entre les ordres qui ont secoué la République⁵⁵. L'ouverture du culte a précédé de peu son abandon mais l'action de Virginia a donc trouvé un écho dans la loi augustéenne.

B. Un adultère féminin presque inexcusable

Ainsi, la loi présente la *pudicitia* comme la qualité principale des femmes⁵⁶. Lors d'un adultère, cette qualité est entachée ce qui est impardonnable. Les cas permettant d'excuser le comportement féminin sont extrêmement rares. Ainsi, avoir un mari infidèle ou ayant des mœurs dissolues ne peut justifier l'adultère de sa femme mais la publicité de ses actes peut éventuellement mener à une action contre ce dernier (Ulpien. D. 48. 5. 14 (13). 5)⁵⁷. Si la moralité sexuelle n'est pas une qualité exclusivement féminine, elle ne semble pas relever des critères déterminants de la virilité romaine⁵⁸. Néanmoins, le mari trompé qui n'aurait pas établi un exemple de moralité pour sa femme peut se voir reprocher de l'avoir encouragée.

Les possibilités d'aménager la répression d'un délit sexuel sont prévues par le droit romain dans le cas de l'inceste⁵⁹. Celui-ci est l'autre crime sexuel majeur à Rome⁶⁰. Il est vu comme une violation de l'ordre universel et est prohibé tant dans la famille biologique que chez les alliés. L'inceste n'est pas compris spécifiquement dans le texte de la loi. Il n'est possible de réprimer un inceste au nom de cette loi que si celui-ci constitue un adultère. Le régime juridique est, dans ce cas, un entre-deux. Il s'assimile à celui de l'adultère car il est possible de torturer les esclaves afin d'obtenir leur témoignage contre leur propriétaire. Cependant, la prescription de cinq ans qui s'applique à l'ensemble des actes réprimés par la loi ne comprend pas l'inceste. Le droit romain a créé des excuses pour la relation sexuelle incestueuse dans la mesure où celle-

ci se réalise au sein d'un mariage illégitime, contracté par erreur (Papinien. D. 48. 5. 39 (38). 1-10). La double conception de la prohibition permet cette justification. Chez les Romains, l'inceste peut être interdit au nom du *ius civilis* mais l'intégration de peuples aux mœurs différentes a obligé les juristes à repenser un noyau de prohibitions plus restreint au nom du droit des gens (*ius gentium*). L'*ignorantia iuris* permet d'excuser les unions illégitimes au nom du *ius civilis* mais légitimes au nom du *ius gentium*. De même, l'âge peut également être un motif pour excuser un inceste (Papinien. D. 48. 5. 39 (38). 7) : l'union est nulle mais aucune peine n'est encourue par la jeune fille. En revanche, il est spécifiquement exprimé que l'adultère commis après la puberté⁶¹ n'est excusable ni en raison de l'âge ni en raison d'une quelconque erreur de connaissance de la loi⁶². Cette comparaison avec l'inceste permet de faire ressortir une des caractéristiques principales de l'adultère : ce délit, pour être qualifié, doit être nécessairement intentionnel. Toutefois, une excuse matérielle peut être acceptée. Une femme qui aurait entendu que son mari absent est mort se remarie mais son premier époux (qu'elle présumait mort) réapparaît. Dans ce cas, il lui est possible de ne pas être poursuivie pour adultère si son acte est de bonne foi, que des faux rapports lui ont permis de croire en la véracité de la mort et qu'un certain temps s'est écoulé sans qu'une relation sexuelle illégitime ne soit relevée. Cependant, si la fausse mort n'est qu'une excuse pour se remarier alors elle sera punie (Papinien. D. 48. 5. 12 (11). 12).

Ce caractère intentionnel de l'adultère a obligé les juristes à se saisir du cas des relations non-consenties. En cas de violences sexuelles, à savoir l'usage de la contrainte d'un homme sur une femme, l'intention de la femme n'est pas caractérisée et l'adultère n'est pas qualifié. En tant qu'atteinte à une femme en particulier, une *actio* pour *iniuria* peut être invoquée⁶³. Cette catégorie qui recouvre initialement les agressions physiques s'est progressivement élargie aux insultes, aux propos diffamatoires et à l'atteinte à la pudeur (Paul. D. 47. 10. 10⁶⁴). Dans ce cas, l'atteinte à la pudeur peut être comprise comme toute forme de harcèlement sexuel ou de proposition inconvenante. La femme victime peut alors agir en son nom à condition d'être *sui iuris* (Macer. D. 48. 2. 11)⁶⁵. La violence utilisée permet aussi d'incriminer la personne responsable selon la *lex Julia de vi*. Le délit (*stuprum per vim*) entraîne de même une action de la femme en son nom et éventuellement un recours exercé par père ou son mari. De plus, Dioclétien et Maximien ont ouvert la répression au père d'un jeune homme dont la fiancée aurait été violée⁶⁶. L'implication des pères est logique du fait de la place des mariages comme vecteur d'alliances entre les familles. De même, sous l'Empire, le crime de *raptus* soit le viol d'une femme dans l'intention d'obtenir un mariage nuit tant à l'autorité du *paterfamilias* qu'une action publique est créée (Marcien. D. 48. 6. 5. 2). Le crime de mariage par enlèvement est autonomisé au cours du IV^e siècle et une loi de 374 punit toutes les personnes impliquées même la victime non consentante⁶⁷. Le droit a également envisagé la question de la femme retenue captive par des ennemis. Comme l'a fait remarquer Hans Ankum⁶⁸, le mariage romain est supposé dissous par la captivité d'un époux et un remariage est nécessaire après la libération. La question qui se pose est de savoir si une femme libérée qui reprendrait son mariage avec son époux au terme de sa captivité pourrait être accusée d'adultère avec le droit du mari s'il s'avérait que des relations sexuelles avaient eu lieu. Dans ce cas, selon Ulpien, l'accusation n'est pas fondée s'il est possible de prouver que la relation sexuelle a eu lieu sous la contrainte (D. 48. 5. 14 (13). 7).

Cette nécessité répétée par les juristes d'une intention pour qualifier le crime d'adultère nous permet d'analyser la qualité morale que représente la *pudicitia*. Cette

dernière semble composée pour les femmes de l'absence de relation sexuelle avec une personne autre que leur mari et de la publicité de leur moralité. Ainsi, le *stuprum per vim*, l'adultère ou encore le *raptus* sont jugés dans des procès publics et permettent d'afficher la moralité ou l'immoralité de certaines femmes. L'absence de qualification dans le cas de violences et de contrainte est indispensable afin de préserver leur *pudicitia* malgré la publicité du procès. Cependant, Paul donne une définition de l'atteinte à la pudeur (*adtemptata pudicitia*) qui complexifie l'analyse de la notion : l'atteinte à la pudeur consisterait à rendre une personne vertueuse dévergondée (D. 47. 10. 10). S'il est possible pour un tiers de diminuer la *pudicitia* d'une personne, l'intention nécessaire pour la qualification semble moins importante. La *pudicitia* paraît se situer dans un entre-deux, menacée que ce soit par une faute voulue ou une violence subie. Cela nous renvoie à la question de la dichotomie entre l'esprit et le corps. Les sociétés antiques ont longtemps retenu une conception de la *pudicitia* comme inscrite dans le corps de la femme, pouvant être atteinte par l'acte physique d'un tiers. Par exemple, dans l'Athènes classique, le même terme *μοιχεία* (*moicheia*) s'applique pour les relations avec un amant ou un violeur⁶⁹. Le consentement de la femme ou son refus de la relation ne fait aucune différence, sa vertu est salie. De même, le passé semi-mythologique romain a présenté une *pudicitia* complexe, ne permettant pas à la femme violentée de se réintégrer à la société. Ainsi, en 509 av. J.-C., la République naît à la suite du viol de Lucrèce, matrone respectable, par Sextus Tarquin (Tite-Live, *Histoire romaine*, 1. 58-59). Ce dernier s'introduit dans la maison de Lucrèce alors que son mari est absent. Après l'avoir menacée de mort pour qu'elle cède, Sextus change de tactique. Il lui dit que si elle se refuse à lui, il la tuerait et placerait à côté de son cadavre un esclave pour que Rome puisse croire qu'elle avait été tuée alors qu'elle commettait un adultère, avec une personne de rang inférieur de surcroît. Devant cette menace de déshonneur, elle cède et, peu après, se suicide. Il s'agit d'une époque où l'adultère n'était pas encore saisi par une loi publique qui empêche la qualification dans les cas de menace et de contrainte. Le suicide pourrait être expliqué si l'on considère que la *pudicitia* a été atteinte par la relation sexuelle extra-conjugale, même forcée. La *pudicitia* serait alors une qualité objective (le corps a subi une altération physique par la relation sexuelle) et la subjectivité (le refus de la relation) n'a aucune importance⁷⁰. Cependant, le récit livien permet de mettre en lumière qu'une autre conception de la morale sexuelle est envisageable. Lorsque son mari rentre, Lucrèce lui fait part de ce qui est arrivé. Il tente de la rassurer en lui exprimant que la faute est commise par l'esprit et que l'absence d'intention adultère de sa part ne lui permet pas d'être coupable. Pourtant, le suicide qu'elle choisit est à la fois une reconnaissance de la corruption de son corps mais aussi une preuve de l'innocence de son esprit⁷¹. Le devoir d'une femme de son rang est de protéger sa *pudicitia* jusqu'à la mort : elle a cédé à son agresseur pour éviter d'apparaître coupable d'un adultère consenti avec un esclave, son suicide montre qu'elle était prête à tout pour protéger son honneur⁷². Son suicide peut également être lié à une reconnaissance du caractère corporel de la *pudicitia* auquel elle soumet l'ensemble des femmes romaines⁷³. Cette conception de la *pudicitia* est soutenue par l'exemple de Verginia. En 449 av. J.-C., le *decemvir* Appius Claudius cherche à obtenir les faveurs d'une jeune plébéienne déjà fiancée par son père, Lucius Verginius, à un homme vertueux. En s'apercevant que sa fille ne peut échapper à la volonté d'un homme de rang supérieur, Verginius la tue, affirmant que c'est le seul moyen (pour lui) de revendiquer sa liberté (à elle) (Tite-Live, *Histoire romaine*, 3. 44-48). Ce second récit permet de mettre en lumière l'affirmation d'une conception de la *pudicitia* comme

inscrite dans la chair mais elle est sous-jacente à la défense du pouvoir paternel sur le corps de sa fille. Finalement, les ambivalences historiques sont tranchées par la *lex Julia* qui accepte la contrainte comme une excuse à l'atteinte au corps féminin.

La nécessité de l'intention adultère pour la qualification du délit permet de justifier sa répression sévère. Ainsi, les amants condamnés sont punis d'une relégation dans des îles distinctes⁷⁴. Les peines sont également pécuniaires : la femme perd un tiers de sa fortune et la moitié de sa dot. La moitié de la propriété de l'amant est saisie (Paul. *Sentences*. 2. 26. 14). La sanction ne s'arrête toutefois pas là dans le cas de la femme⁷⁵. Ulpian précise que la femme condamnée pour adultère est privée de la capacité de témoigner et frappée d'infamie (D. 23. 2. 43. 12) sans mentionner ce type de sanction pour l'amant. Par ailleurs, l'exclusion entraînée par l'infamie est accentuée par la privation du *conubium*, la capacité de se marier avec un citoyen. Elle rejoint les femmes avec qui le concubinage est légal mais pas le mariage. La loi interdit spécifiquement le remariage avec une femme condamnée mais ne prononce rien en ce sens concernant l'amant⁷⁶.

La loi organise une stigmatisation spécifique des femmes adultères en s'attachant à leurs vêtements. Les matrones sont supposées porter la *stola* et non la *toge*, réservée aux hommes et dévoilant plus le corps. Selon Tertullien, la *stola* indique la pudeur des femmes la portant (Tertullien, *Du manteau*, 4). La *toge* portée par une femme est le signe qu'elle est une prostituée et qu'un comportement à son égard, qui serait répréhensible envers une femme mariée (comme une *adtemptata pudicitia*), est licite. Les femmes condamnées pour adultère ont l'obligation de porter la *toge*⁷⁷, témoignant du fait qu'elles sont à la disposition sexuelle des hommes⁷⁸. Un autre marqueur de disgrâce est l'interdiction de l'usage de la litière ou de recevoir un héritage (Suétone, *Vie de Domitien*, 8). La publicité de la sanction et la stigmatisation tend à relativiser la place de la *relegatio* qui est présentée par les juristes comme la sanction principale de l'adultère. Clément Bur⁷⁹ fait remarquer qu'il n'est pas logique que de telles mesures soient prises pour rendre publique la disgrâce de la femme adultère si la *relegatio* est une peine systématique. Selon lui, celle-ci est probablement réservée aux scandales et aux condamnations des femmes aristocrates, pour préserver la réputation de la famille, alors que les conséquences infamantes et les peines pécuniaires s'appliquent aux citoyennes qui ne font pas partie de l'élite. Finalement, la perte de la *pudicitia* de la femme coupable d'adultère implique son éloignement géographique et/ou sa stigmatisation sociale, ce qui confirme que la *pudicitia* est la qualité morale principale des femmes. En la perdant, elles ne sont alors plus dignes de remplir leur fonction sociale principale (la maternité et le mariage) et leur habit (la *toge*) marque leur transgression de genre et les désigne comme disponibles sexuellement.

L'analyse de la *lex* permet de comprendre l'importance que prend la *pudicitia* dans l'identité d'une femme. Cette qualité morale est la seule lui permettant de se distinguer. Ainsi, il n'est pas étonnant que les époux louent la chasteté de leurs femmes sur les inscriptions funéraires ou que celles-ci soient représentées dans une incarnation de la *Pudicitia* par une statue⁸⁰. La moralité sexuelle du mari est également prise en compte car il est estimé qu'il doit donner un bon exemple à sa femme. Cependant, la loi ne cherche pas à contrôler son comportement dans ce sens. La possibilité pour le juge de punir d'office le crime de *lenocinium* (d'agir comme un entremetteur) d'un mari qui accuserait sa femme d'adultère permet de lui donner un standard de comportement durant son mariage (Ulpian. D. 48. 5. 2. 6). Toutefois, la loi ne s'impose aux hommes

romains que lorsqu'ils sont confrontés à l'adultère féminin. Ils ne doivent pas se laisser emporter par la colère et le mari doit punir sa femme selon les termes de la loi. Cela tranche radicalement avec l'époque républicaine où la répression se faisait au sein du tribunal familial. Devant le manquement de l'épouse à l'idéal de féminité, il est attendu que l'homme romain assume son rôle d'autorité de la famille. Son comportement doit être exemplaire au risque qu'un tiers ne se charge d'exposer son incapacité à contrôler sa femme.

II. La *severitas* masculine : une valeur obligatoire dans la répression de l'adultère

La répression se divise naturellement en deux : contre la femme mais également contre son complice. Il convient de punir l'infidélité mais la stabilité de l'institution matrimoniale implique de se défendre en premier lieu contre la personne qui a interféré dans le mariage d'autrui : l'amant. En comparaison, l'attitude de la femme n'est pas uniquement une atteinte au lien qui l'oblige mais également à son identité de femme respectable et à son image sociale. Il est indispensable pour le droit de punir ce rejet des valeurs fondamentales de la société. Le mari et le père de l'épouse doivent donc s'assurer qu'elle est bien sanctionnée pour son attitude.

A. La défense du mariage : la répression de l'amant

Historiquement, la répression de l'adultère est privée, au sein de la juridiction domestique. Elle se caractérise par la reconnaissance d'un *ius occidendi*⁸¹ du père et du mari. La capacité répressive du mari trouve son origine dans une loi royale attribuée à Romulus (Denys d'Halicarnasse. *Antiquité romaines*. 2. 25⁸²) alors que celle du père, relève du *mos maiorum*⁸³. Sous la République, il est possible de tuer la femme et son amant, surpris en flagrant délit. La femme peut également être jugée au sein du tribunal domestique, par un conseil de proches parents⁸⁴. La loi vient préciser et limiter cette capacité répressive de la famille. Elle divise la répression en deux volets exclusifs l'un de l'autre que nous allons étudier successivement : le *ius occidendi* du mari et du père et la répression publique. Ces deux types de répression ont toutefois pour point commun de limiter l'importance de la responsabilité féminine dans l'acte d'adultère. Le véritable responsable apparaît comme l'amant bien que cela n'entraîne pas une attitude clémente à l'égard de l'épouse.

Le droit de tuer du mari est réduit considérablement car la possibilité de mettre à mort la femme adultère est supprimée. Par contre, le mari peut mettre à mort l'amant s'il le surprend en flagrant délit, dans le domicile conjugal et s'il est d'un statut inférieur soit un entremetteur, un acteur, un esclave, un affranchi, une personne condamnée dans un procès pénal ou frappée d'infamie (Macer. D. 48. 5. 25 (24)). Le droit de tuer du père est maintenu. Il peut tuer le couple s'il le découvre en flagrant délit, dans sa maison ou dans celle de son gendre. Toutefois, le père qui décide d'utiliser son *ius occidendi* a l'obligation de tuer les deux amants⁸⁵. Cette condition est un moyen pour décourager l'usage du *ius occidendi* (Papinien. D. 48. 23 (22). 4). Une des justifications d'un *ius occidendi* exclusif du père et non du mari relève de la gestion des émotions. Le père serait davantage apte à la raison que le mari qui pourrait être dépassé par ses émotions et soumis à sa forte impétuosité (« *calor et impetus* » : Papinien. D. 48. 5. 23 (22). 4). Sa

fureur en découvrant sa femme et un amant est décrite comme juste mais elle doit se limiter à la mise à mort de l'amant. Il est également possible de lire dans le *ius occidendi* exclusif du père sur sa fille une constatation du lien particulier qu'entretient la fille mariée avec son père sous l'Empire. Le mariage est décidé par le *paterfamilias* de chacun des époux en leur nom et prend la forme d'une reconnaissance d'un état de fait (l'union d'un homme et d'une femme) suite à un engagement. Entièrement consensuel, il n'existe que dans le laps de temps où les époux (ou les pères de familles s'ils sont *in potestas*) témoignent publiquement d'une intention d'être et de rester mariés⁸⁶. Comme institution sociale, le mariage est une alliance entre des familles qui se reflète dans le droit (par des prohibitions d'union) et par des soutiens économiques et politiques. La fille de famille, par son mariage, permet cette association. La faiblesse de la population féminine invite les veuves et les divorcées à un remariage rapide. Un père qui ne trouve plus l'alliance recherchée dans un mariage peut tout à fait le dissoudre même si sa fille s'y oppose⁸⁷. L'adultère montre que la parole du père, son engagement à fournir une épouse respectable à un citoyen, ne peut tenir. Le crime le prive de son apparente bonne foi pour une prochaine union qu'il souhaiterait contracter au nom de ses filles. Ainsi, la *fides*, pouvant être traduite par fidélité, est une des vertus principales du citoyen romain et la base de la plupart des relations sociales. Elle entraîne des devoirs tant dans les relations juridiques, dans l'exécution de contrats consensuels que dans les relations amicales⁸⁸. Cette explication est renforcée par les interprétations de Papinien et d'Ulpien (D. 48. 5. 21 (20) / 48. 5. 22 (21)) que seul un *paterfamilias* peut tuer la femme infidèle⁸⁹. Par ailleurs, le pouvoir répressif privilégié du père est un reflet du statut de la femme mariée au début de l'Empire. La forte diminution du mariage par *coemptio* implique que les femmes mariées restent soumises à la puissance paternelle et aux alliances souhaitées par les hommes de leur famille⁹⁰. Norbert Elias avait vu un sentiment d'identité des femmes qui les associeraient toute leur vie à leur famille d'origine. Selon lui, même si un lien affectif pouvait unir les époux, les femmes sénatoriales s'identifiait principalement à leur famille d'origine dans la mesure où un mariage pouvait prendre fin⁹¹.

Le *ius occidendi* marital n'est pas basé sur une perte d'alliance réelle ou potentielle mais sur les sentiments et l'insulte ressentis. La femme devient ainsi l'instrument passif d'une insulte d'un homme envers un autre homme. La fureur légitime, virile, du mari doit alors s'exercer contre l'amant. Néanmoins, la loi entend préserver l'ordre social. Aussi, le mari n'a techniquement le droit de tuer l'amant que s'il est d'une condition inférieure et pris sur le fait⁹². D'un point-de-vue pragmatique, cela peut décourager le mari qui n'est guère susceptible de prendre le temps de vérifier l'identité du coupable avant de le mettre à mort. Toutefois, il lui est interdit, quelle que soit la situation, de tuer sa femme. Cette insistance sur la responsabilité de l'amant est un moyen d'invisibiliser la femme dans la confrontation virile⁹³. Il ne peut s'en prendre qu'à quelqu'un qui serait venu troubler le mariage. La punition de la femme doit passer par une accusation publique et un procès devant une *quaestio* (ou devant le Sénat pour les femmes aristocrates). La loi décrit un idéal féminin sans que son individualité (son âge, son erreur autre que celle relative à la mort du mari) ne puisse excuser sa conduite. En comparaison, le champ lexical de la douleur et de la colère est associé à la réaction du mari. Cela rejoint un discours né à l'époque impérial sur la colère comme un outil de persuasion politique entre les mains du prince⁹⁴. Plus généralement, la colère devient le centre d'un discours sur la portée pragmatique des émotions. La colère doit être montrée et jouée pour atteindre un but et assurer une autorité ou une légitimité. Ainsi,

le vocabulaire de la colère est associé au mari dans les dispositions sur le *ius occidendi* dans un but précis. S'il est présenté ressentir une juste fureur, il est justement mis en lumière le fait qu'il n'exerce pas cette colère⁹⁵. Toutefois, la colère présentée comme immense par les juristes s'exerce plus tard, quand les règles procédurales de droit commun sont mises de côté, dans l'accusation publique, en raison de la gravité de l'offense.

La loi fait de l'adultère un délit public qui doit être jugé devant une *quaestio*. L'accusation se divise en deux temps : elle est d'abord réservée au père de la femme et au mari pendant soixante jours. Ensuite, n'importe quel homme de plus de vingt-cinq ans peut accuser la femme selon le droit de l'étranger (*iure extranei*) pendant quatre mois. L'action est prescrite six mois après le divorce ou cinq ans après la relation adultère. Le vocabulaire des émotions est de nouveau utilisé par Ulpien qui estime que le droit d'accusation doit revenir en priorité au mari par rapport au père car son accusation est justifiée par une colère plus intime et une peine plus grande (D. 48. 5. 2. 8). Par ailleurs, la colère du mari lui permet de bénéficier d'aménagements par rapport aux règles normales de procédure. La loi établit spécifiquement que les mineurs de vingt-cinq ans ne sont pas admis à l'accusation. Cependant, s'il s'agit de défendre son propre mariage, un mari trompé peut se justifier par la passion et la négligence de la jeunesse pour réparer l'insulte et accuser du droit de l'étranger. Son action ne sera pas automatiquement considérée comme une fausse accusation bien qu'en temps normal, il ne devrait pas être autorisé à accuser (Ulpien, D. 48. 5. 16 (15). 6). Cette douleur du mari permet d'ouvrir largement l'accusation : le mineur de vingt-cinq ans, le mari infâme, le mari affranchi ne disposant pas de 30 000 sesterces ou n'ayant pas de fils (Papinien, Coll. 4. 5. 1), l'affranchi contre son patron et le fils *alieni iuris* sans l'approbation de son père ou contre son avis, selon un rescrit d'Hadrien (Papinien, D. 48. 5. 38 (37) / 48. 5. 6. 2)⁹⁶.

L'accusation est ouverte contre l'amant et la femme mais de manière différée. Il est interdit d'accuser les deux ensemble. Il est possible de considérer que l'accusation conjointe n'est pas permise afin d'éviter que les juges puissent être attendris par l'image du couple⁹⁷. Le mari découvrant l'adultère doit d'abord divorcer et ensuite procéder à l'accusation d'un des amants⁹⁸. Cependant, il ne peut pas commencer par sa femme si elle a eu le temps de se remarier entre temps. On retrouve ici la finalité de la loi : protéger l'institution du mariage et, en l'espèce, le nouveau mariage. Il est exprimé clairement que la loi ne protège que la femme mariée pendant le temps de son mariage (Ulpien, D. 48. 5. 20 (19). 3). Dans ce cas, il est nécessaire de commencer par l'accusation de l'amant⁹⁹. La possibilité que la femme épouse l'amant avec qui elle a commis l'adultère est envisagée (Dion Cassius, *Histoire romaine*, 54. 16). Il est nécessaire de notifier l'intention d'accuser à la femme ou au juge avant le second mariage, probablement conjointement avec le divorce (Papinien, D. 48. 5. 40 (39). 3). Il peut arriver que la condamnation d'un homme pour un adultère ne soit pas suivie de la condamnation de la femme même si le délit est avéré. Papinien rapporte le cas de Maevius, condamné pour adultère avec Sempronia qu'il a plus tard épousée. Il est précisé par Papinien que la femme n'est pas condamnée sans qu'une explication soit donnée. Cependant, le juriste déclare qu'un tel mariage est nul (D. 34. 9. 13) et donc, l'accusation est possible. Une femme accusée ne peut pas se marier tant que l'action n'est pas finie (Ulpien, D. 48. 5. 17 (16)). Le fait de commencer par l'accusation de l'amant si la femme est remariée permet, s'il est acquitté, d'éviter une action qui mettrait en cause la *pudicitia* d'une épouse (Ulpien, D. 48. 5. 27 (26)). Cependant, s'il est

condamné, la femme doit être l'objet d'une accusation propre afin de défendre sa cause. Si son amant meurt avant que l'accusation ne commence ou avant sa condamnation, la femme peut être accusée sans obstacle. De même, l'amant peut être accusé pendant les cinq ans suivant l'adultère si la femme est morte (Ulpien. D. 48. 5. 18 (17). 6 / Macer. D. 48. 5. 19 (18) / Ulpien. D. 48. 5. 20 (19). 1-3 / Papinien. D. 48. 5. 12 (11). 4). Il ressort de ces dispositions une autonomie de la faute entre les amants. Si l'acquiescement de l'amant n'immunise la femme que si celle-ci est mariée, il est permis d'y voir plus qu'une simple protection de l'institution du mariage. La loi ne punit que les actes d'adultères qui se traduisent par une relation sexuelle entre un homme et une femme. Seul un tel acte permet d'incriminer une femme mariée. Cependant, un homme peut être coupable envers une femme mariée d'atteinte à la pudeur (*adtemptata pudicitia*) et puni suivant une action pour *iniuria*. La liste des actions permettant de qualifier le délit n'est pas décrite par un texte de loi mais il inclut le fait de s'adresser, de suivre ou d'isoler une femme à des fins sexuelles¹⁰⁰. Il s'agit de réprimer un désir illégal envers une femme mariée ou mariable, peu importe l'attitude ou les encouragements qu'elle aurait pu prodiguer tant que cela ne s'est pas concrétisé. Ce qui ressort de la loi, en creux, est que la femme mariée peut avoir eu un comportement inconvenant ou complaisant envers un autre homme que son mari, il ne sera pas problématique tant qu'il n'est pas rencontré par un désir masculin. L'intention féminine n'est vue que comme un accessoire au désir masculin. Il est donc primordial de punir les hommes qui peuvent troubler le mariage d'autrui. Cependant, la femme mariée, si son comportement n'a pas entraîné d'acte sexuel, n'est pas vue comme pouvant troubler son nouveau mariage. Ainsi, pour que la *pudicitia* d'une femme soit mise en cause, il faut une intention mais également, un élément matériel (la relation sexuelle). Si la femme a eu l'intention de tromper son mari mais que l'intention n'a pas pu être concrétisée, cela ne sera pas regardé comme suffisamment important. C'est bien l'acte sexuel avéré qui oblige une réaction, le flagrant délit qui emporte la nécessité d'un divorce et d'une peine. Des actes sexuels suspectés ou sus mais sans preuve ni témoin ne forcent pas la main du mari. Ulpien estime donc que si le mari supporte l'adultère de son épouse non pour en tirer profit mais du fait de sa négligence, sa faute, sa crédulité ou sa tolérance, son comportement ne figure pas dans ceux régis par la loi (D. 48. 5. 30 (29). 4). Le peu d'importance accordé au désir féminin dans la conception des relations sexuelles est reflété par la formulation linguistique du délit. Treggiari relève que le verbe *adulterare* est antérieur aux noms désignant le délit (*adulterum*) et les personnes le commettant (*adulter/adultera*). L'adultère représente une action commise sur (ou contre) une autre personne et plus généralement, une femme mariée¹⁰¹. Les comportements inconvenants de la femme sont donc d'une moindre importance s'ils ne rencontrent pas de réciprocité de la part d'un homme. La femme mariée n'est pas poursuivie et son nouveau mari doit s'assurer de sa moralité¹⁰². L'institution de mariage, protégée par la répression de l'adultère, est aussi gardée du trouble mineur que pourrait être le comportement inconvenant d'une femme qui ne mérite pas d'intervention de la puissance publique.

La question de la possibilité d'une condamnation pour fausse accusation (*calumnia*) du mari ou du père dont la plainte n'aurait pas abouti renforce la stabilité de la nouvelle union. La peine pour fausse accusation est prononcée lorsqu'une action n'aboutit pas et qu'il peut être prouvé qu'elle a été intentée sur un faux grief (*calumniae causa*). Pour éviter ce genre de comportement, dès la loi de 123 av.J.-C. sur la concussion, l'accusateur est parfois contraint de s'engager par un serment. La calomnie se

caractérise par l'intention de nuire¹⁰³. Une personne condamnée pour calomnie est, depuis la *lex Remnia de calumiatoribus*, frappée d'infamie. Les sources ne donnent pas de réponse unanime sur la question de savoir si une personne ayant intenté une *accusatio iure mariti vel patris* sans pouvoir prouver la faute peut être accusée de calomnie. Paul expose qu'un père ne peut porter une accusation sans risque de calomnie (D. 48. 5. 31 (30)) mais se contredit en écrivant dans le *collatio legum* que « celui qui accuse en vertu du droit du mari ou du droit du père, peut être vaincu [dans son procès], sans encourir la peine de la calomnie (Coll. 4. 4. 1, trad. Y. Rivière) »¹⁰⁴. Cependant, la mention par Ulpian que le mari mineur de vingt-cinq ans n'est pas facilement condamnable pour fausse accusation (D. 48. 5. 16 (15). 6) permet de penser que la condamnation est possible¹⁰⁵. Cette éventualité, bien que sa fréquence semble faible à la lecture de ces fragments, renforce la stabilité du nouveau mariage et ne permet pas à l'ancien mari de ternir la réputation de la femme par simple jalousie. Ainsi, les juristes estiment qu'il ne faut pas attaquer l'image d'une épouse acceptée par son mari et ce dernier doit punir les inconduites de sa femme qui ne sont pas suffisamment graves pour rentrer dans le champ d'application de la loi.

Finalement, l'institution du mariage est protégée par l'interdiction de l'accusation d'une épouse si son amant est acquitté. Cependant, l'adultère, s'il n'est pas une simple suspicion, entraîne une obligation pour le mari de ne pas se contenter de se venger de l'injure par l'amant mais aussi de punir son épouse, affirmant sa position d'autorité au sein de la famille.

B. L'obligation de répression de l'épouse adultère

Si la femme apparaît comme passive et que la véritable injure est entre hommes, elle doit néanmoins être sanctionnée car, en rejetant sa *pudicitia*, elle a nié son rôle social¹⁰⁶. Pour s'assurer que la répression soit bien mise en œuvre par le mari, la loi prévoit des chefs d'accusation qui peuvent dépasser les deux responsables de l'adultère. Elle punit les comportements qualifiés de *lenocinium*¹⁰⁷ (le fait d'agir comme un entremetteur). Cette accusation sert initialement à réprimer le tiers ayant aidé à l'adultère (en fournissant un lieu pour le réaliser, par exemple : Papinien. D. 48. 5. 9 (8) / Ulpian. D. 48. 5. 10(9)). Les punitions s'étendent également envers celui qui aurait, en fournissant un moyen ou un conseil, permis que les amants échappent à leur peine. Ce type de délit vise plus particulièrement le mari et permet de s'assurer de son comportement face à un flagrant délit d'adultère. L'accusation touche logiquement un mari qui aurait tiré profit d'un adultère commis par sa femme. Scaevola apporte une nuance concernant le mari qui aurait encouragé l'adultère sans être honnête avec sa femme. Il mentionne le cas où un époux incite un homme à commettre un adultère avec sa femme dans le but de nuire à la réputation de cette dernière (D. 48. 5. 15 (14). 1). Dans ce cas, les deux époux sont condamnables pour adultère. Le *lenocinium* du mari peut être invoqué par l'amant pour tenter de diminuer sa responsabilité mais il n'excuse ni l'amant ni l'épouse (Ulpian. D. 48. 5. 2. 4-7). En outre, le mari dont la femme est surprise en flagrant délit est obligé de la poursuivre ; la loi mentionne la nécessité de se venger sur l'amant et d'exprimer une colère contenue à sa femme, ayant permis la violation du mariage (Ulpian. D. 48. 5. 2. 2 / D. 48. 5. 30 (29)). La loi précise que l'époux inactif doit être puni uniquement si sa femme est découverte en flagrant délit. Cette accusation permet de contourner la protection de la femme mariée : le seul moyen d'atteindre l'épouse est d'abord d'accuser son mari de *lenocinium*

(Ulpien. D. 48. 5. 27 (26)). Ainsi, il est interdit pour un homme découvrant que sa nouvelle femme a été, par le passé, condamnée pour adultère de rester marié¹⁰⁸. Il est également refusé à un homme découvrant que sa femme est condamnée pour adultère de la conserver comme épouse, il doit divorcer sur la base d'une faute de la femme (Papinien. D. 48. 5. 12 (11). 13)¹⁰⁹.

Bien que cette obligation soit mentionnée dans la loi dans le but de permettre l'accusation par le père de la femme ou par un tiers, il ne faut pas négliger l'image de l'époux romain idéal qui ressort de ces obligations. Ce dernier doit faire preuve de *severitas*, une qualité morale impliquant la gravité et le sérieux. Cette vertu l'oblige à reconnaître et à punir l'adultère de sa femme. L'attitude devant une faute permet de déterminer le caractère d'un individu : la clémence est tolérée quand elle ne mène pas au laxisme ; à l'inverse, une trop grande *severitas* qui dépasserait ce que les lois demandent ou si l'époux fait preuve d'un zèle inutile (par exemple, en torturant l'amant de sa femme avant de le mettre à mort) basculerait dans la cruauté. La *severitas*, en revanche, si elle peut entraîner un ressentiment de la personne la subissant, doit s'exprimer car elle est nécessaire¹¹⁰. Elle est généralement associée à un besoin supérieur, la nécessité de maintenir l'ordre¹¹¹. En analysant la colère dans le monde romain, Knight¹¹² remarque que celle-ci permet d'aboutir, selon les situations, soit à une attitude clémente¹¹³ soit à une répression ferme en accord avec la *severitas*. Elle relève quatre critères qui permettent de distinguer l'utilisation efficace de la colère :

- 1) La cause de la colère doit être clairement communiquée ;
- 2) La colère ne doit être déclenchée que par des atteintes que les sujets jugent suffisamment importantes et les conséquences de la colère ne doivent pas être plus graves que l'offense ;
- 3) Le dirigeant doit avoir le choix entre un comportement clément et la sévérité ;
- 4) Si sa position d'autorité est assurée, il doit faire un usage raisonné de la colère pour appuyer ses décisions¹¹⁴.

La fonction de la colère du mari a déjà été exposée : il s'agit de justifier les exceptions procédurales. Cette colère ne peut mener qu'à la sévérité du fait du risque d'accusation pour *lenocinium*. L'adultère est présenté comme un crime dont la gravité ne permet pas une attitude clémente. Auguste lui-même, au sein de sa *domus*, l'a marqué comme un crime digne de l'*ira Caesaris*¹¹⁵ contrairement aux autres crimes¹¹⁶. Le sérieux avec lequel est traité l'adultère s'illustre par les condamnations de sa fille, en l'an 2 av. J.-C. et sa petite-fille, en 8 ap. J.-C. La première condamnation coïncide avec l'attribution du titre de *pater patriae* par le Sénat à Auguste. En acceptant, le prince devient le père de la patrie qui veille sur l'ensemble du peuple romain tant dans le domaine public que pour imposer le respect des anciennes coutumes¹¹⁷. En empêchant toute complaisance envers une femme qui se serait faite surprendre dans un acte d'adultère, Auguste impose aux citoyens romains de suivre son exemple dans la gestion de sa *domus*.

La possibilité d'une attitude clémente envers un adultère est abordée dans un des discours de Dion Chrysostome, *L'Eubéenne ou le chasseur*. Dans celui-ci, l'orateur dénonce les vices qui peuvent secouer une cité et parmi eux, l'adultère. Cependant, c'est moins l'attitude des amants eux-mêmes qui est critiquée que celle des maris passifs. Les époux se montrent négligents, font semblant de ne pas savoir et traitent les amants de leurs femmes comme des amis ou des invités. Ils ne montrent aussi qu'une colère limitée envers les actions de leurs femmes (*Discours*, 7. 141-142). La clémence décrite par l'orateur ne bénéficie pas à l'épouse et à l'amant de la même manière. Dowling relève que la miséricorde et le pardon sont des vertus généralement affichées par les hommes

envers d'autres hommes¹¹⁸. Les maris témoignent de la colère aux femmes adultères mais ne les punissent pas. Ainsi, le laxisme dont font preuve les époux décrédibilise toute attitude clémente envers des adultères. En ne montrant pas ou peu de colère, les maris permettent au crime de perdurer¹¹⁹. Le message est clair : seul un comportement sévère et l'application rigoureuse des peines permettent de faire cesser ce crime.

Par ailleurs, la clémence apparaît dans la pensée romaine comme une faveur impliquant une réciprocité. La personne épargnée devra faire preuve de loyauté et honorer la miséricorde dont elle a bénéficié¹²⁰. Cependant, dans le cas des femmes d'adultère, cette possibilité ne leur est pas accordée. En commettant une infidélité une fois, la *pudicitia* définissant les matrones a disparu et elles ne peuvent la récupérer quel que soit leur comportement ou les regrets qu'elles pourraient manifester. La réciprocité attendue n'est pas possible de la part de la femme. Le mari ne doit donc pas choisir entre *clementia* et *severitas*, il est contraint de punir les inconduites sexuelles au sein de sa maison, ce qui lui permet de prouver sa vertu.

Enfin, la loi n'est ni simplement une restauration des mœurs des anciens ni une réforme profonde de l'institution du mariage. Auguste s'appuie sur des éléments existants : la peine de *relegatio ad insulam*¹²¹, le *ius occidendi* du père et du mari ou encore la possibilité de retenir l'amant surpris en flagrant délit¹²². Cependant, en créant une *quaestio perpetua* et en permettant une accusation publique, il n'entraîne pas simplement une prise en charge collective de la moralité. Les procès d'adultère permettent une mise en scène de la nouvelle régulation des mœurs. En s'intéressant au comportement du mari et en appliquant la loi au plus de personnes possible¹²³, Auguste cherche à solidifier des valeurs communes et à unifier son nouvel Empire. Si les vertus attendues des hommes et des femmes (*pudicitia*, *severitas*) ne sont pas nouvelles, leur imposition dans une loi modifie leur importance¹²⁴. Se conformer au *mos maiorum* n'est plus un choix individuel permettant de prouver la valeur d'un individu¹²⁵ mais une obligation légale. Tous les citoyens romains doivent se comporter selon un idéal de féminité ou de masculinité quelle que soit leur place dans la société. Par son champ d'application particulièrement large, Auguste cherche à faire du comportement sexuel féminin et de l'attitude masculine à son sujet, un critère de la romanité¹²⁶. Cette moralité dépasse les hiérarchies sociales et s'impose uniformément à la population. Toutefois, ce n'est pas en qualité d'amant que les hommes sont associés à l'adultère féminin, ils sont reconnus comme les principaux garants de l'ordre moral restauré par l'empereur. S'ils manquent à leur devoir, celui-ci est repris par un tiers qui met en valeur sa propre moralité.

Les développements et modifications de la loi n'ont pas remis en question l'idéal des comportements requis. Ainsi, une constitution de Constantin a supprimé l'accusation publique, ne la permettant plus qu'aux hommes de la famille (CTh. 9. 7. 2). Cependant, la possibilité d'accuser sur simple suspicion – alors qu'avant le flagrant délit était nécessaire – fragilise la protection de l'apparente *pudicitia* que pouvait apporter le mariage. De même, une *novelle* de Justinien (134. 10) permet au mari de pardonner à sa femme dans un délai de deux ans après l'avoir répudiée. Cependant, l'absence de pardon condamne les femmes à rester au cloître pour le reste de leur vie, ce qui est considérablement plus dur que ce que prévoyait la loi romaine¹²⁷. Enfin, malgré son inefficacité¹²⁸, la loi augustéenne contribue indéniablement à forger (et à fixer) l'identité romaine.

NOTES

1. J. Field, « The Purpose of the Lex Iulia et Papia Poppaea », *The Classical Journal*, 40, 1945, p. 398-416.
2. Il est vrai que la plupart des discours des moralistes romains se concentrent sur le comportement de l'aristocratie. C. Edwards, *The politics of immorality in ancient Rome*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 24-25.
3. R. Syme, *The Roman Revolution*, Oxford, The Clarendon Press, 1939, p. 443-445.
4. Les sources donnent surtout des exemples de l'aristocratie où la femme riche pourrait outrepasser l'autorité de son mari, dépendant de son argent (l'opinion de Caton le Censeur est rapportée par Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 17. 6). Juvénal, au 1^{er} siècle ap. J.-C., rapporte qu'une femme riche épousant un homme avare jouit d'autant de liberté qu'une veuve (Juvénal, *Satires*, 6. 133-160).
5. L'image de la décadence du régime est partagée par la plupart des auteurs tardo-républicains. Ainsi, il est accepté généralement que les régimes politiques portent en leur sein les défauts qui causent leur chute. Plus spécifiquement, la destruction de Carthage semble être le début du relâchement des mœurs. Selon Makinson, seul Denys d'Halicarnasse admet la possibilité d'une amélioration du régime grâce à l'action du législateur. M. Makinson, « La décadence romaine : un topos opératoire au 1^{er} siècle av. J.-C. ? », *Miroir des autres, reflet de soi : stéréotypes, politique et société dans le monde romain*, dir. C. Courrier et H. Ménard, Paris, Michel Houdiard, 2012, p. 96-103.
6. *Res Gestae Divi Augusti*, 8. 5 : Auguste estime avoir restauré les usages ancestraux romains qui étaient à l'abandon.
7. Horace, *Odes*, 4. 5, trad. F. Villeneuve (C.U.F). Aux yeux du poète, le comportement sexuel féminin semble être le cœur du problème. Pour d'autres exemples : Ovide, *Fastes*, 2. 139-144. A. Esmein, « Le délit d'adultère à Rome », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 2, 1878, p. 3.
8. C. Edwards, *op. cit.*, p. 36.
9. P. Brunt, *Italian Manpower 225 B.C.-A.D.14*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 137-138.
10. Dion Cassius, *Histoire romaine*, 56, 2 : Auguste déplore dans ce passage le faible nombre de personnes s'attendant à peupler la patrie et à remplir ses devoirs de citoyen.
11. En outre, les lois augustéennes sur le mariage se concentrent principalement sur l'aristocratie, elles n'ont sûrement pas vocation à régler le problème démographique.
12. K. Galinsky, « Augustus' Legislation on Morals and Marriage », *Philologus*, 125, 1981, p. 126-144.
13. *Ibidem*, p. 136: « right of the better and ethically superior ». Cicéron (*De la République*, 3. 29) exprime lui aussi une inquiétude du temps où les peuples ne se soumettraient plus à Rome par affection mais par terreur ce qui témoignerait de son immoralité.
14. Bettini relève une valeur d'exhortation à la mention du *mos maiorum* dans le discours politique et littéraire romain. La simple évocation des mœurs des anciens suffirait à modéliser le comportement attendu des citoyens qui s'y conformeraient, M. Bettini, *Le orecchie di Hermes : studi di antropologia e letteratura classica*, Turin, Einaudi, 2000, p. 79-86.
15. L'immoralité des dirigeants mettrait en danger la stabilité politique de Rome, C. Edwards, *op. cit.*, p. 43-47. Selon Henry et James, les dirigeants romains ne veulent des enfants que s'ils sont nés de femmes appartenant à la bonne catégorie : les femmes vertueuses, M. Henry, S. James, « Women, City, State : Theories, Ideologies, and Concepts in the Archaic and Classical Periods », A

Companion to Women in the Ancient World, dir. S. James et S. Dillon, Malden, Wiley-Blackwell, 2012, p. 94

16. Après soixante jours d'inaction du père ou du mari, un tiers au mariage peut se saisir de l'accusation d'adultère pendant quatre mois.

17. D. 48. 5. 6. 1 : Papinien précise que le texte de la loi ne différencie pas les deux crimes et que la jurisprudence a dû clarifier.

18. Pour réaliser cet article, nous avons étudié la version latine des textes. Toutefois, les diverses traductions nous ont permis de confronter les interprétations et d'utiliser des traductions consacrées. Les éditions utilisées sont les suivantes : *The Codex of Justinian: a new annotated translation with parallel Latin and Greek text*, dir. B. Frier, trad. F. Blume, Cambridge, Cambridge university press, 2016, 3 vol. ; *The Theodosian Code and novels and the Sirmondian constitutions*, dir. C. Pharr, Princeton, Princeton University Press, 1952, 643p ; *The Digest of Justinian*, dir. A. Watson, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1998 [1985], 4 vol. ; *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, trad. H. Hulot, Paris, Rondonneau, 1805, 7 vol. ; *Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien*, trad. D. Gaurier, Paris, La mémoire du droit, 2017, 3 vol.

19. La relation extra-conjugale fragilise la présomption de paternité du mari. Il est possible de relativiser cette centralité de la maternité dans l'étymologie. Papinien estime qu'il n'est pas possible à une veuve et mère d'un jeune enfant de retarder l'accusation d'adultère pour protéger le nourrisson. Selon lui, l'âge de l'enfant n'est pas une justification suffisante. Par ailleurs, il expose que l'accusation ne lui porte pas préjudice car il lui est possible d'être le fils du mari de sa mère même si cette dernière est coupable d'adultère (D. 48. 5. 12 (11). 9). L'adultère n'est donc pas considéré comme un motif absolu de remise en cause de la filiation.

20. Festus, *De Verborum Significatione*, « *adulter et adultera* » (W. Lindsay, *Sexti Pompei Festi De verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Leipzig, Teubner, 1913, p. 20) : « *adulter et adultera dicuntur, quod et ille ad alteram et haec ad alterum se conferunt.* » Le terme s'explique car il s'agit d'aller vers (*ad-*) un autre (*alter-*) homme, les amants sont étrangers l'un à l'autre. Sur l'origine du terme « *adulterium* » : S. Treggiari, *Roman marriage: « Iusti Coniuges » from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 263.

21. *Ibid.*, p. 263. Par ailleurs, Papinien mentionne l'adultère entre un amant et la mère de famille d'un autre homme (*aliena materfamilias*) (D. 48. 5. 9 (8)).

22. Cela implique que la femme condamnée pour adultère ne peut pas se remarier, ce qui n'est pas le cas de son amant.

23. Y. Rivière, *Histoire du droit pénal romain de Romulus à Justinien*, Paris, Les Belles Lettres, 2021, p. 529-533.

24. Toutefois, les procès les mieux documentés comme celui de Julia Maior, la fille d'Auguste, condamnée et exilée en 2 av. J.-C., sont instruits et jugés par le Sénat ou par l'Empereur. Cependant, il est généralement admis que la *quaestio de adulteriis* a connu une plus grande longévité que les autres *quaestiones*. Par ailleurs, la *lex Julia* continue d'être appliquée pendant toute la période impériale. Dion Cassius a rapporté que plusieurs milliers d'accusations d'adultère sont en attente de procès à l'époque sévérienne (Dion Cassius, *Histoire romaine*, 76. 16). Sur la longévité de la *quaestio* : P. Garnsey, « Adultery Trials and the Survival of the Quaestiones in the Severan Age », *The Journal of Roman Studies*, 57, 1967, p. 56-60.

25. J.-N. Allard et P. Montlahuc, « La construction genrée des émotions dans les mondes grec et romain », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 47, 11 juillet 2018, p. 24 :

« Il faut d'emblée préciser que l'émotion constitue une catégorie dont les contours demeurent difficiles à dessiner définitivement dans la mesure où ils sont variables, notamment en fonction des époques. Si Aristote (*Éthique à Nicomaque*. 2. 4. 1105. 22-23) retient comme « émotion » (*pathè*) le désir, la colère, la peur, le courage, l'envie, la joie, l'amitié, la haine, le désir, la jalousie et la pitié, l'historien peut ajouter à cette liste (parfois déroutante) la honte, la surprise, le mépris, le

chagrin ou le dégoût. Certes, cette liste, dans le détail, peut interpeller le lecteur moderne, mais les Anciens qualifiaient parfois d'« émotions » ce qui relevait des qualités morales. »

Le recours aux émotions dans le domaine juridique est surprenant. À Rome, les démonstrations d'affects sont généralement associées à l'art oratoire. Cependant, la présentation des émotions par les juristes comme un trouble pouvant être contrôlé rejoint le discours romain dominant, A. Vial-Logeay, « L'univers romain », *Histoire des émotions t.1 : de l'Antiquité aux Lumières*, dir. G. Vigarello, Paris, Éditions Points, 2021 [2016], p. 84-112.

26. Le terme a pu être traduit par « chasteté », « pudeur » ou encore « pudicité » cependant aucune traduction ne semble reprendre les différents aspects du terme latin qui englobe les actions mais aussi la conscience personnelle des rôles sociaux, R. Langlands, *Sexual morality in ancient Rome*, Cambridge, Cambridge university press, 2006, p. 31. Le mot doit être associé à celui de « *pudor* » et opposé au *stuprum*. Il désignerait donc un mouvement de répulsion face au déshonneur résultant de la débauche, A. Ernout, A. Meillet, « *pudet, puditum est et pudit* » et « *stuprum* », *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klincksieck, 2001 [1931], p. 542 et p. 659.

27. Cette centralité de la *pudicitia* dans l'identité des femmes romaines suit leur représentation dans les autres textes juridiques. Elles sont soumises à une tutelle ou à l'autorité de leur mari en raison de la faiblesse de leur sexe et de leur esprit (Gaius. *Institutes*. I. 144). Toutefois, la *pudicitia* permet de caractériser les femmes car elle dépend de leur statut dans la société (elle n'est associée qu'aux femmes libres) et ne nécessite aucune action de leur part pour y accéder. Elles doivent uniquement la protéger en maîtrisant leur comportement sexuel, R. Langlands, *op. cit.*, p. 20-21.

28. Le mari est dit ressentir une colère et une douleur plus intense (« *propensiore ira et maiore dolore* ») que le père (Ulpian. D. 48. 5. 2. 8). Son jeune âge (« *si iuvenali facilitate ductus vel etiam fervore aetatis accensus* ») peut excuser le fait qu'il ne respecte pas les règles de procédure (Ulpian. D. 48. 5. 16 (15). 6). L'amant ou son associé doivent agir avec une intention malveillante et en connaissance de cause (« *adulterium facito sciens dolo malo* » : Ulpian. D. 48. 5. 13 (12)). En comparaison, l'état d'esprit d'une femme qui aurait fait semblant de croire à la mort de son mari pour se remarier n'est pas décrit, il est seulement constaté que la moralité sexuelle a été atteinte (« *cum hoc facto pudicitia laboretur* » : Ulpian. D. 48. 5. 12 (11). 12).

29. Dérivé de *severus*, le terme renvoie à la gravité et à l'austérité. Un sens plus ancien peut s'approcher du fait d'être inflexible, A. Ernout, A. Meillet, « *severus* », *op. cit.*, p. 621.

30. Le terme est généralement utilisé dans le champ du droit où il se rapporte à l'engagement, à la parole donnée. Il peut être traduit par différents termes comme « loyauté » ou encore « bonne foi », *ibid.*, « *fides* », p. 233.

31. Par exemple, en interdisant les unions entre les hommes de rang sénatorial et les femmes de moindre condition (Ulpian. D. 23. 3. 27).

32. K. Milnor, *Gender, Domesticity, and the Age of Augustus. Inventing Private Life*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 37. Milnor note que l'image de la féminité romaine idéale est transmise par les lois mais s'inscrit dans une narration sociale plus large présente dans la littérature, la poésie, les textes philosophiques... La loi s'appuie sur des représentations de la domesticité idéale existantes et participe à leur élaboration (p. 142).

33. C. Edwards, *op. cit.*, p. 57 : si la débauche féminine est présentée dans les textes comme liée à la crise de la République, les hommes sont indirectement responsables. L'adultère ou le *stuprum* féminin a montré qu'ils n'étaient pas capables de contrôler les femmes.

34. *Ibid.*, p. 53 : Edwards souligne que la loi prend en compte la hiérarchie sociale qui peut aggraver la punition de l'amant. Cependant, le comportement attendu du mari reste l'expression de sévérité que ce soit en le tuant ou en l'accusant publiquement. La vertu idéale ne change pas selon le statut du coupable.

35. M. Henry, S. James, *op. cit.*, p. 89-91.

36. Les représentations transmises par la loi relèvent de la définition du genre dans la mesure où elles prennent en compte les attitudes, les comportements et les relations sociales associés aux hommes et aux femmes. Toutefois, les juristes romains ne distinguent pas le genre du sexe biologique dans leurs textes.
37. Lorsqu'un citoyen romain participe à la répression d'un adultère qui a perturbé un mariage qui n'est pas le sien, il agit selon le droit de l'étranger (*iure extranei*). Il faut comprendre que le tiers est étranger au mariage et à la famille de la femme adultère.
38. La *pudicitia* n'est pas une qualité exclusivement féminine mais elle n'apparaît pas comme primordiale pour les hommes selon la loi. Néanmoins, les personnalités politiques républicaines ont présenté la *pudicitia* comme une vertu nécessaire pour être un bon citoyen. Les accusations d'inconduite sexuelle sont donc nombreuses, R. Langlands, *op. cit.*, p. 281-286.
39. Il convient de remarquer que la sanction éventuelle du mari infidèle est d'indemniser son épouse, ce qui est une punition bien plus légère que pour la femme condamnée pour adultère.
40. Ainsi, Catulle (*Carmen*, 61. 134-146) et Ovide (*Fastes*, 4. 133-164) encouragent les femmes romaines à se montrer sexuellement attrayantes pour leur mari afin que celui-ci ne soit pas tenté de commettre d'adultère. En faisant peser la charge du sexe dans le mariage sur la femme, ces auteurs excusent, en creux, les éventuelles inconduites du mari. Sur les relations sexuelles dans la culture romaine : S. Dixon, « Sex and the Married Woman in Ancient Rome », *Early Christian Families in Context : An Interdisciplinary Dialogue*, dir. D. Balch et C. Osiek, Cambridge, William B. Eerdmans, 2003, p. 111-129.
41. La *lex Aquilia* date du III^e siècle av. J.-C. ; elle concerne la compensation des propriétaires dont le bien a été dégradé par la faute d'un tiers. Il est possible également pour le propriétaire d'ouvrir une action pour *injuria* ainsi qu'une action prétorienne pour la corruption d'un esclave.
42. J. Gardner, « Gender-Role assumptions in Roman Law », *Echos du monde classique : Classical views*, 39, 1995, p. 384-388. Cicéron distingue la *materfamilias*, sous la puissance de son mari, des simples épouses (« *Genus enim est uxor; eius duae formae: una matrumfamilias, eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantum modo uxores habentur* », *Topiques*, 3. 14). Cependant, le mariage par *coemptio* a énormément diminué à l'époque augustéenne. Il peut également être estimé qu'une conduite honorable et qu'un respect des bonnes mœurs sont attendus de la *materfamilias* (Marcellus. D. 23. 2. 41). Ulpien (D. 50. 16. 46) l'emploie pour désigner une femme respectable (« *nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem famifias, sed boni mores* »). Distinguer la *materfamilias* de l'épouse (*uxor*) ou de la matrone (*matrona*) relève de critères culturels, sociaux ou légaux, selon les auteurs, R. Saller, « *Pater Familias, Mater Familias, and the Gendered Semantics of the Roman Household* », *Classical Philology*, 94, 1999, p. 193-194.
43. P. Moreau, « Loi Iulia réprimant l'adultère et d'autres délits sexuels » (notice 432), *Lepor. Leges Populi Romani*, dir. J.-L. Ferrary et P. Moreau, Paris, IRHT-TELMA, 2007, 5 [en ligne, consulté le 10/08/2022].
44. Le texte mentionne l'épouse qui aurait été commune dans le sens de « publique » : « *vulgaris fuerit* ».
45. La qualité de prostituée n'autorise pas l'adultère mais elle permet le *stuprum*. Ainsi, des femmes romaines ont cherché à se déclarer prostituées afin de jouir d'une certaine liberté sexuelle. Les autorités ont limité l'accès à la profession. Pendant le règne de Tibère, des femmes aristocrates tentent de se déclarer prostituées afin d'échapper à la peine d'une condamnation pour *stuprum*. Des décrets sénatoriaux interdisent donc aux femmes de la famille d'un chevalier de se prostituer (Tacite, *Annales*, 2. 85 ; Suétone, *Vie de Tibère*, 35).
46. M. Ducos, « La condition de la femme et le mariage à Rome (1^{re} partie) », *Vita Latina*, 147, 1997, p. 5.
47. J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, Londres, Routledge, 1986, p. 40.
48. Les règles sont que l'accusateur peut agir même s'il est normalement incapable dans la procédure pénale et ne pas voir l'action comptabilisée au titre de la *lex Julia iudiciorum publicorum*

(17 av. J.-C.) qui indique qu'il est impossible pour un citoyen d'être accusateur dans plus de deux procès publics en même temps. Par ailleurs, il est également possible de torturer les esclaves afin que ces derniers apportent des témoignages contre leurs maîtres.

49. H. Ankum, « *La captiva adultera*. Problèmes concernant l'*accusatio adulterii* en droit romain classique », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 32, 1985, p. 187-189.

50. Les relations homosexuelles masculines et particulièrement celles d'un jeune homme ingénu avec un homme plus âgé sont régulées par la *lex Scantinia*. P. Moreau, « Lex Scantinia » (notice 648), *Lepor. Leges Populi Romani*, *op. cit.*

51. S. Boehringer, *L'homosexualité féminine dans l'Antiquité grecque et romaine*, Paris, Les Belles Lettres, 2007, p. 268-271. J.-P. Poly relève une allusion aux relations entre les femmes dans une constitution de 342 (CJ. 9. 29. 30). Le texte fait référence à « la femme qui rejettera les hommes » (*Le chemin des amours barbares : genèse médiévale de la sexualité européenne*, Paris, Perrin, 2003, p. 43). Ce silence sur les relations sexuelles entre femmes appuie une tendance des sources romaines – écrites par des hommes – à donner une moindre importance aux relations entre femmes. S. Dixon remarque que les sources parlant des liens intra-familiaux se concentrent sur les relations père-fille et mère-fils donc impliquant des hommes : *The Roman Mother*, Londres, New-York, Routledge, 1990 [1988], p. 210.

52. Suétone écrit qu'Auguste lui-même n'hésite pas à se servir des femmes pour connaître les intentions de ses adversaires (*Vie d'Auguste*, 69).

53. R. Langlands, *op. cit.*, p. 37-77.

54. La religion est un moyen pour la cité de reconnaître la place des femmes et, pour ces dernières, de comprendre leur rôle et la défense de la *pudicitia* comme moyen de servir Rome, M. Henry, S. James, *op. cit.*, p. 92.

55. R. Bauman, *Women in Politics in Ancient Rome*, Londres, Routledge, 1992, p. 15-16.

56. Une femme surprise pendant un adultère ou condamnée selon la loi ne peut plus se remarier (Ulpien. D. 23. 2. 43. 12). La loi distingue les femmes morales (qui sont contraintes par ses dispositions et sont protégées en cas d'atteinte à leur *pudicitia*) des autres femmes de mauvaises mœurs.

57. L'hypothèse n'est pas développée par Ulpien. Il convient de comprendre que la femme accusée d'adultère ne peut mentionner l'infidélité de son époux pour excuser son comportement. Les actes du mari peuvent conduire à une condamnation par une autre accusation, qui ne peut être menée par sa femme.

58. Les hommes doivent faire preuve de *pudicitia* qui est une vertu civique (R. Langlands, *op. cit.*, p. 281). Cependant, leur fidélité dans le mariage s'inscrit dans le discours stoïque de contrôle des passions (C. Edwards, *op. cit.*, p. 57). Ainsi, les hommes romains doivent contenir leur démonstration d'affection même dans le cadre du mariage (S. Treggiari, *op. cit.*, p. 216).

59. Moreau définit l'inceste comme le mariage avec un parent interdit par la coutume ou une relation sexuelle clandestine avec lui. Les juristes se sont appuyés sur une comparaison avec la répression de l'inceste pour préciser les spécificités procédurales de l'adultère, P. Moreau, « Loi Iulia réprimant l'adultère et d'autres délits sexuels », *op. cit.*, 13.1.

60. P. Moreau, *Incestus et prohibita nuptiae. L'inceste à Rome*, Paris, Les Belles Lettres, 2002, p. 31.

61. A l'époque d'Auguste, une fille est considérée pubère à partir de douze ans et un garçon, de quatorze ans (Dion Cassius, *Histoire romaine*, LIV. 16), J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, *op. cit.*, p. 38-40.

62. Cette sévérité est remarquable car l'ignorance de la loi des femmes est largement acceptée par les Romains et justifie l'existence de la *tutela mulierum* ainsi que leur exclusion des charges publiques (Ulpien. D. 50. 17. 2). Interdire aux femmes d'invoquer l'ignorance de la loi implique l'encadrement du comportement masculin qui doit veiller au respect des normes. Sur le mécanisme de la tutelle, *ibid.*, p. 14-22.

63. C. Baroin, « Violences sexuelles et atteinte au corps dans le monde romain », *Le corps en lambeaux : Violences sexuelles et sexuées faites aux femmes*, dir. L. Bodiou, F. Chauvaud, L. Gaussoit, M. Soria et M.-J. Grihom, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2018, p. 177-189.
64. L'atteinte à la pudeur est définie par Paul comme le fait de rendre une personne impudique. Sur la notion d'*iniuria* : A. Bryen, « Crimes Against the Person : Violence and Sexual Crimes », *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, dir. P. Du Plessis, C. Ando et K. Tuori, Oxford, Oxford university press, 2016, p. 322-332.
65. L'atteinte est également vue comme une atteinte au père ou au mari qui peuvent agir en leur propre nom ou conjointement avec la victime.
66. J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, *op. cit.*, p. 118.
67. N. Papakonstantinou, « Le *raptus* saisi par le droit. Enseigner un crime dans les écoles de rhétorique à Rome (I^{er}-II^e siècle) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 52, 2020, p. 21-41.
68. H. Ankum, *op. cit.*, p. 191.
69. S. Boehringer, « Les violences sexuelles dans l'Antiquité : où se joue le genre ? », *Le corps en lambeaux*, *op. cit.*, p. 33-49.
70. F. Omar, « A proposed framework for Roman "chastity crimes" : Pudicitia in early Imperial Literature », *Berkeley Undergraduate Journal of Classics*, 6, 2017, p. 17.
71. R. Langlands, *op. cit.*, p. 94.
72. J.-M. Chaumont, « Pourquoi fallait-il qu'elle meure ? Réflexions sur la malédiction de Lucrece », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 278, 2014, p. 68-69. L'auteur fait un parallèle entre les hommes qui doivent préférer la mort à la défaite sur le champ de bataille. Lucrece aurait subi son viol mais son suicide serait la preuve de sa lutte.
73. Il convient de remarquer que la force et la réactivité dont fait preuve Lucrece est surprenante, ce qui pousse les auteurs à lui attribuer des qualités masculines. Son personnage est présenté avec un esprit masculin (« *virilis animus* ») dans le récit de Valère-Maxime (*Actions et paroles mémorables*, 6. 1). Toutefois, la valeur morale de la *pudicitia* est souvent moins une force d'action qu'une qualité objective qui transparait de la manière d'être. Le terme de *pudor* est celui qui représente le sentiment à l'origine d'une action, J.-F. Thomas, « *Pudor* et *Verecundia* : deux formes de la conscience morale ? », *Euphrosyne*, 34, janvier 2006, p. 362.
74. L'authenticité de cette peine a été contestée dans la mesure où elle n'est mentionnée que dans le texte paulien, longtemps après l'adoption de la loi. Pour un résumé des doutes émis, voir : P. Moreau, « Loi Iulia réprimant l'adultère et d'autres délits sexuels », *op. cit.*, p. 15. La condamnation par Auguste de sa fille, puis de sa petite-fille, à une *relegatio ad insulam* tend à confirmer l'hypothèse d'une historicité de cette sanction. La sanction se mue en peine de mort pour le couple adultère au IV^e siècle (CTh. 11. 36. 4 / CJ. 9. 9. 29. 4).
75. Menenius précise que les hommes condamnés pour adultères ne peuvent pas devenir soldats mais il s'agit probablement d'un ajout tardif (D. 49. 16. 4. 17).
76. J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, *op. cit.*, p. 57-58.
77. Martial raconte que Numa, voyant l'eunuque Thélis portant une toge, aurait déclaré qu'il s'agissait d'une femme adultère subissant sa condamnation (*Epigrammes*, 10. 52).
78. Gardner évoquait la possibilité que les femmes condamnées doivent se prostituer car elles ne peuvent pas se remarier pour entretenir une position sociale ou économique, J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, *op. cit.*, p. 129.
79. C. Bur, *La citoyenneté dégradée. Recherches sur l'infamie à Rome de 312 avant J.-C. à 96 après J.-C.*, thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2013, vol. 1, p. 523-524.
80. W. Riess, « *Rari exempli femina* : Female Virtues on Roman Funerary Inscriptions », *A Companion to Women in the Ancient World*, *op. cit.*, p. 491-501.
81. Une traduction littérale serait « le droit de tuer ».
82. Denys d'Halicarnasse rapporte qu'il existe deux situations permettant aux maris de mettre à mort leurs épouses : lorsqu'elles commettent l'adultère et lorsqu'elles boivent du vin. Ces deux

crimes sont liés dans l'esprit des Romains qui considèrent que la consommation de vin peut mener à une conduite honteuse (Valère-Maxime, *Actions et paroles mémorables*, 2. 1. 5).

83. Y. Thomas, « *Vitae necisque potestas*. Le père, la cité, la mort », *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Rome, Publications de l'École française de Rome, 1984, p. 535-536. Suétone (*Vie de Tibère*, 35) expose que l'empereur permet aux familles de juger les femmes selon « l'ancienne coutume » si la répression publique fait défaut. Le *ius occidendi* des pères sur leurs filles étant conditionné à la répression des adultères, Thomas pense qu'il ne peut s'agir d'une application de la *vitae necisque potestas* (p. 501-502).

84. Y. Thomas, « Remarques sur la juridiction domestique à Rome », *Publications de l'École Française de Rome*, 129, 1990, p. 466.

85. Ulpien évoque la possibilité que la fille s'échappe pendant que son amant est mis à mort et qu'elle soit retrouvée par son père, plus tard dans la journée (D. 48. 5. 24 (23). 4). Dans ce cas, il doit être considéré que le père les a tués ensemble.

86. M. Corbier, « Divorce and Adoption as Roman Familial Strategies », *Marriage, divorce, and children in ancient Rome*, dir. B. Rawson, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 52.

87. *Ibid.*, p. 58. Au II^e siècle, Ulpien écrit qu'un père ne doit pas briser un mariage harmonieux mais il n'est pas prévu de moyen légal permettant de l'en empêcher (D. 43. 30. 1. 5).

88. Sur ce sujet, F. Schulz, *Principles of Roman Law*, Oxford, Clarendon Press, 1936, p. 222-235

89. Selon le texte de la loi, un père naturel n'est pas distingué d'un père adoptif. Paul établit que le père *alieni iuris*, « quoiqu'il ne puisse pas tuer d'après les termes mêmes de la loi, ne peut pratiquement pas la tuer, mais on lui permet cependant de la tuer (Coll. 4. 12. 1, trad. Y. Rivière) ». L'hypothèse de la femme adultère passée de la puissance de son père à celle de son mari est envisagée par Benke. Le transfert de la fille de famille se fait par l'*auctoritas* du père. Cette notion recouvre la capacité de valider la transaction mais aussi d'être tenu pour responsable dans le cas d'éventuels problèmes qui pourraient émerger après la transaction. Ainsi, « l'*auctoritas* crée une implication (potentielle, continue) : elle lie la personne [...] à certains incidents préjudiciables du fait de la transaction » (notre traduction). N. Benke, « On the Roman father's right to kill his adulterous daughter », *The History of the Family*, 17, 2012, p. 291-292. Sur les formes de mariages à Rome, M. Ducos, *op. cit.*

90. M. Corbier, *op. cit.*, p. 60.

91. N. Elias, « Les transformations de la balance des pouvoirs entre les sexes. Étude sociologique d'un processus à travers l'exemple de l'État romain antique », *Politix. Revue des sciences sociales du politique*, trad. D. Linhardt, 51, 2000, p. 33.

92. La jurisprudence s'est penchée spécifiquement sur la question de l'affranchi qui découvrirait son patron et sa femme, ensemble. Dans ce cas, il lui est permis de l'accuser car il a subi une grande *injuria*. Cependant, il ne lui est pas permis de le tuer (Papinien. D. 48. 5. 39 (38). 9). La mention par Paul (Coll. 4. 2. 5) que le père peut, selon les termes de la loi, tuer son propre patron pris en flagrant délit peut être remise en question (en ce sens : G. Fabre, Libertus. *Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la République Romaine*, Paris, Boccard, 1981, p. 212, n. 408).

93. Sa responsabilité n'est toutefois pas effacée car elle peut être mise à mort par son père ou accusée publiquement par son mari.

94. Quand les Stoïciens s'intéressent aux émotions, et particulièrement Sénèque le Jeune dans son traité *De ira*, ce n'est pas la colère privée qui est considérée. Sur ce sujet, J. Knight, « Anger as a Mechanism for Social Control in Imperial Rome », *Emotion and Persuasion in Classical Antiquity*, dir. E. Sanders et M. Johncock, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2016, p. 191-192.

95. Un rescrit de Marc Aurèle et de Commode considère le cas d'un mari qui tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère et avoue son crime. Dans ce cas, la *lex Cornelia* sur les meurtres ne s'applique pas car il est très dur de contenir une juste douleur (« *iustum dolorem temperare* »). Cependant, le mari est tout de même puni. S'il est de la catégorie des *humiliores*, il est condamné aux travaux à perpétuité mais s'il appartient aux *honestiores*, il est simplement relégué

dans une île (Papinien. D. 48. 39 (38). 8). Treggiari remarque que les sources ne mentionnent pas de mari tuant sa femme adultère et que les pièces de théâtres mentionnent rarement des actes de violence contre des amants et jamais contre une femme. Même sous la République, un mari trompé aurait eu à répondre à sa belle-famille ou aux proches de l'amant s'il se vengeait par un meurtre. S. Treggiari, *op. cit.*, p. 275. De même, l'empereur Alexandre Sévère considère le cas d'un homme qui aurait tué l'amant de son épouse alors que celui-ci n'appartient pas aux catégories rendant légal son meurtre. La juste douleur du mari excuse en partie le meurtre et justifie alors son envoi en exil (CJ. 9. 9. 4).

96. Ces dispositions permettent de dépasser des liens sociaux, familiaux et juridiques au cœur de la société romaine. P. Moreau, « Loi Iulia réprimant l'adultère et d'autres délits sexuels », *op. cit.*, 9. Par ailleurs, la jurisprudence estime que le délai d'accusation du mari et du père doit être suspendu pendant que le premier occupe une magistrature ou si l'amant dispose d'une charge publique (Ulpian. D. 48. 5. 16 (15) / Papinien. 48. 5. 39 (38). 9).

97. A. Esmein, « Le délit d'adultère à Rome (Suite) », *op. cit.*, p. 412. Cependant, les accusés d'un crime d'inceste peuvent être poursuivis par une seule action (Papinien. D. 48. 5. 40 (39). 7).

98. Marcien. D. 48. 5. 34 (33) : un édit d'Antonin le Pieux prévoit que si un mari découvre un adultère entre sa femme et un de ses esclaves, il doit commencer par accuser celle qui a été sa femme.

99. Si la femme n'est pas remariée, il est possible pour le mari ou pour le tiers de choisir qui accuser en premier.

100. J. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, *op. cit.*, p. 117-118.

101. Papinien (D. 48. 5. 6. 1) remarque que le *stuprum* soit la relation sexuelle illicite est appelée chez les Grecs « corruption » (*corruptionem* appellant). Il faut comprendre la corruption d'une femme par un homme. Il existe pourtant quelques exceptions (Ovide, *L'art d'aimer*, 1. 295 ; *Les métamorphoses*, 10. 347) mais il convient de conclure que le sujet du verbe est généralement un homme, C. Fayer, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, Rome, « L'Erma » di Bretschneider, 2005, p. 189.

102. Cela fait écho aux propos d'Auguste rapportés par Dion Cassius qui explique aux sénateurs quels conseils il donne à sa femme, Livia, sur sa coiffure, sa tenue, ses sorties et sa retenue (*Histoire romaine*, 54. 16).

103. Y. Rivière, *op. cit.*, p. 375-376.

104. Sur ce sujet, H. Ankum, *op. cit.*, p. 175.

105. Par ailleurs, un rescrit d'Alexandre Sévère établit que la possibilité de questionner les esclaves fait que la condamnation pour fausse accusation ne doit pas être redoutée (CJ. 9. 9. 6), *ibid.*, p. 173-177.

106. L'exceptionnalité du suicide de Lucrece (*supra*, n. 73) est soulignée par les sources. Il est sous-entendu que les autres femmes n'auraient pas ce genre de réaction, obligeant les hommes à les sanctionner.

107. Il est possible de douter que le texte de la loi ait compris ce terme. Il convient d'estimer que les juristes l'ont utilisé pour désigner l'ensemble des comportements pouvant toucher les personnes favorisant l'adultère, P. Moreau, « Loi Iulia réprimant l'adultère et d'autres délits sexuels », *op. cit.*, 12. 2.

108. Paul envisage la situation d'un homme qui aurait menacé sa femme de l'accuser d'adultère sans le faire et l'épouse de nouveau. Le juriste répond que le mari est simplement considéré avoir abandonné son éventuelle accusation et son droit d'accusation contre elle (D. 48. 5. 41 (40). 1).

109. Il convient toutefois de relever que, selon Ulpian, un mariage empêche toute forme d'accusation. Ainsi, si une femme est répudiée par son mari mais qu'il s'associe de nouveau à elle, dans un mariage distinct, elle ne peut plus être accusée des adultères qu'elle aurait commis durant le premier mariage. De même, si un homme veut accuser une femme de *stuprum* mais qu'il l'épouse, il est réputé avoir approuvé ses mœurs par le mariage (D. 48. 5. 15 (14). 9-10). Le

remariage est spécifiquement interdit pour la condamnée pour adultère. Cependant, la condamnation pour une autre raison – même comprise dans la *lex Julia* – n’empêche pas de rester marié ou de l’épouser en toute impunité (Papinien. D. 48. 5. 40 (39). 3 / Ulpian. D. 48. 5. 30 (29). 1).

110. Dans son discours contre Catilina, Cicéron rapporte qu’il est prêt à subir l’antipathie car il craint moins celle-ci que d’apparaître inactif dans une telle situation (*Discours contre Catilina*, 1. 28-29).

111. M. Dowling, *Clemency & cruelty in the Roman world*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2006, p. 7. Dans ses discours contre Catilina, Cicéron rapporte que c’est la sévère autorité de sa fonction (*imperii severitas*), la coutume des ancêtres (*mos maiorum*) et la *res publica* qui réclament la punition de Catilina et ses partisans (*Discours contre Catilina*, 2. 3). De même, dans son discours contre Murena, il associe souvent sa *severitas* à la charge de consul alors que sa nature est plus clémente (*Discours contre Murena*, 3).

112. J. Knight, *The Politics of Anger in Roman Society: A Study of Orators and Emperors, 70 BCE-68 CE*, these de philosophie, University of British Columbia, Vancouver, 2015, p. 147.

113. Pour rendre cette clémence plus efficace notamment. Knight donne l’exemple d’Ovide puni par Auguste et exilé. Le poète expose l’attitude du prince qui a fait preuve de colère pour avertir (*Epistulae ex Ponto*, 2. 2. 113-120). Ainsi, quand la punition vient, elle est justifiée par la sagesse car le prince a montré qu’il est capable de maîtriser sa colère (1. 7. 43-50), J. Knight, « Anger as a Mechanism for Social Control in Imperial Rome », *op. cit.*, p. 187-190.

114. *Idem*, *The Politics of Anger*, *op. cit.*, p. 149-150.

115. M. Dowling, *op. cit.*, p. 69-71.

116. Dowling donne l’exemple du pardon d’Auguste envers un serviteur qui l’a abandonné alors qu’ils étaient attaqués par un sanglier ou sa punition légère envers un esclave qui a tenu des propos outranciers. En revanche, un de ses affranchis est surpris en flagrant délit d’adultère avec des matrones et l’Empereur le contraint à se donner la mort (Suétone, *Vie du divin Auguste*, 67).

117. Sur l’importance du titre pour la carrière d’Auguste : Z. Yavetz, « The *Res Gestae* and Augustus’ Public Image », *Caesar Augustus: Seven Aspects*, dir. F. Millar, E. Segal, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 1-36.

118. M. Dowling, *op. cit.*, p. 245.

119. *Ibid.*, p. 245.

120. *Ibid.*, p. 70.

121. La *relegatio ad insulam* était probablement fortement utilisée par les familles contre la femme adultère afin de ne pas ébruiter l’affaire (Tacite, *Annales*, 2. 50).

122. Ulpian. D. 48. 5. 26 (25). La loi précise que cela doit être fait dans le but de rassembler des témoins. En comparaison, Valère Maxime expose une tendance des maris à se venger sur les amants découverts en flagrant délit (*Actions et paroles mémorables*, 6. 1. 13). Sur ce motif dans les écrits satiriques, S. Treggiari, *op. cit.*, p. 271.

123. La loi s’applique même aux anciennes prostituées si elles sont mariées. Les divisions sociales selon le rang sont mises à mal par la loi qui permet à l’affranchi d’attaquer son patron ou qui étend les exigences de moralité au-delà de l’aristocratie. La hiérarchie sociale est, au contraire, renforcée par les autres lois augustéennes relatives à la famille. Ainsi, les lois *Julia* et *Papia* interdisent aux sénateurs et à leurs descendants d’épouser des affranchies (Marcellus. D. 23. 2. 32). Sur ce sujet, P. Csillag, *The Augustan laws on family relations*, Budapest, Akademiai Kiado, 1976, p. 97-100.

124. L. F. Radista, « Augustus’ Legislation Concerning Marriage, Procreation, Love Affairs and Adultery », *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt: Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung. II, Principat*, dir. H. Temporini et W. Haase, Berlin, De Gruyter, 2016, p. 282.

125. Il convient de citer l’exemple du possible adultère entre Clodius Pulcher et Pompeia Sulla. Alors qu’aucune preuve de l’adultère n’est trouvée, César répudie sa femme. Lorsque la raison lui

est demandée, il déclare que sa femme doit être au-dessus de tout soupçon (Plutarque, *Vie de César*, 10).

126. C. Edwards, *op. cit.*, p. 2. Radista considère qu'en créant deux catégories de femmes – celles vertueuses et celles qui ne sont pas prises en compte par la loi – Auguste fait dépendre le prestige des premières de la dégradation des secondes. Cela permet de créer une unité plus forte et de fonder, à proprement parler, un corps politique qui ne soit pas simplement une accumulation d'individus, L. F. Raditsa, *op. cit.*, p. 314-319.

127. Sur les modifications de la loi, A. Esmein, « Le délit d'adultère à Rome (suite) », *op. cit.*, p. 431-442.

128. Tacite *Histoires*, 1. 2 ; Dion Cassius, *Histoire romaine*, 54. 16 / 30.

RÉSUMÉS

La *lex Julia de adulteriis coercendis* (18 av. J.-C.) est présentée par l'empereur Auguste comme un moyen de rétablir la moralité. En créant une accusation publique et une *quaestio perpetua*, la loi sort l'adultère du domaine familial et met en scène sa répression à des fins politiques. Le texte législatif, ses interprétations et modifications permettent de modéliser un comportement idéal qui contraint autant les hommes que les femmes de Rome. Ainsi, les Romaines sont principalement caractérisées par leur *pudicitia* alors que leurs époux et pères doivent afficher leur *severitas*.

The *lex Julia de adulteriis coercendi* (18 BC) is advertised by Augustus as a mean to restore morality. By creating a public accusation and a *quaestio perpetua*, the law takes adultery out of the family sphere and stages its repression for political ends. The text of the law, its interpretations and amendments design an ideal behaviour which imposes equally on Roman men and women. Thus, Roman women are mostly distinguished by their *pudicitia* whereas their husbands and fathers must show their *severitas*.

INDEX

Keywords : adultery, ancient law, marriage, criminal law, virtues

Mots-clés : adultère, droit antique, mariage, droit pénal, vertus

AUTEUR

CLAIRE LABORDE-MENJAUD

Centre d'Histoire et d'Anthropologie du Droit – Université Paris Nanterre

Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours

Clovis Maillet et Benjamin Moron-Puech

Curiously and unexpectedly, the study of the arrangements between sex and gender has benefited from research traditions long accepted by medievalists.

Madeline Caviness¹

- 1 Si le Moyen Âge a pu être un temps considéré comme une période archaïque dont il n'y aurait « rien à tirer » en termes de progrès pour l'humanité, l'historiographie française du xx^e siècle, au travers notamment des œuvres de Jacques le Goff², Christiane Klapisch-Zuber³ ou Yan Thomas⁴ s'est efforcée de combattre cette idée, en montrant les avancées importantes réalisées sur cette période, y compris dans le champ de la pensée juridico-philosophique (en témoigne encore l'expression bien connue des juristes, « rasoir d'Ockham », en référence au philosophe anglais Guillaume d'Ockham [1285-1347]). S'inscrivant dans ce courant de pensée, les autaires⁵ du présent texte ont entendu poser les bases d'une comparaison entre la situation des personnes transgenres au Moyen Âge et aujourd'hui, espérant par l'étude des différences et des similitudes tout à la fois mieux comprendre chacune des périodes – c'est là l'une des vertus de la comparaison que de pouvoir poser sur un objet, prétendument bien connu, des questions nouvelles soulevées à l'occasion de sa mise en rapport avec d'autres objets où ces mêmes questions apparaissent – mais aussi savoir si ce Moyen Âge serait véritablement « moyenâgeux » ou s'il n'y aurait pas quelques solutions à y puiser pour la résolution des problèmes contemporains ou futurs rencontrés par les personnes transgenres. Lorsqu'on s'intéresse à l'archéologie des transidentités, il est nécessaire de penser ce concept de manière ouverte au sein d'une histoire qui regroupe différents cas historiques de personnes décrites comme ayant vécu en marge des normes de genre, et ayant vécu une ou plusieurs transitions⁶.

- 2 Ainsi, sur ces personnes vivant à la marge des normes d'identification du genre, il convient d'apporter de manière liminaire quelques précisions terminologiques. Les termes utilisés pour les désigner varient en effet d'une époque à une autre (en habit d'homme ou de femme, travestiz*, transsexuels*, transgenres), mais aussi d'un pays à l'autre. Quelques fois, les termes se substituent, d'autres fois ils continuent à co-exister ensemble. Varient aussi les termes utilisés pour désigner l'élément déterminant la classification des personnes : sexe, genre, caractéristiques sexuées voire sexuelles ; ces termes pouvant là encore, selon les lieux et les discours, cohabiter avec ceux qui les précédaient ou au contraire les remplacer. Ces évolutions dans la terminologie imposent de préciser, dans l'encadré ci-dessous, la signification des termes qui seront utilisés dans cette comparaison diachronique.

Genre : ensemble de caractéristiques sociales, prétendument liées indirectement aux caractéristiques sexuées et utilisées pour classer les individus. La classification peut se faire soit sur la base d'une détermination personnelle, appelée identité de genre, soit sur l'expression de son genre perçu par les autres, appelée expression de genre.

Sexe : ensemble de caractéristiques biologiques ou sociales, prétendument liées directement ou indirectement à la reproduction sexuée et utilisées pour classer les individus.

Caractéristiques sexuées : ensemble des caractéristiques biologiques liées à la reproduction sexuée d'une personne et utilisées pour classer les individus.

Personne transgenre / personne trans : personne dont le genre ne correspond pas à celui qui lui a été assigné à la naissance, et qui est prête à changer ou qui a changé de façon permanente ou temporaire de catégorie de genre.

- 3 Cela étant posé, deux dernières séries de précisions liminaires s'imposent en amont de la comparaison à venir. Les unes sur la méthodologie retenue et les autres, plus substantielles, sur les grandes évolutions ayant affecté les normes d'identification du genre du Moyen Âge à aujourd'hui.
- 4 Concernant la méthodologie : deux précisions, la première sur les périodes comparées et l'autre sur les objets comparés.
- 5 Concernant les périodes comparées, il existe une relative homogénéité dans le traitement de l'identification du genre au Moyen Âge (et même jusqu'à la première moitié du xx^e siècle⁷). Y existent socialement des hommes et des femmes, ainsi que des eunuques dans le monde byzantin et les pays d'Islam, mais non en Europe occidentale⁸. Certaines personnes intersexuées étaient désignées par les textes comme « hermaphrodites » mais devaient être reconnues comme hommes ou femmes en fonction du « sexe prédominant », quitte à ce qu'il y ait un changement de catégorie de sexe au cours de la vie⁹. Le statut d'homme ou de femme est associé à des droits différenciés.
- 6 En revanche, les systèmes actuels d'identification du genre en vigueur en Europe sont, depuis quelques années, en proie à d'intenses controverses et sujets à de profondes mutations, de sorte qu'ils sont loin d'être stabilisés¹⁰. Ainsi existe-t-il actuellement de fortes tensions entre deux manières de caractériser le genre officiel d'une personne : soit en usant des caractéristiques sexuées que présente l'individu à la naissance, soit en usant de l'identité de genre affirmée par la personne lorsqu'elle grandit. Ces tensions

proviennent des pressions exercées par les standards de droit humains émanant de l'Union Européenne¹¹, du Conseil de l'Europe¹² et de l'organisation des Nations-Unies¹³ sur le système adopté par les États et reposant sur l'assignation du genre à partir des caractéristiques sexuées. Cette évolution est néanmoins toujours en cours, de sorte que tous les systèmes européens demeurent dans un entre-deux, rendant complexe la comparaison avec les pratiques en vigueur au Moyen Âge. Voilà pourquoi, afin de comparer le droit actuel et le droit médiéval, il nous apparaît indispensable de prendre pour la période contemporaine deux fenêtres de comparaisons : une en 1992, avant que ne commencent à être pris en compte dans le droit positif européen ces droits humains, et une autre, prospective, fixée de manière approximative en 2040¹⁴, et correspondant à ce que serait le droit européen si étaient / lorsque seront pleinement pris en compte les impératifs liés aux droits humains.

- 7 Reste que pourrait être discuté le choix des périodes comparées. Les compétences des autaires, en histoire médiévale et en droit contemporain, ont été associées pour des raisons précises. En effet, si l'on prend l'intégralité de la tranche allant du début du Moyen Âge à aujourd'hui, les différences que l'on peut observer d'une période à l'autre ne sont jamais aussi grandes que celles que l'on peut observer entre les périodes médiévale et contemporaine, ce qui justifie la pertinence du choix ici retenu. Ces importantes différences tiennent au fait que, même si, sur la période considérée, le système d'enregistrement des naissances connaît plusieurs évolutions, allant de sa création au XIV^e siècle, à sa généralisation au XV^e et XVI^e siècles, puis à sa laïcisation aux XVIII^e et XIX^e siècles et enfin à son amplification lors de la création des premiers *titres d'identité* à partir de la fin du XIX^e siècle, aucune de ces évolutions n'a eu d'incidence majeure sur le système d'identification du genre des individus. Seule l'apparition, dans l'après seconde guerre mondiale, de ce que l'on propose d'appeler des titres d'identité universels – c'est-à-dire de titres portatifs imposés à touz* pour établir leur identité – a changé radicalement la donne pour ce qui concerne l'identification du genre. Certes, les trois facteurs ayant conduit à l'apparition de ces titres – bureaucratisation, urbanisation et technicisation – exercent leur influence sur les systèmes juridiques européens depuis au moins le XV^e siècle, si l'on prend comme point de départ les premiers efforts de généralisation par les évêques des registres de baptême à des fins non plus comptables¹⁵ mais d'encadrement des populations via les interdits à mariage¹⁶. Toutefois, cette influence n'a conduit à bouleverser le système qu'à l'issue de la seconde guerre mondiale, lorsque la bureaucratisation, l'urbanisation et la technicisation¹⁷ de la société ont été si fortes que le système traditionnel d'identification des individus, et en particulier de leur genre, n'a pas su résister comme il le faisait jusqu'alors à ces coups de butoir¹⁸, malgré pourtant la nouvelle résistance qu'offrait à cette évolution le discours des droits humains, à l'époque encore trop peu effectif¹⁹. C'est donc l'apparition des titres d'identité universels qui entraîne la rupture majeure justifiant le choix de la comparaison effectuée.
- 8 Sur les objets comparés, ensuite, notre attention s'est portée avant tout sur les sources touchant au droit, qu'il s'agisse de sources directes (décisions de justice ou normes édictées par les autorités publiques du moment) ou de sources indirectes faisant état d'un phénomène juridique. Pour identifier les dispositifs à comparer nous avons recherché ceux qui remplissaient la même fonction : organiser l'identification du genre des individus. La comparaison ainsi réalisée procède donc d'une approche « fonctionnaliste »²⁰, même si elle n'entend pas, comme on le reproche parfois aux

thuriféraires de cette approche²¹, défendre que l'approche fonctionnaliste serait la seule pertinente ou encore gommer les différences entre les objets comparés²². Par ailleurs, constatant que les règles régissant l'identification du genre fonctionnaient différemment lors de l'opération initiale de rattachement aux catégories et lors du changement ultérieur, nous avons choisi, en amont de cet article, d'examiner séparément ces deux questions en nous posant à chaque fois la même série de questions : pourquoi de telles opérations de catégorisation, où (c'est-à-dire sur quels supports) interviennent-elles ? quand sont-elles réalisées ? qui s'en occupe ? avec quels moyens y procède-t-on et enfin pour quelle effectivité ? À partir de là, nous avons pu identifier les principales différences et points communs entre les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et les pratiques actuelles. Pour présenter les résultats de ces travaux et en tirer des informations dignes d'intérêt, nous avons ici choisi d'exposer d'abord les différences (I), puis les points communs²³ (II) entre d'un côté le système d'identification du genre dans la première période contemporaine examinée (avant 1992) et de l'autre la période médiévale, en montrant à chaque fois comment, par une sorte de mouvement de chassé-croisé, ces différences tendent à s'estomper, et le seront sans doute totalement en 2040, ou à l'inverse comment les similarités tendent à disparaître, et le seront sans doute totalement aussi en 2040.

I. Les différences actuelles en cours d'effacement

- 9 L'utilisation du pluriel dans cet intitulé est sans doute excessive tant, comme nous l'avons suggéré plus haut, il y a surtout une différence majeure quant aux supports de l'enregistrement du genre, en raison de l'apparition de titres d'identité universels après la seconde guerre mondiale. Certes, d'autres différences que cette évolution des supports existent, néanmoins celles-ci peuvent y être toutes rattachées et être comprises comme de simples corollaires, qu'il s'agisse de la différence quant à la fréquence du recours à des documents écrits établissant le genre officiel ou de celle relative aux types de contentieux se nouant sur le genre des individus. À chaque fois, cependant, l'influence croissante des droits fondamentaux tend à effacer ces différences, comme nous le verrons tant pour la différence principale (A) que ses corollaires (B).

A. La différence principale : les titres d'identité

- 10 Durant la période médiévale, on peut dire que l'identité se prouve au quotidien au moyen de sa seule personne physique. La généalogie est attestée par des témoignages oraux. Les décrétales de Grégoire VII en 1074 placent au centre la preuve testimoniale, notamment pour juger de la validité du mariage (qui ne peut unir des personnes liées par la consanguinité). Le concile de Rouen, en 1072, impose une enquête préalable pour contrôler la parenté en cas de mariage. La recevabilité des témoignages (deux ou trois personnes proches ou deux ou trois *antiquiores* de la ville) tient à leur réputation (*fama*) et à leur désintéressement²⁴. Des documents écrits ne sont que très exceptionnellement sollicités et peuvent être jugés plus suspects que les témoignages car falsifiables. À partir de l'Inquisition, la réputation, *fama publica*, devient une preuve plus importante encore²⁵. Par exemple, même pour l'acte de mariage, l'un des actes de la vie civile les plus importants à cette époque, la bureaucratisation des xv^e et xvi^e siècles ne va pas

aller jusqu'à imposer la production de l'acte de baptême pour vérifier les interdits à mariage. L'article 40 de l'ordonnance de Blois en 1579 se contente ainsi d'exiger des « Curés, Vicaires ou autres, de s'enquérir de la qualité de ceux qui se voudront marier », sans imposer la production d'un acte de baptême prouvant cette identité. Dans la plupart des cas, le religieux connaît la personne et si une vérification supplémentaire est nécessaire, elle se fait sur la base de témoignages comme dans le cas du faux Martin Guerre qui fut ainsi confondu comme imposteur, pour usurpation d'identité en 1560²⁶.

- 11 Le fait que le vêtement – soutenu par la mémoire collective –, plutôt que le document écrit sur parchemin ou papier, soit le mode de preuve du genre au quotidien offre aux personnes transgenres, qui emménagent dans un endroit où elles n'ont pas grandi, la possibilité de vivre dans le genre affirmé, toutes les fois où leur apparence et leur comportement sont conformes aux stéréotypes de genre (un « bon *passing* » dirait-on aujourd'hui). Bien sûr, ces changements de genre se font en dehors du cadre juridique. Mis à part sans doute pour les erreurs matérielles, l'idée de modifier les registres pour indiquer d'éventuels changements de sexe n'existe pas à l'époque tant est forte la croyance dans l'existence d'un « vrai sexe ». Plus généralement, l'idée de faire de l'acte de baptême (futur acte de naissance) un reflet de la vie des personnes qu'on mettrait à jour au fur et à mesure des évolutions de son existence est tout à fait inexistante, le système des mentions marginales de l'état étant au demeurant systématisé seulement par le code civil de 1804 et avec une utilisation encore très limitée par rapport à ce qu'il en est aujourd'hui.
- 12 La différence avec la première période contemporaine examinée (1992) est donc très forte puisque l'identité, et notamment le genre, se prouve au quotidien avec un titre d'identité : en France, la carte nationale d'identité créée par un décret n° 55-1397 du 22 octobre 1955²⁷ ou le passeport (actuellement le décret n° 2005-1726 du 30 décembre 2005), même si ces documents ne sont pas obligatoires, comme le rappelait en 2010 une réponse ministérielle²⁸, et qu'il est possible d'apporter la preuve de son identité par tout moyen. Cette situation est néanmoins problématique pour les personnes transgenres, puisque le genre fixé sur ce document est établi à partir de la mention du « sexe » inscrite sur l'acte de naissance, lequel document fait partie des pièces à produire pour l'obtention de cette carte. Cela signifie donc que toutes les personnes dont le genre affirmé au quotidien ne correspond pas à celui assigné à la naissance seront mises en difficulté soit à raison de la transgression du système de genre, soit à raison d'accusations infondées de falsification du titre d'identité, quand bien même les progrès technologiques des cartes d'identité rendent de plus en plus difficiles les opérations de falsification. On le voit, le vêtement, et plus généralement l'apparence extérieure, ne perdent pas toute incidence dans le système d'identification du genre contemporain. C'est d'ailleurs ainsi qu'on peut comprendre les conditions tenant à la chirurgie lorsque les changements de marqueur de sexe à l'état civil vont commencer à être autorisés en France. Même encore aujourd'hui en France, à un moment où le juge n'a plus le droit de refuser le changement au motif d'une absence de stérilisation ou de traitement hormonal²⁹, l'apparence n'a pas perdu tout rôle, le juge pouvant contrôler celle-ci lors de la procédure de changement. En atteste par exemple la décision de la Cour de cassation du 4 mai 2017 refusant la demande d'inscription d'un sexe neutre à l'état civil pour le motif, notamment, que la personne requérante disposerait d'une barbe, attribut masculin³⁰. Cela étant, cette place donnée au vêtement

dans le système quotidien d'identification du genre demeure secondaire : c'est toujours la pièce d'identité qui est mise au premier plan.

- 13 Il est probable néanmoins que cette situation change d'ici 2040. En effet, l'importance croissante donnée au respect de l'identité de genre des personnes, sous l'influence du principe (d'origine européenne³¹) d'autodétermination, devrait conduire les États à reconnaître le genre des individus indépendamment de la mention du « sexe » figurant sur leurs titres d'identité, cette mention-même étant appelée à disparaître pour mieux respecter le droit au respect de la vie privée des individus³². En France, la circulaire du 29 septembre 2021, intitulée *Pour une meilleure prise en compte des questions relatives à l'identité de genre en milieu scolaire*³³, ouvre cette voie dans le prolongement de recommandations antérieures du Défenseur des droits³⁴. Elle recommande en effet à la communauté éducative de respecter l'identité de genre affirmée par l'enfant (si du moins ses deux parents* en sont d'accord), ce qui passe par le respect des choix de l'enfant quant à son prénom et ses vêtements, peu importe ce qu'indique son état civil. Contestée devant les tribunaux, en raison de sa contradiction alléguée avec les normes régissant l'état civil, la validité de cette circulaire a bien été admise par le Conseil d'État au nom du principe de l'école inclusive inscrit à l'article L. 111-1 du code de l'éducation³⁵. De même, cette pleine reconnaissance de l'identité de genre devrait aboutir à redonner une place centrale au vêtement et à l'apparence extérieure comme première indication du genre des personnes. Un certain rapprochement s'opèrera ainsi avec la période médiévale, même si l'acceptation globale de la transidentité demeurera alors très différente d'une période à l'autre. Quoi qu'il en soit, cette différence centrale sur le rôle de la pièce d'identité entraîne un certain nombre de corollaires qu'il convient à présent d'examiner.

B. Le corollaire : les types de contentieux liés au genre

- 14 L'existence ou non d'un titre d'identité fixant le genre entraîne également un corollaire important sur les procédures juridiques liées à l'identification du genre. En effet, l'existence d'un titre d'identité a un effet centralisateur, en ce sens que les contentieux vont être centralisés autour du genre à l'état civil à partir duquel ce titre a été établi.
- 15 Au Moyen Âge, les contentieux ou les procédures dans lesquelles apparaît la question du genre sont assez variées. Celui-ci est fondé sur un paradoxe apparent : les seuls textes juridiques qui interdisent explicitement de se présenter selon un sexe qui n'est pas le sien sont d'ordre canonique (le *Deutéronome* 22,5, Concile de Gangres repris dans le Décret de Gratien). Or, compte tenu de la présence d'au moins 35 saintes, dont la première martyre, Thècle, réputées avoir vécu tout ou partie de leur vie comme des hommes, ou habillées ainsi, le droit canonique avance plusieurs dérogations, tant que l'on évite les péchés qui pourraient être associés à l'habit masculin³⁶. Thomas d'Aquin, dans la *Somme théologique*, évoque ces dérogations liées à la « nécessité », tel que porter de tels vêtements pour « se cacher des ennemis, ou bien par manque d'autres vêtements » (II, II, 169, article 2, solution 3) ; il évoque aussi les justifications de l'interdiction (I, II, 102, article 6, solution 6), à savoir ne pas se faire reconnaître par Dieu tel qu'on est (porter un habit d'homme pour une femme est associé à l'interdiction juive de porter des vêtements mélangés de lin et de laine), risquer l'idolâtrie (culte de Mars pour lequel les femmes étaient vêtues en guerrières), et attirer la concupiscence

(car les courtisanes s'habillent en homme)³⁷. Lorsque ces risques peuvent être évités, le port d'un habit autre que celui de son sexe est toléré.

- 16 Le crime de « travestissement » n'existe pas en soi au Moyen Âge (le mot apparaît d'ailleurs au ^{xvi}e siècle et l'augmentation des procès est surtout sensible au ^{xviii}e siècle³⁸). Ainsi, il faut que les juristes vérifient si le non-respect de son sexe conduit à des crimes. On condamne l'intersection de ce changement de sexe avec d'autres normes telles celles concernant la sexualité dite normale (c'est-à-dire celle à visée procréative entre un homme et une femme), le mariage (lui aussi nécessairement hétérosexuel et soumis à des interdits de consanguinité importants) ou encore l'accès à des métiers interdits aux femmes (prêtrise, fonctions militaires). Par exemple, pour le mariage d'un dénommé Jean en 1388, ce sont les citoyens de Constanz qui dénoncent un possible mariage illicite : Jean a des seins (et est probablement une personne intersexuée) et on se demande s'il ne s'agit pas d'un mariage entre deux femmes, susceptible de condamnation pour « sodomie ». À la suite de l'examen physique du mari, on le relâche car il possède une vulve et un pénis, ce qui permet de rendre le mariage légitime³⁹. Autre exemple fameux, Jeanne d'Arc. Jeanne, qui vivait comme fille mais portait des habits d'hommes en tant que militaire, a été condamnée* en 1431 comme relapse. Son jugement se fait à l'intersection entre politique (dans un contexte de guerre civile), religion (hérésie), et justice civile. Ses habits masculins lui furent interdits par la première procédure, car suspects d'hérésie, mais al* les remit, ce qui conduisit à sa condamnation pour être retombée* dans l'erreur⁴⁰.
- 17 L'acte de naissance n'est jamais au cœur du procès. Les contentieux sont en outre généralement sectoriels, même si ont pu exister des dispenses papales permettant de porter les habits de l'autre sexe⁴¹, encore que rien ne garantissait à la personne que cette dispense serait reconnue dans l'ordre laïc. Notons que la question du genre de la personne apparaît aussi dans les processus de canonisation où le fait d'avoir changé de sexe pouvait être pris en compte. Ce fut le cas pour Joseph de Schönau, connu sous le nom d'Hildegonde, et dont on tente, à partir de 1188, d'écrire la vie en vue d'une canonisation. Or, dans ce récit, a une grande importance le fait que, à l'image des saintes du haut Moyen Âge Eugénie ou Marine⁴², Joseph de Schönau ait été un personnage capable de « *genus transire* » (littéralement, faire une transition de genre), puisque né fille il avait vécu toute sa vie en homme dans un monastère cistercien. La question du sexe est aussi soulevée lors de procès pour sodomie où le fait de n'être pas considéré du sexe que l'on revendique pouvait être un moyen d'échapper à la condamnation (au cas où l'accusé venait à être considéré comme « hermaphrodite », comme à Constanz en 1388) ou au contraire d'en être frappé (si le statut d'hermaphrodite n'était pas accordé). On peut mentionner le procès de Rolandina Ronchaia à Venise en 1355, où l'accusée* est mentionnée* sous un nom masculin par les enquêteurs (Rolandinus), mais connue* par le public sous le nom de Rolandina et désignée* comme ayant une apparence féminine. Toutefois on ne mentionne pas le fait que cette personne ait pu être « hermaphrodite », ni qu'elle ait pu changer de genre, et l'assignation masculine aboutit à une condamnation pour sexualité non conforme qui, dans une période de sévère répression, conduit à la peine de mort⁴³. Rolandina pouvait être, selon nos critères actuels, aussi bien une personne transgenre qu'une personne intersexuée, mais c'est son comportement sexuel qui fut criminalisé, non son genre en soi. Notons pour finir que, dans ces affaires, les personnes transgenres subissent l'ordre du genre bien plus qu'elles n'en bénéficient. En effet, dans l'extrême majorité des cas,

les procédures juridiques engagées se font contre leur volonté et visent à réaffirmer l'intangibilité des catégories de genre dans des hypothèses où les personnes transgenres auraient tenté de s'en écarter, en profitant de l'absence de système fiable et centralisé d'enregistrement de leur genre.

- 18 La situation est assez différente avec ce qui se passe dans la période contemporaine où les possibilités de contourner le système officiel d'identification du genre sont bien plus ténues⁴⁴. Cette plus grande effectivité conduit à une réorientation du contentieux qui va se porter avant tout autour de l'état civil, et plus précisément de l'acte de naissance, que l'on va chercher à rectifier (rétroactivement) ou à changer (pour l'avenir). Le contentieux se déplace donc en amont de l'application des règles de droit dépendant du sexe. En effet, contraintes par la mention du sexe sur les titres d'identité, laquelle les empêchent de vivre conformément à leur sexe revendiqué malgré les opérations médicales auxquelles elles peuvent parfois se soumettre, les personnes transgenres initient des contentieux pour obtenir la modification de leur état civil. Seule cette voie leur permet en effet d'obtenir des tiærs* d'être traitées d'une manière conforme à leur identité de genre. Le cas de Coccinelle, cette célèbre chanteuse de cabaret des années 1960-80, permet de bien le comprendre. En effet, désireuse de se marier avec un homme, Coccinelle se résout à faire changer son état civil, en se présentant comme une personne intersexuée pour laquelle il y aurait eu une erreur d'assignation du sexe à la naissance. C'est là que va ensuite se nouer un contentieux. Une fois son changement obtenu, le mariage est célébré sans encombre⁴⁵, la décision de rectification de son état civil dissuadant les tiærs de toute action ultérieure pour le contester. Au Moyen Âge, la situation se serait passée tout à fait différemment puisque, si d'aventure des personnes s'étaient opposées à un tel mariage, c'est à l'occasion de celui-ci que le contentieux se serait noué.
- 19 Cette centralité acquise par l'état civil dans le contentieux devrait néanmoins vraisemblablement évoluer d'ici à 2040. Devrait en effet réapparaître, comme au Moyen Âge, un contentieux des catégories de genre sans lien avec l'état civil ou à tout le moins postérieurement au changement d'état civil. En effet, le droit de chaque personne à l'autodétermination de son genre devrait aboutir à terme à la déjudiciarisation du changement du marqueur de genre et donc à l'absence de tout contrôle en amont. Pour autant, on ne saurait exclure que des contentieux surgissent *a posteriori*, lors de l'application de règles dépendant du genre, en particulier les règles sur les quotas (seules règles différentialistes encore acceptées dans une société prohibant les discriminations entre les femmes et les hommes). En effet, le droit fondamental de toute personne d'accéder à un tribunal permet (ou devrait permettre) aux individus contestant le genre d'autrui de contester celui-ci en justice, afin de priver la personne des avantages de la catégorie de genre à laquelle elle dit appartenir. Cette diversification du contentieux est d'ores et déjà observable à la suite de la démedicalisation du changement de genre intervenue dans plusieurs États et qui conduit à un déplacement du contentieux de l'état civil vers les règles sexuées ou genrées. Le cas des prisonniers transgenres en est un bon exemple. En effet, l'administration pénitentiaire française continue à se montrer très réticente à l'idée de transférer en quartier de femme des personnes qui auraient obtenu le changement de leur état civil sans avoir été stérilisées⁴⁶, invoquant toute sorte d'arguments pour ne pas avoir à respecter l'état civil de la personne⁴⁷. De même, existent des différends sur le droit de porter des vêtements de femmes dans des quartiers d'homme, contentieux que la reconnaissance progressive de l'identité de genre ne permet pas d'évacuer

simplement par la référence à l'incongruité d'un tel comportement par rapport à l'état civil et contraignant dès lors l'administration pénitentiaire à mobiliser des arguments de nature sécuritaire⁴⁸. Le cas des sportiz* pourrait aussi être invoqué lorsque, sous couvert d'arguments liés à l'équité sportive, les fédérations sportives viennent priver d'accès aux compétitions féminines des sportiz transgenres ou intersexués*, ayant pourtant bien un état civil correspondant à celui demandé par le règlement⁴⁹. Autant d'exemples de contentieux où la question n'est plus celle du « vrai sexe » à l'état civil, mais plutôt celle de la possibilité pour la personne transgenre de bénéficier de telle ou telle règle sexuée ou genrée.

- 20 Où l'on voit à nouveau comment les fortes différences entre le Moyen Âge et la première période contemporaine examinée tendent à se relativiser sous l'influence des droits humains et notamment du principe d'autodétermination de son identité de genre. Tel n'est pas toujours le cas cependant. La prise en compte des droits humains peut aussi nous éloigner de logiques communes aux deux premières périodes comparées.

II. Les constantes actuelles en cours d'effacement

- 21 La première constante que devrait effacer le progrès des droits humains d'ici 2040 est le caractère limité dans leurs conditions et/ou leurs effets des procédures de changement du marqueur de genre (A). La seconde est celle tenant à la permanence d'un « ordre du genre exclusif » au Moyen Âge et aujourd'hui (B).

A. Les effets limités du changement de genre

- 22 L'examen des procédures officielles de changement du marqueur de genre dans l'Ancien droit montre que celles-ci sont rares et réservées surtout à une certaine élite ayant accès aux autorités suprêmes (religieuses ou laïques), seules à même d'aménager cet ordre du genre. De même, sont rares les cas où les personnes ayant changé de genre sont percées dans leur secret après la mort et, même dans ce cas, il arrive qu'elles demeurent malgré tout bien perçues par leurs contemporains*. Nous ne connaissons pas d'autres cas que ceux des saintz* transgenres du Moyen Âge. Pour la plupart des personnes transgenres de cette époque, il n'existe pas de procédure officielle de changement et la découverte de leur « vrai sexe », lorsque ces personnes ont tenté de s'en émanciper, entraîne une réassignation de sexe. Certes, les interstices laissés vides par le système juridique d'identification du genre demeurent à l'époque suffisamment larges pour permettre aux personnes transgenres, ayant une apparence conforme à leur identité de genre, de vivre comme elles l'entendent. Cependant, ces personnes ne peuvent profiter de cette « possession »⁵⁰ d'un état civil qu'autant que leurs caractéristiques sexuées ne sont pas découvertes. Aussitôt qu'elles sont découvertes, les risques encourus, y compris de condamnation pénale parce que le changement de genre leur aurait permis l'accès à des avantages interdits à leur sexe, peuvent être extrêmement importants. Ces risques diffèrent cependant au Moyen Âge lorsqu'il s'agit de personnes non mariées, vivant dans des monastères masculins par exemple, sur le modèle de Marin et Eugène (sainte Marine et sainte Eugénie). Généralement, ces personnes ne sont guère sanctionnées et sont, au pire, condamnées à remettre les habits de leur sexe. Gerson, au moment du Procès de Jeanne d'Arc, expliquait ainsi que

toute l'ancienne loi n'avait pas été conservée dans la nouvelle, et notamment le Deutéronome 22 qui empêchait les femmes de s'habiller en homme et vice-versa. Il reprenait les arguments de la *Somme Théologique* évoquant ces exceptions : si elle n'a rien d'autre, pour voyager, se cacher de l'ennemi, échapper au viol⁵¹ Jeanne d'Arc pouvait s'habiller en homme. Au contraire, l'intersection entre changement de genre ou d'apparence et mariage ou sexualité était potentiellement pénalisable au nom de l'interdiction de la sodomie, effective à partir du XI^e siècle⁵², et largement criminalisée en Italie aux XIV^e-XV^e siècles, ce qui explique la condamnation à mort précédemment mentionnée de Rolandina Ronchaia, arrêtée pour « vice sodomite » en 1355. Une législation plus restrictive sera mise en place à partir du XVIII^e siècle, notamment avec les procès pour « *Female Husbands* », personnes mariées sous un statut d'homme et souvent dénoncées en tant que femmes par leur propre épouse lors d'un contentieux⁵³.

- 23 Dans la première période contemporaine considérée, lorsque se mettent en place des procédures de changement de la mention du sexe à l'état civil, celles-ci sont soumises à des conditions extrêmement strictes tenant à la médicalisation, à l'âge, au statut matrimonial, aux ressources financières, à l'accès au droit et à la nationalité, de sorte finalement que nombre de personnes transgenres refusent de ou ne peuvent pas rentrer dans ces parcours⁵⁴, tentant alors, malgré leur titre d'identité, de vivre dans le genre affirmé, non sans quelques sentiments « de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété », pour reprendre les mots de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁵. Du côté des effets, en revanche, le changement est relativement bien reconnu, même si persiste le risque d'effets partiellement reconnus, comme en atteste la situation actuelle des athlètes transgenres où certaines fédérations subordonnent leur participation à l'existence d'une médicalisation très précoce⁵⁶. Aujourd'hui, à l'heure où les conditions médicales s'assouplissent, l'on voit ressurgir cette tendance à limiter la reconnaissance de l'identité de genre du côté des effets, notamment en matière de règles d'établissement de la filiation pour les parentz transgenres ayant préservé leurs facultés procréatrices⁵⁷.
- 24 Cette tendance à limiter le changement de genre quant aux conditions ou aux effets, devrait néanmoins s'estomper à l'avenir. Là encore, les progrès des droits humains devraient conduire non seulement à supprimer progressivement les barrières au changement de genre, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu le faire à propos de la condition médicale⁵⁸, mais aussi toutes les limitations des effets de ce changement⁵⁹. À terme, l'on peut donc penser que les personnes trans n'auront plus à vivre dans les interstices du droit mais pourront pleinement être reconnues par l'ordre juridique lui-même.

B. La permanence d'un ordre du genre exclusif

- 25 Une autre constante qu'on peut observer entre l'Ancien Droit et la première période contemporaine examinée est l'existence de normes d'identification du genre soutenant un « ordre du genre exclusif ». Par cette expression, nous entendons un ordre du genre hiérarchique, où tout le monde n'a pas accès aux mêmes droits ou ressources, et naturaliste, où est imposé une binarité des catégories sexuées et genrées ainsi que l'hétérosexualité.
- 26 Au Moyen Âge, en effet, un ordre du genre différenciant les statuts et strictement binaire était en place. Parmi les importantes différences figuraient celles concernant

l'héritage, les filles en ayant été progressivement exclues à partir du XI^e siècle⁶⁰. Autre différence importante : les procès, où la parole des femmes appelées à témoigner était jugée moins fiable que celle des hommes, mais où il pouvait arriver que les femmes soient traitées comme des mineurz* s'agissant des fautes par elles commises et, dès lors, condamnées à ce titre à une peine moins importante⁶¹. Des différences existaient également concernant les professions, en particulier à partir du XV^e siècle lorsque se multiplièrent les statuts de corporations excluant les femmes ou s'efforçant à tout le moins qu'elles ne puissent pas y exercer des fonctions à responsabilité⁶². En lien avec ceci, les femmes n'étaient également en principe pas acceptées dans les armées, même si existaient des exceptions aussi fameuses que rares, telles que Mathilde de Toscane s'engageant au XII^e siècle pour le Pape ou Jeanne d'Arc se mettant au service du Dauphin de France au XV^e siècle. Quant à la binarité, il s'agissait avant tout d'une binarité du genre et non des caractéristiques sexuées, puisque l'existence de personnes « hermaphrodites » était reconnue et largement discutée par les philosophes, théologiens, juristes et docteurs⁶³. Concrètement, la personne « hermaphrodite » devait donc se rattacher au « sexe prédominant » en elle, lui permettant alors d'accéder à un mariage légitime⁶⁴. L'Europe du Moyen Âge s'écarte sur ce point d'autres parties du monde et notamment de l'empire Byzantin conférant aux eunuques un statut à part, à côté de celui des femmes et des hommes⁶⁵. Le cas au IX^e siècle d'Ignace de Constantinople, castré contre son consentement pour être exclu du trône, mais néanmoins apte plus tard à devenir patriarche et saint, est largement documenté⁶⁶.

- 27 Dans la première période contemporaine examinée, survient, au lendemain de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1946⁶⁷, un vaste mouvement d'égalisation des statuts d'homme et de femme, lequel tend à aplanir les hiérarchies passées, imposant une redéfinition sémantique du terme « homme » (redéfinition déjà largement préparée par l'Académie française⁶⁸). Même si toutes les conséquences de cette norme égalitaire mettront du temps à être tirées, y compris jusqu'à aujourd'hui – que l'on songe aux inégalités persistantes dans les obstacles juridiques à l'accès des femmes aux fonctions religieuses ou encore à l'égalité de visibilité des femmes et des hommes dans la langue⁶⁹ –, l'égalisation des statuts demeure réelle. Pour autant, la division binaire du genre ne disparaît pas, car la prise en compte des droits humains se limite alors à cette époque aux seules femmes et non aux minorités de genre. Ainsi, les demandes de reconnaissance d'autres identités de genre à l'état civil se heurtent-elles à des refus des autorités⁷⁰, invoquant parfois la nécessité de la binarité pour l'organisation sociale – ce qui n'est qu'une manière d'affirmer leur attachement à un ordre du genre exclusif⁷¹ –, tandis que, dans le même temps, l'ordre juridique veille sur les frontières du genre en exigeant des « transfuges de sexe »⁷² qu'ils* adoptent un comportement et une apparence non équivoque aux regards des standards du masculin et du féminin. Par rapport aux périodes antérieures, l'on peut même dire que la binarité de cet ordre du genre se renforce. En effet, à partir des années 1960, commencent à se répandre en Europe des pratiques médicales de repérage et d'effacement systématiques des organes génitaux atypiques par rapport aux standards des corps mâles et femelles⁷³, de sorte que disparaît progressivement de nos représentations mentales la figure de l'hermaphrodisme, encore pourtant très présente au XIX^e siècle⁷⁴.
- 28 Il n'est pas certain toutefois que cet ordre du genre exclusif persiste en 2040. D'une part, en effet, il est des raisons de croire que, à terme, le principe du respect dû à la vie

privée et son corollaire qu'est le droit à la protection des données personnelles, conduira à une suppression de l'enregistrement automatique des caractéristiques sexuées et du genre sur l'acte de naissance, facilitant les parcours d'une catégorie de genre à l'autre. D'autre part, devraient être reconnues, en application du principe d'autodétermination précité, des identités de genre non binaires, voire la possibilité de refuser toute classification de genre, de la même manière qu'aujourd'hui il est possible de se définir comme sans religion⁷⁵. Ces modifications profondes de l'état civil, au cœur du dispositif d'enregistrement du genre, conduiraient selon nous à ébranler cet ordre du genre exclusif. Ces évolutions, jointes à l'extension des quotas pour les femmes ainsi que pour les minorités de genre, comme on le voit poindre dans certains États⁷⁶, devraient permettre d'établir un ordre du genre inclusif, combattant les hiérarchies et la naturalisation, au lieu de les entretenir.

NOTES

1. M. H. Caviness, « Féminisme, *Gender Studies* et études médiévales », *Diogenes*, 225/1, 2009, p. 33-54.
2. J. Le Goff, *Un autre Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1999.
3. C. Klapisch-Zuber, *La Maison et le nom : stratégies et rituels dans l'Italie de la Renaissance*, Paris, EHESS, 1990 et, dirigé par la même autrice, *Histoire des femmes en Occident*, t. II : *Le Moyen Âge*, Paris, Plon, 1991.
4. Y. Thomas, « Présentation du numéro *Histoire et droit* », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 57/6, 2002, p. 1425-1428.
5. Soucieuz* de pouvoir dire ce qui se pense, les autaires ont fait le choix d'user dans cet article d'un langage inclusif suivant les régularités proposées dans Alpheratz, *Grammaire du français inclusif*, Paris, Vent Solars, 2018.
6. A. Klosowka, G. La Fleur, M. Raskolnikov, *Trans Historical, Gender Plurality before the Modern*, New York, Cornell University Press, 2021 ; A. Spencer-Hall et B. Gutt (dir.), *Trans and Genderqueer Subjects in Medieval Hagiography*, collection *Hagiography Beyond Tradition*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2021.
7. G. Houbre, « Francois et Jean, nés filles au XIX^e siècle », *L'Histoire*, 372, p. 80-84 et de la même autrice « Parcours transgenres dans la France du XIX^e siècle », *Médecine/Sciences*, 38, 2022, p. 801-807.
8. G. Sideris « La trisexuation à Byzance », *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, dir. M. Riot Sarcey, Paris, Bibliothèque historique Larousse, 2010, p. 77-100 ; C. Maillat, *Les genres fluides, de Jeanne d'arc aux saintes trans*, Paris, Arkhê, 2020.
9. C. Rolker, « Der Hermaphrodit und seine Frau. Körper, Sexualität und Geschlecht im Spätmittelalter », *Historische Zeitschrift*, 297, 2013, p. 593-620.
10. B. Moron-Puech, « Regards comparatistes sur la mention du sexe à l'état civil pour les personnes transgenres et intersexuées », *État civil et transidentité. Anatomie d'une relation singulière. Genre, identité, filiation*, Aix-en-Provence, PUP, 2021, p. 211-250.
11. V. Cour de Justice des Communautés Européennes, *P c. S et Cornwall County Council*, 30 avr. 1996, C-13/94 ; *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, 27 avr. 2006, C-423/04 ; Parlement européen, Résolution, *Feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations*

fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 4 févr. 2014 ; *MB c. Secretary of State for Work and Pensions*, 26 juin 2018, n° C-451/16 ; Commission Européenne, *LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025*, 12 Nov. 2020. Le principal argument mobilisé ici est le principe de non-discrimination.

12. Conseil de l'Europe, Assemblée Parlementaire, *Condition des transsexuels*, 29 sept. 1989, Recommandation 1117 (1989) ; Cour européenne des droits de l'homme [CEDH], *B c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87 ; Commissaire aux droits de l'homme, *Droits de l'homme et identité de genre*, 29 juill. 2009, CommDH/IssuePaper(2009)2 ; CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juill. 2002, n° 28957/95 ; Assemblée Parlementaire, *Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre*, 27 avr. 2010, Résolution 1728 (2010) ; Assemblée Parlementaire, *La discrimination à l'encontre les personnes transgenres en Europe*, 22 avr. 2015 Résolution 2048 (2015) ; ECHR, *A.P., Garçon and Nicot v France*, 6 avr. 2017, n°s 79885/12, 52471/13 and 52596/13). Le principal argument mobilisé est celui du droit au respect de la vie privée et du principe de non-discrimination.

13. ONU, Conseil des droits de l'homme, HRC, *Droits de l'homme, orientation sexuelle et identité de genre*, 17 juin 2011, Résolution 17/19 ; Haut-Commissaire aux droits de l'homme, *Lois et pratiques discriminatoires et actes de violence dont sont victimes des personnes en raison de leur orientation sexuelle ou de leur identité de genre*, 17 nov. 2011, A/HRC/19/41 ; Haut-commissariat aux droits de l'homme, *Born Free & Equal: Sexual Orientation and Gender identity in International Human Rights Law*, Sept. 2012, HR/PUB/12/06 ; Haut-commissariat aux droits de l'homme, *Living Free & Equal: What States Are Doing to Tackle Violence and Discrimination Against LGBTI people*, 2016, HR/PUB/16/3.

14. Cette date est fixée en contemplation du délai qui a été nécessaire pour permettre aux personnes homosexuelles de bénéficier pleinement de leurs droits humains, entre l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1983, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, prohibant la criminalisation des relations homosexuelles, et l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 23 avril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, condamnant un État pour ne pas avoir de textes criminalisant des discours discriminatoires tenus à l'égard des personnes homosexuelles. Certes, le droit au mariage ne leur est pas encore garanti et l'on pourrait donc en déduire que cette évolution vers un plein respect des droits humains n'est pas encore aboutie, mais les personnes homosexuelles ont désormais accès à des formes protectrices d'union dont on voit mal comment, en l'état de la jurisprudence européenne (B. Moron-Puech, « Des difficultés juridiques des familles MISSEG en Europe, dites aussi familles arc-en-ciel », *Whatever*, 4, 2021, p. 329-356), elles pourraient produire des effets différents de ceux du mariage. En outre, quand bien même il faudrait cinquante ou soixante années pour parvenir à un plein respect des droits de ces personnes, le renforcement progressif de l'effectivité des droits humains devrait conduire à une réduction de la temporalité. La durée de quarante années nous paraît donc crédible.

15. J.-P. Gutton, *Établir l'identité : L'identification des Français du Moyen Âge à nos jours*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2010.

16. A. Lefebvre-Teillard, *Histoire du droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°s 57 et 65.

17. La bureaucratisation qui, de la création des actes de baptême à leur laïcisation en acte d'état civil, puis en leur déploiement *via* les titres d'identité à partir du XIX^e siècle (G. Noiriel, « Surveiller les déplacements ou identifier les personnes ? Contribution à l'histoire du passeport en France de la I^{re} à la III^e République », *Genèses*, 30, 1998 p. 77-100 ; P. Piazza, *Histoire de la carte nationale d'identité*, Odile Jacob, 2004 ; V. Denis, « Histoire de l'identité en France », *Identification et surveillance des individus*, dir. C. Aghroum *et al.*, Éditions de la Bibliothèque publique d'information, 2010 ; J.-P. Gutton, *op. cit.*), conduit les services de l'Église, puis de l'État, à s'immiscer davantage dans la vie quotidienne des individus pour en régir le comportement. L'urbanisation et les mouvements de population après 1945 qui, faisant échapper les individus au contrôle de leur communauté d'origine, rend nécessaire pour les États le développement d'autres outils de contrôle de l'identité des individus que la mémoire de cette communauté. La technicisation enfin qui, offrant aux États des instruments pour enregistrer, centraliser,

systématiser et fiabiliser les documents d'identité, leur permet de réaliser leurs ambitions de contrôle de l'identité des individus.

18. G. Noiriel, « L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain », *Genèses*, 13, 1993, p. 3-28.

19. Voyez par exemple l'échec de la contestation du principe même des titres d'identité qu'a tenté de porter devant la Cour européenne des droits de l'Homme le professeur de droit, Filip Reyntjens : Commission européenne des droits de l'homme, 9 septembre 1992, *Filip Reyntjens*, n° 16810/90.

20. K. Zweigert et H. Kötz, « The Method of Comparative Law », *An Introduction to Comparative Law*, 3^e éd, Part I, Chapter 3, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 23-47.

21. Reproche formulé dans J. Husa, « Functional Method in Comparative Law – Much Ado About Nothing? », *European Property Law Journal*, 2/1, avril 2013, p. 4-21. Reproche adressé à Zweigert et Kötz qui ont ainsi pu soutenir que « en droit, les seules choses qui sont comparables sont celles qui ont la même fonction » (*op. cit.*, p. 34).

22. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, n°s 13-15.

23. Il y a sans doute, dans cet ordre d'exposition, la manifestation d'une croyance des autaires suivant laquelle le passé n'est jamais si éloigné qu'on ne le croit du présent, et inversement.

24. Pour le détail des modalités de contrôle, v. C. Avignon, « Prohibitions canoniques en matière de parenté », *Les stratégies matrimoniales (IX^e-XIII^e siècle)*, dir. M. Aurell, Turhnout, Brepols, 2013, p. 237-255. La décrétale d'Urbain II à l'évêque de Gênes précise la notion de témoignage et est reprise dans le Décret de Gratien en C. 36, q. 6, c. 3.

25. J. Théry, « Fama : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisiteur (XII^e-XIV^e s.) », *La preuve en justice : de l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2003.

26. N. Zemon Davis, *Le Retour de Martin Guerre*, Paris, Tallandier, 2008 [1983].

27. *JORF*, 27 octobre 1955, p. 10604.

28. *JOAN*, 26 octobre 2010, p. 11713 (réponse à la question n° 84003 de Thomas Jean-Claude).

29. Art. 61-6 al. 3 du code civil.

30. Cass., 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

31. Principe pour la première fois reconnu dans l'arrêt CEDH, 10 mars 2015, *Y.Y. c. Turquie*, n° 14793/08, § 102.

32. D. Borrillo, « La mention du sexe à l'état civil : De l'indisponibilité de l'état des personnes à l'autodétermination », colloque *De l'hermaphrodisme à l'intersexuation*, Université Paris-Diderot, 24 juin 2017, <https://hal.science/hal-01597545/>.

33. *BOENJS*, n° 36, 30 septembre 2021.

34. Défenseur des droits, *Décision-cadre relative au respect de l'identité de genre des personnes transgenres*, n° 2020-136, 18 juin 2020, spécialement les recommandations n° 2 (sur les personnes mineures) et 3 (sur l'emploi).

35. CE, 28 septembre 2022, n° 458403, 1^{re} et 4^e SSR, *Mentionné au Tables*.

36. F. Villemur, « Saintes et travesties du Moyen Âge », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 10, 1999 ; *Trans* historicities, Transgender Quaterly*, 5/4, 2018.

37. « *Ad sextum dicendum quod, sicut dicitur Eccli, 19, amictus corporis enuntiat de homine. Et ideo voluit Dominus ut populus eius distingueretur ab aliis populis non solum signo circumcisionis, quod erat in carne, sed etiam certa habitus distinctione. Et ideo prohibitum fuit eis ne induerentur vestimento ex lana et lino contexto et ne mulier induerentur veste virili, aut e converso, propter duo. Primo quidem, ad vitandum idololatriae cultum. Huiusmodi enim variis vestibus ex diversis confectis gentiles in cultu autem Veneris e converso viri utebantur vestibus mulierum. Alia Ratio est ad declinandam luxuriam. Nom per commixiones varias in vestimentis omnis inordinate commixtio coitus excluditur. Quod autem mulier induatur veste virile, aut e converso, encentivum est concupiscentiae, et occasionem libidini praestat* »,

Thomas d'Aquin, *Summa Theologicae*, Commissio Leonina - J. Vrin, Rome / Paris, 1989, (I, II, 102, article 6, solution 6).

38. Des procès pour prise d'habit de l'autre sexe à l'époque moderne sont analysés dans R. M. Dekker et L. van de Pol, *The Tradition of Female Transvestism in Early Modern Europe*, Basingstoke, Macmillan, 1989 et S. Steinberg, *La confusion des sexes. Le travestissement de la Renaissance à la Révolution*, Paris, Fayard, 2001.

39. « En l'an du seigneur 1388, au jour de la saint Martin, une fille est née chez un citoyen nommé Hell et fut baptisée du nom de Catherine. Quand elle grandit, elle portait des vêtements d'homme, se déclara homme, et se fit appeler Jean. Ensuite, Jean se maria avec une belle jeune fille, ils avaient tous deux vingt ans. Il poussa à Jean des seins comme sa femme. Ensuite les citoyens de Rottweil envoyèrent ce couple marié à la cour ecclésiastique de Constance, pour savoir s'il s'agissait d'un mariage convenable. John fut examiné, il avait un penis et une vulve. Le couple fut renvoyé chez lui, tous deux ensemble », Chronique de Konstanz, Stadtarchiv Konstanz, A I 1, fol. 127ra, cité par C. Rolker, « Der Hermaphrodit und seine Frau. Körper, Sexualität und Geschlecht im Spät-mittelalter », *Historische Zeitschrift*, 297, 2013, p. 593-620 et traduit par les auteurs.

40. Dans la délibération du 12 avril 1431 (44^e séance), al* est déclaræ* hérétique et schismatique. Al se soumet, et s'habille en femme le 20 avril et échappe à la mort avant d'être ramenæ* en prison. Le 28 mai, trouvæ habillæ en homme en prison, on suppose que c'est sur la suggestion du diable et al est déclaræ relapse pour être retombæ dans ses erreurs et hérétique par Maître Nicolas de Venderes, monseigneur Gilles, abbé du monastère de la Sainte-Trinité de Fécamp, ainsi que trente-six docteurs en théologie, et licenciés de droit canon (J.-É. Quicherat, *Procès de condamnation et de réhabilitation de Jeanne d'Arc, dite la Pucelle : publiés pour la première fois d'après les manuscrits de la Bibliothèque royale, suivis de tous les documents historiques qu'on a pu réunir et accompagnés de notes et d'éclaircissements*, vol. 1, Paris, Jules Renouard, 1849, p. 471-472).

41. Le cas le plus connu est plus tardif et date du xvii^e siècle, Catalina de Erauso et le pape Urbain VIII, v. Sherry Velasco, *The lieutenant Nun, Transgenderism, Lesbian Desire and Catalina de Erauso*, p. 57. Ainsi que l'autobiographie de Catalina de Erauso, *Memoirs of a Basque Lieutenant Nun, Transvestite in the New World, Catalina de Erauso*, Boston, 1996, Beacon Press, p. 78.

42. Sources analysées par V. R. Hotchkiss, *Clothes Makes the Man: Female Cross Dressing in Medieval Europe*, New-York, Routledge, 1996 et C. Maillet, *op. cit.*

43. Ce cas est décrit par G. Ruggiero, *The Boundaries or Eros. Sex, Crime and Sexuality in Renaissance Venice*, Oxford, Oxford University Press, 1958, p. 136 ; le récit du procès est conservé dans les archives judiciaires de Venise, *Signori di notte al criminale*, registro 6, f. 64.

44. V. néanmoins quelques cas de réassignations *post mortem* contemporains, montrant la persistance de possibilités de contournement : K. Espineira, « Transitude : pratiques et effets des réassignations post-mortem », *Frontières*, 31/2, 2020.

45. Coccinelle, *Coccinelle par Coccinelle*, Paris, Filipachi, 1987, p. 13 et *Libération*, 17 mars 1962.

46. CE, ord., 9 décembre 2021, n° 458871, inédit et la décision de première instance sur laquelle v. D. Robert et B. Moron-Puech, « Qu'est-ce qu'une femme pour l'administration pénitentiaire ? Note sous TA Clermont-Ferrand, 26 nov. 2021, n° 2102482 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2022, chronique 26.

47. *Ibidem*.

48. TA Lyon, 27 septembre 2022, n° 2103087.

49. J. Mattiussi. « Bi-catégorisation des sexes et compétitions sportives : vers la fin d'un dogme », *Recueil Dalloz*, p. 1822-1827, 2022 ; P. Michel, « La nouvelle réglementation de la FINA sur l'éligibilité des athlètes intersexes et transgenres, ou le danger de l'exclusion », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique 34, 2022. Ces pratiques semblent cependant vouées à disparaître au vu de la jurisprudence récente de la Cour européenne, v. CEDH, GC, 11 juillet 2023, *Semenya c. Suisse*, n° 10934/21.

50. On hésite ici à recourir à la notion juridique de possession d'état, car semble manquer un élément constitutif d'une telle possession, à savoir son caractère dit « public » (cf. art. 311-2 du code civil). Sur ces éléments constitutifs et cette notion v. not. F. Granet-Lambrechts et P. Hilt, « Possession d'état », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021.
51. J. Gerson, *Traité de Jean Gerson sur la pucelle (Opus de Mirabili Victoria [1429])*, trad. J.-B. Monnoyeur, Paris, Champion, 1910, p. 24-25, éd. Quicherat, *op. cit.* III, p. 298.
52. P. Damien, *Livre de Gomorrhe*, XI^e s., trad. J.-F. Cottier, Paris, Cerf, 2021.
53. J. Manion, *Female Husbands: A Trans History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
54. Pour l'incidence de la classe sociale d'appartenance sur la transition (ou non) de genre à l'état civil, v. E. Beaubatie, *Transfuges de sexe. Passer les frontières du genre*, Paris, La découverte, 2021.
55. CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/85, utilisant ces termes pour décrire la situation des personnes transgenres ne pouvant pas, du fait la législation étatique, modifier leur marqueur officiel de genre pour le faire correspondre à leur identité de genre.
56. FINA, *Policy on eligibility for men's and women's competition categories*, juin 2022.
57. V. en France les résistances des juges du fond à reconnaître le lien de filiation dans l'affaire Cass., 1^{re} civ., 16 septembre 2022, n°s 18-50.080 et 19-11.251. Adde CEDH, 4 avril 2023, *O.H. et G.H. c. Allemagne*, n°s 53568/18 et 54941/18. Adde CC, 8 juillet 2022, décembre, n° 2022-1003 ; QPC sur laquelle v. B. Moron-Puech, « La *capitis deminutio* des personnes transgenres consacrée par le Conseil constitutionnel, une vision dépassée de l'office du juge au XXI^e siècle », *Recueil Dalloz*, n° 43, 15 décembre 2022.
58. CEDH, 6 avril 2017, *AP, Garçon et Nicot c/ France*, n°s 79885/12, 52471/13 et 52596/13. Adde la récente décision dans l'affaire *Semenya c. Suisse* (*supra*, note 46).
59. V. en ce sens la décision précitée Cass. 1^{re}, 16 septembre 2020 dont on a pu dire, dans une lecture optimiste, qu'elle protégeait pleinement les droits des personnes transgenres.
60. C. Klapisch-Zuber Christiane, *Histoire des femmes en Occident*, t. 2 : *Le Moyen Âge*, Paris, Plon, 1990 ; R. Le Jan, *Femmes, pouvoir et société dans le haut Moyen Âge*, Paris, Picard, 2001.
61. D. Lett, *Hommes et femmes au Moyen Âge, histoire du genre, XII^e-XV^e siècle*, Paris, Armand Colin, 2013.
62. F. Rivière, « Women in craft organizations in Rouen (14th-15th Century) », *Craftsmen and Guilds in the Medieval and Early Modern Periods*, dir. E. Jullien et M. Pauly, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2016.
63. C. Rolker, *op. cit.*
64. *Ibid.*
65. G. Sideris, *op. cit.*
66. S. Tougher, « Holy Eunuchs! Masculinity and Eunuch saints in Byzantium », *Holiness and Masculinity in the Middle Ages*, dir. P. H. Cullum et K. J. Lewis, Cardiff, University of Wales, 2004, p. 93-108 ; F. Szabo, « Non standard Masculinity and Sainthood in Niketas David's Life od Patriarch Ignatios », *Trans and Genderqueer Spubjects in Medieval Hagiography*, dir. A. Spencer Hall et B. Gutt, Amsterdam, AUP, 2021, p. 109-129.
67. Son préambule affirme en effet l'égalité des femmes et des hommes.
68. É. Viennot, « À propos de la croyance en l'inclusion du signifié femme dans le mot homme », *Droits humain pour tout·e·s*, Montreuil, Libertalia, 2020.
69. Pour la réaffirmation et la défense de cette inégalité v. Premier ministre, *Circulaire relatives aux règles de féminisation et de rédaction des textes publiés au Journal officiel de la République française*, 21 novembre 2017, texte déclaré conforme aux normes constitutionnelles et conventionnelles par le Conseil d'État (CE, 2^e et 7^e SSR, 28 février 2019, *Association GISS et Fourtic*, n° 414821 et sur cette décision v. B. Moron-Puech, « La grammaire peut-elle être illicite ? La réponse de l'arrêt GISS et Fourtic », *Tribonien*, 3, 2019, p. 124-143).
70. Aux Pays-Bas : HR, 30 mars 2007, n° ECLI:NL:HR:2007:AZ5686 ; en France : Cass., 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17.189.

71. Rappr. É. Viennot et J. Wiels, « Être féministe en 2020 ou comment faire face au succès », *Diogène*, 2019/3, n° 267-268, p. 6-27.
72. E. Beaubatie, *op. cit.*
73. I. Löwy, « Intersexe et transsexualités : Les technologies de la médecine et la séparation du sexe biologique du sexe social », *Cahiers du genre*, 34, 2003/1, p. 81-104 ; J. Manion, *op. cit.* ; M.-X. Catto, « La mention du sexe à l'état civil », *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, dir. S. Henneville-Vauchez, M. Pichard et D. Roman, Paris, CNRS, 2014, p. 29-47.
74. M. Le Mens, *Modernités hermaphrodites*, Paris, éditions du Félin, 2019.
75. Un lien peut d'ailleurs être fait entre absence d'enregistrement de la religion et absence d'enregistrement du sexe. V. B. Moron-Puech, « La mention du sexe sur les documents d'identité. Par-delà une binarité obligatoire », *Dimension sexuée de la vie sociale : État civil, genre et identité*, Journées d'études EHESS, Marseille, 2016, <https://hal.science/hal-01374403v2>.
76. V. en Argentine la *Loi pour la promotion de l'accès à un emploi formel pour les personnes travesties, transsexuelles et transgenres (Loi Diana Sacayán - Lohana Berkins)*, n° 27.636, 8 juillet 2021 ; pour les États-Unis, v. naguère en Californie la loi *Corporations: boards of directors: underrepresented communities*, AB 979, loi aujourd'hui abrogée par la justice fédérale (Eastern District Court of California. *All. for Fair Bd. Recruitment v. Weber*, n° 2:21-cv-01951, 16 mai 2023) et qui prévoyait des quotas pour toutes les communautés sous-représentées (« *underrepresented communities* »), y compris donc les minorités de genre. Demeure aux États-Unis une règle concernant les entreprises cotées aux Nasdaq et leur imposant, au titre des règles de bonne gouvernance des entreprises, des quotas de diversité pour, outre les femmes, les « minorités sous-représentées ou les LGBTQ+ » (Nasdaq, Règle 5605(f)).

RÉSUMÉS

On pourrait croire que les pratiques d'identification du genre ont profondément changé avec l'introduction des règles permettant le changement de l'état civil. Pourtant, en imaginant ce que pourrait être le système d'identification du genre dans le futur, s'il était déjudiciarisé et fondé sur l'autodétermination, on peut le comparer avec le droit médiéval. En pratique des personnes prenaient l'initiative de changer leur genre social, et si celui-ci leur était contesté, cela se faisait *a posteriori*, parce que cette transition de genre les amenait à contrevenir à d'autres règles concernant le mariage et ou l'entrée dans d'autres statuts conditionnés par le genre des personnes. L'assignation de genre reposant alors, dans le passé comme dans le futur, sur la base de témoignages, plutôt que sur les documents écrits.

One might think that the way through which gender is identified has changed profoundly with the introduction of civil status change procedures. However, if we imagine what the gender identification system could be in the future, if it were diverted and based on self-determination, we can compare it with medieval law. In practice, people took by then the initiative to change their social gender, and if this was challenged, it was done after the fact, because this gender transition led them to contravene other rules concerning marriage and legal inequalities between men and women. Gender judgement would then proceed in the past as well as in the future based on testimonies, rather than written documents.

INDEX

Keywords : transgender, civil status, identification of persons, gender studies, human rights

Mots-clés : transidentité, état civil, identification des personnes, études sur le genre, droits de l'homme

AUTEURS

CLOVIS MAILLET

Chargé de cours HES Responsable du Work.Master, HEAD – Genève (Haute école d'art et de design)-HES-SO – Haute Ecole Spécialisée de Suisse Occidentale

BENJAMIN MORON-PUECH

Université Lumière Lyon 2, CERCRID et Transversales

Chercheur associé au Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris-Panthéon-Assas

La dogmatique du genre dans la matrice doctrinale du « droit français » (second XVI^e siècle)

Arnaud Le Gonidec

Dans la tradition aristotélicienne, le genre (*genus*) maintient une identité nominale, c'est-à-dire une certaine continuité, entre des individus par-delà l'espace et le temps. Si la catégorie logique du genre est de toute évidence bien éloignée de son acception contemporaine, les deux registres philosophique et sociologique communient néanmoins dans l'imaginaire dogmatique des juristes du second XVI^e siècle en proie à la déliquescence du corps social.

La doctrine du second XVI^e siècle, dans son ensemble, ne se présente pas comme un bloc monolithique¹. Cependant, la récurrence de quatre « signifiants-clé »² au sein de certains traités juridiques décèle, de manière empirique, l'existence d'une « collectivité d'auteurs »³ idéologiquement structurée⁴. Sensibles à la mise corporelle des représentations sociales, nombre de ces juristes proches de « l'école des Politiques »⁵ ont eu l'expérience personnelle des guerres civiles, à l'exemple de Jean Papon (1507-1590)⁶, de François Grimaudet (1520-1580)⁷, de Guy Coquille (1523-1603)⁸, de Jean Bodin (1529-1596)⁹, d'Étienne Pasquier (1529-1615)¹⁰, de Louis Le Caron (1534-1613)¹¹ et de Pierre Pithou (1538-1596)¹². Les violences du temps, les meurtres et les massacres, ont exercé une puissance épiphanique¹³ en révélant le continuum « psychosomatique » de la réalité sociale au double versant du corporel et de l'idéal¹⁴. Aussi, nonobstant l'anachronisme des concepts, l'épistémologie juridique du second XVI^e siècle partage-t-elle avec les études de genre une attention toute particulière à « la chair des rapports sociaux »¹⁵.

En amont de la *summa divisio*¹⁶, les juristes considérés envisageaient les solidarités en termes de « corps »¹⁷ dont la métaphore souligne la continuité structurelle depuis l'infiniment petit (*homo mundi epitome*) jusqu'à l'infiniment grand (*mundus vero μεγαυθρωπος*)¹⁸. Si la croyance en un ordre universel est ancestrale, la représentation du « corps politique », à partir des années 1560, évoque un organisme en putréfaction¹⁹. Par exemple, Antoine Loisel (1536-1617) témoigne avoir vu « un homme couché par

terre, froissé, meurtry, & moulu en toutes les parties de son corps, ressemblant proprement à ceux qui avoyent esté batus & fustigez nuds de verges ou escourgées depuis la teste iusques aux pieds »²⁰. Ce corps, nous apprend Loisel, est celui de l'État qui lui est apparu « non par vision ou fantosme, ains en vérité & par effect & senty »²¹.

La continuité entre microcosme et macrocosme, depuis l'individu jusqu'au corps politique, est étayée par la tripartition stoïcienne des corps qui est inspirée par le traité de Plutarque sur les « préceptes conjugaux » (*de praeceptis coniugalibus*²²). Largement commentée par les juristes français²³, cette tripartition est présentée par Pomponius dans un fragment rapporté au Digeste²⁴. D'abord les unités « congénitales », simples et indivisibles, façonnées d'une seule pièce. Ensuite les corps « conjoints » ou « cohérents » composés de différentes parties liées entre elles (*connexum legatur*) comme les maisons. Enfin les entités multiples dont le lien n'est plus physique (*corpora plura non soluta*) mais nominal (*uni nomini subiecta*) à l'exemple des peuples, des légions ou des troupeaux. Cette tripartition apporte une grille d'analyse à l'étude des solidarités sociales et plus largement à celle du droit public. Si la troisième catégorie confère avec les « corps en nom collectif » que sont les États²⁵, la seconde concorde avec les communautés coutumières « à pain et à pot » alors que la première, qui donne à voir la forme élémentaire des corps sociaux, renvoie à l'union charnelle des époux²⁶. Les juristes considéraient en effet, à la suite de Cicéron, que la famille était « séminale de la république »²⁷.

Bien que l'appréhension aristotélicienne du genre (*genus*) n'a que peu à voir avec les représentations sociales des corps sexués, ces deux registres communiquent cependant dans l'imaginaire nuptial d'où procèdent les représentations organicistes des solidarités sociales. La doctrine de la communauté conjugale préfigure celle des corps politiques, depuis les paroisses jusqu'à l'État. Équilibrant l'aporie du « corps universel » (I), l'union matrimoniale du « sexe fort » et du « sexe faible » est animée par la dialectique des contraires qui, pour les dogmaticiens du premier âge baroque²⁸, participe plus largement à l'institution symbolique du droit (II).

I. Le genre universel, de la théorie maritale à la réalité fraternelle

Pour les juristes du second XVI^e siècle, le genre s'inscrit dans la dialectique du multiple dans l'un qui, exprimant une continuité temporelle, opère par génération puis régénération des espèces²⁹. Ces juristes ne pouvaient être que familiarisés avec cette notion dont les jurisconsultes romains faisaient déjà grand cas. Par exemple, si le promettant ne peut stipuler que des choses certaines qui sont réellement dans sa possession, le jurisconsulte romain Paul prend le contre-exemple du « vin » qui peut faire l'objet d'une stipulation alors que le raisin est encore sur pieds. Dans ce cas, le vin n'est pas compris comme une espèce mais comme un genre qui contient en lui les trois temps du passé, du présent et du futur³⁰. La notion de genre rejoint ainsi l'idée de transcendance qui est la marque principale du « corps politique qui par subrogation doit durer toujours »³¹. Guy Coquille fait ici référence aux communautés coutumières dont l'universalité se manifeste par la cohabitation des trois générations : « En ces Communautés ont fait compte des enfans qui ne savent encore rien faire, pour espérance qu'on a qu'à l'avenir ils feront ; on fait compte de ceux qui sont en vigueur d'âge, pour ce qu'ils font ; on fait compte des vieux, & pour le conseil & pour la

souvenance qu'on a qu'ils ont bien fait ». Synonyme de parenté, le genre est encore l'argument avec lequel Jean Papon récuse la théorie nobiliaire des races³² : puisque nobles et roturiers ont une même origine, c'est-à-dire un même « genre », c'est donc que la noblesse est un statut social qui ne relève aucunement de l'inné³³. Le *genus* ouvre ainsi une perspective généalogique qui, tissant les liens à travers le temps, recherche « l'estoc & la source d'une lignée, ou toute la lignée rapporte son commencement »³⁴.

La qualité universaliste du genre s'illustre dans l'imaginaire organique de l'union charnelle des époux (A). Cette universalité n'est cependant que théorique puisque, au versant réaliste du droit des biens, le régime de la communauté universelle n'apparaît qu'avec la communauté continuée par les enfants³⁵ (B).

A. Androgyne, représentation organique des liens de solidarité

Qualifié de « naturel », le premier des liens sociaux est l'union charnelle des époux que la doctrine rapporte de manière unanime à l'imaginaire organique de la Genèse : « Ils seront deux en une seule chair »³⁶ (Gn 2,24). La conjonction de deux personnes en un seul corps donne à voir l'unité multiple élémentaire. Cette représentation n'est pas propre à l'univers biblique. Très certainement inspiré par la mystique juive³⁷, Jean Papon attirait l'attention sur les similitudes entre cette métaphore et la mythologie érotique présentée par Platon dans le dialogue du *Banquet*. La mise en regard des traditions sacrée et païenne invitait les juristes à considérer le genre androgyne comme une image de la divinité, c'est-à-dire comme une incarnation de l'universel.

L'humanité primitive fut, selon Platon, d'un unique genre androgyne. Masculin et féminin ne formaient qu'un seul être et « nous étions une seule pièce »³⁸. Papon synthétise ainsi *Le Banquet* (192e) : « Au commencement de la création du monde, l'homme fut composé de deux corps ensemble joints, l'un viril & l'autre féminin, qui fut Androgin, c'est-à-dire masle & femelle. » Le juriste retrouve cette idée au second chapitre de la Genèse, verset 23, dont il propose cette traduction : « Je congnois maintenant, que cest os est de mes os, & sens que ceste chair est de ma chair. »³⁹ Le genre androgyne, par l'union du masculin et féminin, est ainsi à l'image de la divinité : « Dieu le Créateur fit l'homme à sa semblance, & le créa masle & femelle »⁴⁰. L'être androgyne est sans commune mesure, insulaire et « autarcique ». Suivant Bodin, ce dernier terme est une qualité qui, exprimant l'idée d'autosuffisance, ne peut être « attribuée sinon qu'à Dieu seul »⁴¹. L'être autarcique incarne le principe de raison (*prima causa*), celui de la non-contradiction, qui ne connaît aucune altérité⁴². Incommensurable, il est sans contraire et sans égal (*nihil contrarium, nihil æquale*)⁴³.

Éveillant l'humanité à la contradiction, la division sexuée mit un terme à l'autarcie des origines⁴⁴. La différenciation des sexes fit ainsi naître chez chacun et chacune une négativité, ou plutôt une absence, qui, source de désir, présiderait à toute sociabilité⁴⁵.

« La conjonction conjugale »⁴⁶, donnant à voir la texture organique de la solidarité, est symbolique au sens littéral. En effet, après avoir présenté la division sexuée du genre humain, Platon assure que chaque individu n'est alors plus qu'un « symbole d'homme » (*anthropou symbolon*)⁴⁷. Le terme de symbole rejoint celui d'affection que les juristes percevaient comme la marque privilégiée du consentement. Pour Guy Coquille par exemple, « quand l'amitié entre les deux mariez n'est pas excellente, la lignée en vaut moins parce qu'ils ne se mêlent pas de toutes leurs affections »⁴⁸. La confusion entre affection et consentement est l'œuvre d'une lecture croisée du Digeste⁴⁹ et du Code⁵⁰

d'après lesquels, suivant les interprètes, « le consentement du mariage se démontre par amitié »⁵¹. Cette démonstration est également symbolique dans la mesure où le terme de « symbole » est utilisé par Louis Le Caron pour désigner le baiser qui formalisait en droit romain la promesse des fiançailles⁵². Claude Mignault (1536-1606) s'accorde avec cette interprétation dans un traité sur la notion de « symbole » proposé en guise de préambule des rééditions des *Emblèmes* d'André Alciat⁵³.

Si les notions de symbole, de confusion charnelle, d'affection, de consentement, de baiser, d'amour et d'amitié concourent à la richesse sémantique de l'imaginaire conjugal, le lien « symbolique » se communique plus largement aux « affinités par alliance »⁵⁴. Davantage que l'union entre deux individus, le mariage scelle la rencontre entre deux lignées : « l'une passe dans l'autre » dit Modestin⁵⁵ que reformule Le Caron : « L'homme & la femme conjointes ensemble par mariage de deux sont faits un, & partant leurs consanguins & cousins par tel lien sont conjointes avec eux »⁵⁶. Le terme de symbole est en effet synonyme de commissure⁵⁷ au sens organique où l'entendait Bodin évoquant « une jointure entre deux pièces de bois » (*per commissuram, ut inter se ligna*⁵⁸). La pièce de bois (*lignum*) et le corps humain sont des illustrations des corps simples proposées par Pomponius dans la tripartition stoïcienne des corps⁵⁹. L'union matrimoniale prolonge une « lignée » (de *lignum*) que le vocabulaire coutumier parentélaire traduit par « lignage, ramage & branchage »⁶⁰. Le mariage assure ainsi la « commissure » entre les générations successives d'un même organisme mystique aux allures d'arbre de consanguinité.

Actualisation charnelle du genre androgyne, la communauté conjugale précise la dimension organique du lien social. La traduction juridique de cette union est que les époux ne forment alors plus qu'une « même cause » sur laquelle repose le régime de la communauté des biens⁶¹.

B. Le régime de la communauté universelle

Incarné par Androgyne, le principe du « deux dans un » trouve une traduction en termes de patrimoine : les époux « seront un & communs en biens »⁶². Le régime de la communauté, dont les commentateurs médiévaux signalaient déjà l'originalité française⁶³, signifie que les époux vivent « mutuellement conjoints »⁶⁴. L'envers dogmatique de ces deux termes envisage le régime de la communauté en son versant « réaliste ».

En effet, l'idée de mutualité renvoie à un transport de propriété « du mien au tien ». Ce principe est énoncé dans le plus ancien contrat réel du droit romain : le *mutuum*⁶⁵. Le prêt mutuel gît dans le transfert de la propriété d'un objet depuis les mains du créancier jusqu'aux mains du débiteur en sorte « que le mien est fait tien » (*ex meo tuum fiat*⁶⁶). Cette étymologie douteuse, mais heureuse, trouve un écho dans les paroles solennelles échangées par les nouveaux époux : « Mon corps est à toi »⁶⁷. L'image de confusion charnelle des époux trouve ainsi son pendant réaliste dans une « masse », au sens littéral, dont la représentation étaye le régime de l'indivision⁶⁸.

Si l'idée de corps confère avec celle de masse, la notion de « conjugalité » précise la facture solidaire du lien conjugal. Le *coniux* traduit littéralement le « conjoint ». Époux et épouse sont appelés à supporter les mêmes charges dans la mesure où le *iugum* désigne le « joug » de labour⁶⁹. Cette idée se précise au détour du droit successoral. Le Caron remarquait que le droit romain différenciait les legs *disiunctos* des legs *coniunctos*⁷⁰.

Les premiers sont personnels et les colégataires ne sont pas tenus les uns des autres⁷¹. À l'inverse, les seconds stipulent l'obligation solidaire des colégataires de supporter les charges pesant sur le legs : pour Justinien, ces héritiers sont alors considérés comme une seule et même personne (*quasi in unum corpus redacti sunt*⁷²).

L'union conjugale est une communauté de labeur dans laquelle les époux sont envisagés comme des « collaborateurs »⁷³. Le régime de la communauté comprend les « acquêts » et « conquêts » qui désignent les immeubles acquis conjointement par le mari et la femme du temps de la communauté. Mari et femme sont considérés comme des « parsonniers » et le mariage comme relevant d'un droit de société dont le principe structurant est l'égalité entre associés⁷⁴. L'union matrimoniale est évoquée en termes de « société conjugale » (*coniugalis societas*⁷⁵) et les biens communs explicités au regard du titre *pro socio* du *Digeste*⁷⁶.

Cependant, les juristes refusent que la communauté entre époux puisse être universelle. En effet, si le mythe d'Androgyne figure l'idée de transcendance, ce n'est ici que la vocation du mariage et non pas une réalité actuelle. À défaut de descendance, les propres familiaux obéissent au principe coutumier *paterna paternis, materna maternis*⁷⁷ en sorte que l'époux survivant est étranger à la succession du défunt⁷⁸. L'antagonisme entre ménage et lignage, c'est-à-dire entre l'idée de société et celle de filiation, est affaire de casuistique. Un contentieux présenté au parlement de Paris en septembre 1594, entre la survivante et les héritiers collatéraux, porte sur un retrait féodal effectué par le *de cuius* du temps de la communauté. La veuve, ou du moins l'arrêteste Georges Louet qui rapporte le cas, fonde son droit à succéder sur le verset de la Genèse du « deux dans un »⁷⁹. Les héritiers lui opposent que ce retrait ne répond pas au droit de société mais au droit du sang (*non iure societatis sed iure quodam speciali sanguinis*) : pour eux, cet héritage n'est pas en nom commun (*non nomine communi*) mais en nom « propre », c'est-à-dire « celui de l'estoc duquel est la parenté ». Si le défunt avait eu des héritiers directs, les droits de société et de succession se seraient confondus dans l'hérédité que le droit romain considérait comme une *universitas*⁸⁰. Suivant Papon, l'hérédité est « un corps imaginaire tenant de l'université »⁸¹ qui possède une personnalité juridique semblable aux corps des villes et aux sociétés (*quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas*⁸²). En effet, l'universalité des biens n'est préservée qu'en cas de succession en ligne directe suivant laquelle « les deux souches des biens paternels & maternels [...] ont été confus en l'enfant »⁸³. La communauté continuée entre le parent survivant et les enfants est ainsi la première forme « réelle » de communauté universelle.

Dérogatoire au droit romain, l'existence de la communauté continuée est constatée dès le XIII^e siècle⁸⁴. Un des principaux piliers du régime de la communauté universelle est un adage de droit coutumier suivant lequel « le mort saisit le vif »⁸⁵. La doctrine de cette maxime, dont l'effet est d'ouvrir droit aux interdits possessoires, trouve ses racines dans le creuset médiéval des droits savants⁸⁶. L'instantanéité de la succession est un principe contraire au droit romain qui suppose toujours une appréhension de fait. Les commentateurs distinguaient quant à eux les possessions « naturelle », « civile » et « artificielle »⁸⁷. Dans les deux derniers cas, la possession est l'œuvre d'une « fiction »⁸⁸ étayée par un renvoi aux Douze Tables⁸⁹. Dans le cadre d'une succession *ab intestat*, la continuité entre le *de cuius* et les héritiers paraît « évidente » dans la mesure où elle est formalisée par la continuité du « nom de famille » entre le *paterfamilias* et le *filiusfamilias*⁹⁰. La permutation symbolique dans l'ordre des filiations, la subrogation du

mort par le vivant, opère donc au registre nominal en sorte que, suivant le juriste coutumier Masuer, « père & fils sont estimez mesme personne »⁹¹. Si Jean Duret soulignait lui aussi que « le père & le fils ne font qu'un », il poursuivait en indiquant que les « frères sont tenus pour estre une mesme chair »⁹². Le principe d'universalité, illustré par le genre Androgyne, trouve ainsi une incarnation « réelle », non pas dans la confusion charnelle des époux, mais dans le fruit de cette union au registre fraternel de la communauté continuée.

II. La faiblesse du sexe. Exégèse civiliste

L'idée de communauté conjugale⁹³, et plus particulièrement celle en régime universel⁹⁴, trouve dans le terme grec *koinônia* une expression savante. Suivant la tradition érudite, ce terme confère avec celui de « communauté » par l'entremise de la traduction latine de l'œuvre d'Aristote par Thomas d'Aquin (*communitas*⁹⁵) puis de celle-ci vers le français par Nicole Oresme (commune policie⁹⁶). Le terme *koinônia* revêt une dimension ontologique particulière qui, traduisant la communauté des contraires et le multiple dans l'un⁹⁷, se décline chez Aristote en termes de justice et de réciprocité⁹⁸. Plutôt que l'homogénéité, cette communauté suppose la diversité des éléments qui la composent. Si la communauté d'intérêts (*koinônia*) est absente entre deux médecins, elle est réelle entre un médecin et un cultivateur « et d'une manière générale entre des contractants différents et inégaux qu'il faut pourtant égaliser »⁹⁹.

La *koinônia* rejoint ainsi la mythologie érotique à laquelle se réfèrent les juristes de l'ancien droit¹⁰⁰. D'après le *Banquet* de Platon, Éros serait né de l'union de Porus et de Pénia, allégories ancestrales de l'abondance et de la pauvreté¹⁰¹. La dialectique des contraires anime encore l'union des sexes masculin et féminin dont les représentations civilistes renvoient à l'union du « sexe fort » et du « sexe faible »¹⁰². Nonobstant la misogynie évidente de ces assignations sexuées, il s'agit ici d'interroger les conséquences juridiques de ces représentations. Une brève analyse sous l'angle de la théorie de la représentation permet de proposer une définition paradigmatique de la faiblesse qui, dans la doctrine étudiée, confère avec une absence corporelle dont la négativité préside à l'institution symbolique du droit (A). Aussi, plutôt qu'une infirmité physique, la faiblesse du sexe apparaît-elle comme une condition juridique « détériorée », autrement dit, comme un fait social (B).

A. La représentation et l'institution symbolique du droit

La faiblesse n'est pas un attribut exclusif de la féminité. La catégorie des « personnes foibles & débiles » comprend encore les orphelins, les mineurs, les insensés et les prodiges¹⁰³ ; prendre soin de ces personnes (*pro curare*) « concerne le public » dit Bodin qui se réfère au premier fragment au titre des tutelles du *Digeste*¹⁰⁴. Le jurisconsulte Paul y rapporte le sentiment de Servius d'après lequel cet office consiste à protéger celui qui « ne peut se défendre par lui-même » (*se defendere nequit*) : c'est ici, dit Paul, « un don du droit civil » (*iure civili data*¹⁰⁵). La femme mariée connaît « une perpétuelle tutelle »¹⁰⁶ et c'est une règle de l'ancien droit français de « secourir les femmes afin qu'elles soient défendues [...] *propter sexus imbecilitatem*, comme au fait au mineur¹⁰⁷ ». Le Caron renvoie à Paul qui énonçait la règle que nul ne doit tirer avantage de l'ignorance du droit à l'exception des mineurs de 25 ans et « des femmes à cause de la

faiblesse de leur sexe » (*propter sexus infirmitatem*¹⁰⁸). Aussi le mari est-il, dans l'ancien droit français, le tuteur légitime de son épouse¹⁰⁹.

La catégorie des personnes faibles comprend enfin les absents¹¹⁰ qui, à l'image des pupilles, sont incapables de défendre leurs intérêts par eux-mêmes. Aussi, à l'image de la tutelle, assurer leur défense relève-t-il de l'intérêt public (*publicè utile*¹¹¹). L'absence est un cas paradigmatique de faiblesse : pour René Choppin, les « pupilles, les insensés & les furieux sont réputés absents [...] il faut en dire autant des femmes »¹¹². Être incorporel, l'absent est un corps symbolique qui, par définition, est inapte au rapport de force.

Le principe de représentation était inconnu de l'ancien droit romain. La représentation n'apparaît qu'avec la loi Hostilia¹¹³ qui autorise tout citoyen à poursuivre l'auteur d'un vol commis au préjudice d'une personne qui, en raison de son absence, est « empêchée de se défendre elle-même »¹¹⁴. Pallier la faiblesse de l'absence est ainsi une fonction historique du droit. Les personnes « faibles » n'agissent que par l'intermédiaire d'une « procuration », autrement dit, à travers l'action d'un représentant¹¹⁵.

Le droit civil refuse aux femmes de défendre les intérêts d'un tiers¹¹⁶. C'est ici un principe constitutif des représentations civilistes du féminin et du masculin : « C'est office viril que de prendre l'adveu & défense d'autrui, & hors d'office féminin »¹¹⁷. Si la femme est injuriée, le mari peut agir en justice sans elle alors que l'inverse n'est pas vrai¹¹⁸. L'incapacité juridique des femmes touche en effet à la représentation : « Femme ne peut s'obliger pour autrui »¹¹⁹. Les femmes mariées sont incapables de donner caution, mandat, fidéjussion et autre intercession. Cette incapacité les exclut plus généralement des charges civiles et publiques¹²⁰. Toutes ces fonctions qui opèrent d'après les ressorts de la représentation définissent les *officia virilia* renseignés au troisième livre du *Digeste* aux titres *de postulando* et *de procuratoribus et defensoribus*. Le mari, quant à lui, est réputé « légitime Procureur des choses qui appartiennent à sa femme »¹²¹.

La femme mariée est comme étrangère à l'espace public puisque la procuration vise précisément à présentifier une absence¹²². C'est parce que le procureur « est réputé présent » (*praesenti esse videtur*) qu'il est en mesure de défendre les intérêts de l'absent¹²³. Un procureur peut ainsi être forcé d'entreprendre la défense d'une cause si la chose litigieuse est estimée périssable par le requérant alors que le constituant est absent (*praesens non sit*¹²⁴). La dialectique de l'absence et de la présence, du représenté et du représentant, anime la grammaire du droit. J. Duret rapporte un fragment de Modestin dans lequel le procureur est regardé « par la pensée » comme le représentant d'une personne qui, à travers lui, est réputée présente¹²⁵. De même pour J. Papon, en matière judiciaire, « il ne semble aucunement être raisonnable, que sous la collusion de l'un présent, le droit de l'absent soit offensé. Par ainsi est raisonnable que le droit de celui qui ne sera ouï soit réserve, sauf, & entier. »¹²⁶ Aussi « le secours que doit l'homme présent à l'autre absent » relève-t-il, selon Papon, du « droit des hommes »¹²⁷.

Aux confins des mondes physique et psychique, découvrant ainsi l'abord métaphysique de la réalité sociale, la procuration relie le corps d'une personne présente à la volonté d'une autre qui est absente, c'est-à-dire *ab sum*, celle qui dit : « je suis ailleurs »¹²⁸. La représentation juridique vise à rendre audible celui qu'on ne saurait entendre naturellement¹²⁹. Les *procuratores* sont, pour Le Caron, « nécessaires afin que ceux qui ne peuvent entendre & subvenir à leurs affaires puissent estre aydez & secourus par ceux ausquels ils en auroient donné la charge »¹³⁰. La doctrine de la procuration, qui

préside au développement historique du droit administratif¹³¹, substitue l'intelligible à l'intangibles en sorte que, témoignant de l'efficacité symbolique du droit, « le représentant figure le représenté, assure la présence de l'absent par l'imputation directe des actes passés en son nom »¹³². L'absent est un être imaginaire dans la mesure où il ne peut être ni vu ni touché. La réalité corporelle de l'absent est une hypothèse sur laquelle repose la fiction du droit civil qui opère à la manière d'un lien de signification entre signifiant et signifié : du représentant au représenté, le *corpus* du premier répond à l'*animus* du suivant¹³³. Ainsi le discours sur la « faiblesse du sexe » ne prend-il sens, pour ainsi dire logique (*logos*), qu'au regard de l'institution symbolique du droit. C'est, en somme, un déni de réalité.

B. Une condition juridique « détériorée »

La « faiblesse du sexe » est un montage juridique en dehors de toute considération naturelle. Le corps féminin, bien que réellement présent, est civilement inopérant et comme absent de l'espace public. Le langage juridique l'exprime de manière nette : « Comme la femme mariée ne peut obliger ses biens sans l'autorité de son mary, encores moins peut-elle obliger son corps »¹³⁴. Il est également interdit aux femmes « de recevoir en elles l'obligation d'autrui »¹³⁵. Si certains auteurs suggèrent une cause physique à cette incapacité¹³⁶, d'autres y voient une répartition sexuée des espaces publics et privés. Le Caron se réfère à Ambroise de Milan qui pensait que les charges civiles sont des attributions masculines alors que le « ministère domestique » relève de la féminité¹³⁷. Si la femme mariée n'intervient pas dans la sphère publique, ce serait « pour respecter & honorer son mary [...] plutôt que pour l'infirmité de son sexe »¹³⁸. La nuance est subtile mais elle ne substitue pas moins l'essence par le fait social. La « faiblesse » féminine traduit moins une réalité physique qu'une « pudeur », c'est-à-dire une convenance¹³⁹. Choppin évoque pour sa part la « coutume & façon de vivre »¹⁴⁰. Pour Le Caron, l'incapacité juridique de la femme mariée relève des « mœurs, c'est-à-dire de l'usage commun »¹⁴¹. Le droit coutumier concorde avec cette interprétation « sociologique » dans la mesure où l'incapacité juridique n'atteint ni les femmes divorcées¹⁴² ni les marchandes publiques¹⁴³. Duret s'interrogeait ainsi sur la nature de la relation conjugale : le mari était-il le « vray seigneur des biens de la femme » ou seulement un maître « imaginaire »¹⁴⁴ ?

En définitive, « la faiblesse du sexe » témoigne d'une condition juridique « détériorée »¹⁴⁵ puisque la femme mariée se voit dénier l'intégrité de sa personnalité juridique, *in corpore* et *in anima*. Selon l'article 226 des coutumes réformées de Paris, le mari ne peut engager, aliéner ni même échanger les propres de son épouse « sans le consentement de sadite femme »¹⁴⁶. Ce n'est donc pas la cause *in anima* de la possession qui fait défaut mais la réalité charnelle de l'épouse.

L'union de l'homme et de la femme, dont la solidité organique est incarnée par le genre Androgyne, représente la première catégorie de la tripartition stoïcienne des corps et contient en germe les principaux attributs doctrinaux des « corps universels ». Le corps induit une solidarité sociale explicitée au détour du droit matrimonial alors que l'universel renvoie à une transcendance explicitée au regard du droit successoral. Ces deux axes expriment les solidarités horizontale et verticale de l'État dont les deux interdits structurels, pour le cas français, sont « le fort portant le faible » et « le mort saisit le vif »¹⁴⁷. Cherchant à conjurer les guerres civiles en donnant un sens intelligible aux liens de solidarité¹⁴⁸, les juristes étudiés ont travaillé la structure du « corps

mystique »¹⁴⁹ aux confins de la filiation et du lien social : « La loy feigne que le père & le fils, le mary & la femme soient une mesme & seule personne »¹⁵⁰. La fiction de la double identité charnelle et filiale concorde avec la doctrine des communautés coutumières « entre frères »¹⁵¹. « Ce ne sont pas le père et la mère qui forment le tronc mais le frère et la sœur, qui constituent entre eux une unité, *quoddam unum*, parce qu'ils ont une seule chair, *una caro*. »¹⁵² L'*unitas carnis* « n'est que l'affirmation d'un fait réel, tandis qu'entre époux ce n'est qu'une fiction »¹⁵³. Le génie réaliste des praticiens du second xvi^e siècle est d'avoir transféré cet imaginaire coutumier au registre de la solidarité sociale au détour du droit fiscal. En effet, selon les plus grands praticiens du temps, si l'impôt doit être universel, c'est parce que tous participent d'un même corps (*in unum coëant*¹⁵⁴). Le terme de symbole, utilisé au registre matrimonial comme un signe ostensible de consentement, est utilisé par les mêmes juristes au registre du droit fiscal pour désigner la structure solidaire des paroisses¹⁵⁵. La *symbola* devient synonyme de « collecte », c'est-à-dire de paroisse fiscale, dont l'ambivalence sémantique inscrit l'impôt au chapitre de la convivialité et de la commensalité¹⁵⁶.

Le terme de genre, au xvi^e siècle, est entendu et utilisé suivant son acception aristotélicienne ancestrale. L'universalisme inhérent à cette notion confère néanmoins avec des représentations sexuées dont le caractère artificiel était déjà perçu comme tel par les premiers artisans du droit français. Au-delà des représentations, leur exégèse révèle l'économie symbolique du droit et plus largement des imaginaires sociaux.

NOTES

1. G. Cazals, « Une renaissance. Doctrines, littérature et pensée juridique du xvi^e siècle en France », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 14, 2018.
2. Concept analytique transposé au registre des institutions juridiques par P. Legendre, *Jourir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1976, p. 102.
3. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Paris, Dalloz, « Méthodes du droit », 2004, p. 6-9.
4. Ces « signifiants-clé » sont une maxime de droit fiscal (« le fort portant le faible »), un mot d'esprit humaniste (« *phrear unde fratias* »), le syntagme « droit François » et le terme d'État revêtu de sa majuscule de souveraineté. Ces locutions sont repérées dans les écrits de juristes qui, tous, sont des praticiens de droit coutumier dont la grande majorité exerce dans des juridictions moyennes ou subalternes. Les principaux auteurs sont : Joachim Du Chalard, Jean Papon, Guy Coquille, Nicolas Callet, Jean Duret, Philibert Bugnyon, René Choppin, Jean Combes, Jean Bodin, Antoine Fontanon, Jean Hennequin, Pierre Guénois, Étienne Pasquier, François Ragueau, Louis Le Caron, Charles Loyseau, Antoine Loisel et Cardin Le Bret. Pour une analyse plus complète nous nous permettons de renvoyer vers l'introduction de notre thèse, « *Le fort portant le faible* ». *Étude doctrinale, 1561-1600*, université Toulouse Capitole, 2022.
5. J. Broch, *L'École des "Politiques" (1559-1598). La contribution des juristes et publicistes français à la construction de l'État royal*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, p. 20 et s.
6. *Secrets du troisième et dernier notaire, seconde édition, revue & augmenté par l'auteur*, Lyon, Par Jean De Tournes, 1583, f^o*4 r ; *Instrument du premier notaire de Jean Papon, Conseiller du Roy, & Lieutenant*

général au Bailliage de Forests. Troisième édition revue & augmentée, Lyon, Par Jean de Tournes, 1585, prologue, f^o B6 r.

7. Les opsucules politiques de François Grimaudet Advocat du Roy & de Monsieur Duc d'Anjou fils & frère de Roy au siège présidial à Angers. A Monsieur Forget Conseiller du Roy en son conseil privé & président es enquestes de sa Cour de Parlement, Paris, Chez Gabriel Buon, 1580, f^o àiii v.

8. J. Beaume, « Deux juristes dans le tumulte des guerres de religion : Jean Papon, Forézien et Guy Coquille, Nivernais », *Des livres et des hommes. Bulletin du patrimoine*, 10, 1999, p. 173-254.

9. Recueil de tout ce qui s'est négocié en la compagnie du Tiers Estats de France en l'assemblée générale des trois Estats, assignez par le Roy en la ville de Bloys, au XV Novembre 1576, s. l., 1577, p. 110. Bodin échappe de justesse à des tirs d'arquebuses en 1590, *Lettre de Monsieur Bodin*, Troyes, Par Iean Moreau, 1590, f^{os} A1v-A11r. En outre, il n'est pas impossible que Bodin ait dû fuir par les toits de Paris les massacres de la Saint-Barthélemy. H. Baudrillart, *J. Bodin et son temps. Tableau des théories politiques et des idées économiques au seizième siècle*, Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1853, p. 117 ; P. Mesnard, « Vers un portrait de Jean Bodin », *Œuvres philosophiques de Jean Bodin*. Texte établi, traduit et publié par P. Mesnard, Paris, Presses universitaires de France, 1951, p. xvii ; S. Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la république*, Paris, Presses universitaires de France, « Léviathan », 1989, p. 31 ; M.-D. Couzinet, « Note biographique sur Jean Bodin », *Jean Bodin. Nature, histoire, droit et politique*, dir. Y. Ch. Zarka, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 239.

10. Pasquier perd un de ses fils tué par la Ligue en mai 1590, de même que son épouse qui tombe malade et décède après avoir été emprisonnée à Paris. Voir P. Bouteiller, *Recherches sur la vie et la carrière d'Étienne Pasquier. Historien et humaniste du XVI^e siècle*, Paris, Éditions Isi, 1989, p. 41-48.

11. « Response politique », dans *Responses ou decisions du droict françois : confirmees par arrests des cours souveraines de ce royaume et autres : Comme aussi des Conseils d'Etat & Privé du Roy & grand Conseil ; Enrichies de singulieres Observations du droict Romain. Reveües & augmentees en ceste presente Edition d'un XIII Livres : Et de plusieurs Notables Arrests & Recherches inserez en divers endroits*, Paris, Chez Pierre L'Huillier, 1605, f^o eirr.

12. *Vie de Pierre Pithou ; avec quelques mémoires sur son père, et ses frères*, Paris, Chez Guillaume Cavelier, 1756, t. 1, p. 137-139.

13. La « monstruosité » prend statut de symptôme en ce qu'elle enseigne ; du latin *monstro*, « montrer & enseigner ». R. Estienne, *Dictionarium Latinogallicum, thesaurus nostro ita ex adverso respondens, ut extra pauca quædam aut obsoleta, aut minus in usu necessaria vocabula, & quas consultò prætermisimus, authorum appellationes, on hoc eadem sint omnia, eodem ordine, sermone patrio explicata*, Paris, Ex officina Roberti Stephani, 1538, v^o « *monstro* », p. 458. Sur l'incidence psychique des guerres civiles, voir G. Agamben, *La guerre civile. Pour une théorie politique de la stasis*, trad. J. Gayraud, Paris, Éditions Points, 2015, p. 23 ; J. Foa, « L'expérience des guerres civiles. Pistes de recherches sur les effets des guerres de Religion sur la personne », *La construction de la personne dans le fait historique (xvi^e-xviii^e siècles)*, dir. N. Kuperty-Tsur, J.-R. Fanlo et J. Foa, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2019, p. 31.

14. Juristes et poètes ont toujours été sensibles au montage « psychosomatique » de la réalité. Pour Homère par exemple : « Comme la chienne aboie autour de ses petits lorsqu'elle aperçoit un étranger et brûle de combattre : tel Ulysse rugit en son âme, indigné de ces forfaits odieux ; mais il se frappe aussitôt la poitrine et réprimande son cœur » (*Odyssée*, XX, 17). De même pour le jurisconsulte romain Callistrate : « L'extérieur découvre les mouvements de l'âme » (*D.* 1, 18, 19, 1). Dans les dernières années du XVI^e siècle encore, pour Étienne Pasquier : « Les habitudes du corps & de l'esprit sympathisent ensemblement, estant malade du corps, ie le suis aussi de l'esprit », *Les lettres d'Estienne Pasquier, Conseiller et advocat général du Roy à Paris. Contenant plusieurs belles matières & discours sur les affaires d'Etat de France & touchant les guerres civiles*, Paris, Chez Laurent Sonius, 1619, t. 2, p. 537. Dans le même sens pour L. Le Caron : « Les hommes qui sont composez de l'esprit & du corps, & se laissent plutost gagner par l'appétit que par la raison,

tomberoient légèrement en discorde, confusion & ruine & ne pourroient longuement iouyr de bien de ceste publique société s'ils n'estoient retenus en obéissance & concorde par quelque plus forte & souveraine puissance », *Pandectes ou Digestes du droict francois. Corrigez et augmentez de nouveau*, Paris, Chez Estienne Richer, 1637, p. 1. Pour une approche « psychosomatique » des institutions juridiques voir P. Legendre, « Le malentendu », *Revue Pouvoirs*, 11, 1979, p. 16 ; *idem*, *Leçons I. La 901^e conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison*, Paris, Fayard, 1998, p. 152-153 ; F. Ost, « Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit », *Rechtstheorie*, 17/1, 1986, p. 102. Au chapitre de la casuistique historique, voir N. Grangé, « Le corps de l'ennemi et son image : du soldat nu aux entités collectives », *La transgression en temps de guerre*, dir. I. Pimouguet-Pedarros et N. Barrandon, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2021, p. 179-194 ; F. Saint-Bonnet, « L'institution aux yeux des citoyens. La protection juridique des costumes et des drapeaux officiels », *Les Équivoques de l'institution. Normes, individu et pouvoir*, dir. É. Djordjevic, S. Tortorella, M. Unger, Paris, Classique Garnier, 2021, p. 51-67.

15. Pour emprunter le titre du chapitre introductif de l'*Encyclopédie critique du genre*, dir. J. Rennes, Paris, La Découverte, 2021, p. 13-35.

16. Au-delà des droits savants, la distinction entre les droits public et privé n'apparaît dans la culture juridique nationale qu'avec la première édition, en 1593, des *Pandectes ou Digestes du droit françois* de Louis Le Caron, voir G. Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du "ius privatum" et du "ius publicum" dans les œuvres des anciens juristes français », *Archives de Philosophie du Droit. Nouvelle série*, 1, 1952, réédition Liechtenstein, Topos Verlag Vaduz, 1981, p. 45-48.

17. P. Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen Âge latin*, Paris, Vrin, 1970, p. 59 ; E. Kantorowicz, *Les Deux corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, trad. J.-Ph. et N. Genet, Paris, Gallimard, 1989, p. 162-164.

18. J. Bodin, *Universæ naturæ theatrum, In quo rerum omnium effectrices causæ, & fines contemplantur, & continuæ series quinque libris discutiuntur*, Hanau, Typis Wecheliani apud Claudium Marnium, & hæredes Ioann Aubrii, 1605, p. 409. *De même pour J. Papon*, « chacun corps humain un petit monde nommé des Grecs μικρόκοσμος », *Instrument du premier notaire, op. cit.*, f^oB2r ; et pour L. Le Caron, « non sans cause on a comparé l'Etat politic au corps humain », *Responses et décisions du droict françois, confirmées par Arrests des Cours souveraines de ce royaume et autres, comme aussi des Conseils d'Etat & Privé du Roy, & grand Conseil, Enrichies de singulières Observations du droict Romain. Reveües, corrigées et augmentées en ceste nouvelle édition de plusieurs notables décisions, & arrests adjoutez en diverses Responses, outre les précédentes éditions, tant pour le pays Coustumier, que de droict Escript*, Paris, Chez P. Mettayer, 1612, f^ocIIIr.

19. Un docteur en théologie de l'université de Paris, dénommé Jean Michel, a publié un traité dont le titre est sans équivoque, *L'anatomie du corps politique comparé au corps humain, pour cognoistre la source & origine des maladies d'iceluy*, éd. 1581, voir L. Febvre, « Au temps des guerres de religion : en lisant d'Aubigné », *Annales, économies, sociétés, civilisation*, 7/2, 1952, p. 231 ; H. Weber, « L'analogie corps humain-corps social dans la pensée politique du XVI^e siècle », *Analogie et connaissance*, dir. G. Gadoffre, A. Lichnerowicz et F. Perroux, Paris, Maloine, 1980, t. 1, p. 139-145.

20. *Remonstrance faicte en la grand'chambre à la publication des Edict & déclaration du Roy sur la réduction de la ville de Paris soubz son obeysance & des lettres de restablissement de son Parlement, le XXVIII iour de Mars 1594*, Lyon, Par Guichard Iullieron et Thibaud Ancelin, 1594, p. 4.

21. *Ibidem*, p. 6. Ce témoignage n'est pas isolé, par exemple P. Ayrault (1536-1601), *L'ordre, formalité, et instruction iudiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conféré au stil & usage de nostre France. Divisé en quatre Livres, dont le dernier traicte des procez faits aux Cadavres, cendres, à la mémoire, aux bestes brutes, choses inanimées, & aux contumax*, Lyon, Chez Iean Caffin & F. Plaignard, 1642, p. 346.

22. Cette généalogie est rappelée par A. Alciat, *Prætermisorum*, dans *Operum Tomus IV. Quo Tractatus & Orationes continentur*, Francfort, Sumptibus Hæredum Lazari Zetzneri, 1617, col. 234 ;

et J. Philippi, *Iuris Responsa : Præpositis in limine Præsatione, singulorum responsorum argumentis, ac Indice rerum Selectiorum amplissimo*, Lyon, In officina Q. Philip. Tinghi, Apud Simphorianum Beravel et Stephnum Michaëlem, 1584, p. 213 n. 22.

23. Par exemple F. Connan, *Commentariorum Iuris Civilis libri X. argumentis cum ante singulorum librorum capita : tum cuiusque legis numero atque ordine in margine annotatis per Clariss. D. Franciscum Hotomanum exornati, ut ex ipsius ad Vuerterum epistolo cognosces*, Bâle, apud Nic. Episcopium F., 1562, III, 14, 6, p. 307-308 ; J. Philippi, *Iuris Responsa*, op. cit., p. 213 n. 22 ; J. Duret, *Commentaires aux coutumes du Duché de Bourbonnois. Selon le tesmoignage des Docteurs Canoniques & Civils, & Autheurs approuvez aux lettres humaines*. Lyon, chez Benoist Rigaud, 1585, p. 233 ; G. Coquille, *Œuvres*, Bordeaux, Chez Claude Labottière, 1703, t. 2, *Coustumes du Pays et Comté de Nivernois*, p. 113 ; J. Bodin, *Iuris Universi Distributio*, Cologne, Apud Ioannem Gymnicum, 1580, p. 18 ; C. Le Bret, *Recueil d'aucuns Plaidoyez faicts en la cour des Aydes. Avec les Arrests & reglemens advens sur iceux. Reveuz & augmentez*, Paris, Chez Jean Houze, 1609, f° 250v.

24. D. 41, 3, 30. Sur l'influence du stoïcisme sur le juridisme romain, voir D. Mantovani, *Les juristes écrivains de la Rome Antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris, Collège de France/Les Belles Lettres, 2018, p. 95.

25. Par exemple J. Bodin, *Les six livres de la République de I. Bodin. Angevin. Ensemble une Apologie de René Herpin*, Paris, Chez Jacques du Puis, 1583, p. 19.

26. *Ibid.*, p. 474.

27. Cicéron, *De officiis*, I, 17 ; cité par B. de Chasseneuz, *Consuetudines ducatus Burgundiæ, fereque totius Galliæ: commentariis D. Bartholomæi a Chassenæo, ut amplissimis, ita doctissimis illustratæ, summâque diligentia & labore recognitæ. Ex ultima auctoris recognitione. Accessit index locupletissimus, purgatissimus & summa fide restitutus*, Genève, Sumptibus Samuelis Crispini, 1647, col. 572 ; J. Duret, *Commentaires aux coutumes du Duché de Bourbonnois*, op. cit., p. 379b ; et L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 195 et 527.

28. L'âge baroque s'ouvre avec les années 1550. Voir A.-L. Angoulvent, *Hobbes ou la crise de l'État baroque*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 182 ; *id.*, *L'esprit baroque*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, p. 10. Si René Sève circonscrit la « doctrine juridique baroque » au premier XVII^e siècle, sa démonstration ne renvoie pourtant qu'à des juristes du second XVI^e siècle : Connan, Du Moulin, Cujas, Bodin, Tiraqueau, De Thou, Le Caron, Pasquier, Coquille, Ayrault, Loysel et dans une moindre mesure Loyseau, voir « Le discours juridique dans la première moitié du XVII^e siècle », *L'État baroque. Regards sur la pensée politique de la France du premier XVII^e siècle*, dir. H. Méchouan, Paris, Vrin, 1985, p. 119-145.

29. Suivant Aristote : « Genre s'emploie d'abord pour exprimer la génération continue des êtres qui ont la même forme [eidos]. Ainsi parle-t-on du genre humain [anthropon genos] », *Métaphysique*, Δ, 1024a.

30. D. 45, 1, 83, 5.

31. G. Coquille, *Œuvres*, Bordeaux, Chez Claude Labottière, 1703, t. 2, *Questions & Réponses sur les articles des Coûtumes*, n° 68 p. 165.

32. Sur cette théorie voir A. Jouanna, *Ordre social. Mythes et hiérarchies dans la France du XVI^e siècle*, Paris, Hachette, 1977, p. 180-186.

33. *Troisième et dernier notaire*, op. cit., p. 480 : « Una generis eadêmeque origo nobiles ac ignobiles produxit ». Le juriste se réfère à la pièce *Alexandre* d'Euripide.

34. R. Estienne, *Dictionarium Latinogallicum*, op. cit., p. 310, v° « genus ». De même dans un discours sur la vérification des titres de noblesse prononcé par C. Le Bret, *Recueil d'aucuns Plaidoyez faicts en la cour des Aydes*, op. cit., f° 53v.

35. Si le régime de la communauté universelle est parfois admis entre époux, il revêt alors les traits d'un contrat d'affrèment. G. de Maynard confère ce contrat avec le traité de Plutarque *De l'amitié fraternelle*. Voir les *Notables et singulières questions du droict escrit : décidées et jugées par arrests Mémorables de la Cour souveraine du parlement de Tholose. Avec la Conférence des jugemens et*

arrests des autres Parlements & Cours Souveraines de ce Royaume de France, intervenus sur mesmes subjects, és pais de Droict escrit. Nouvelle édition revue, corrigée et augmentée, Paris, Chez Robert Fouët, t. 1, 1628, II, ch. 69 col. 205 et ch. 72 col. 213.

36. Par exemple P. Rat, *In patrias Pictonum leges, quas vulgus consuetudines dicit, glossemata*, Poitiers, Ex officina Marnesiorum fratrum, sub Pelicano, 1558, f°183r ; J. Papon, *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 251 ; L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 181 ; G. Louet, *Recueil de plusieurs notables arrests donnez en la Cour de parlement de Paris*, onzième édition, Paris, Chez Michel Blageart & Jérémie Bouillerot, 1643, p. 322. Voir J.-L. Thireau, « Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e siècle », *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, dir. J.-L. Thireau, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 116-117. ; G. Dahan, « "Genèse" 2, 23-24 dans l'exégèse chrétienne du Moyen Âge occidental », « *Ils seront deux en une seule chair* ». *Scénographie du couple humain dans le texte occidental*, dir. P. Legendre, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2004, p. 69-105 ; L. Mayali, « "Duo erunt in carne una" and the medieval canonists », *Iuris Historia, Liber Amicorum Gero Dolezalek*, dir. V. Colli et E. Conte, Berkeley, Robbins Collection, 2008, p. 161-175.

37. J.-M. Counet, « Interférences entre le *Timée* de Platon et le récit biblique de la Création dans les commentaires *In Hexaëmeron* au XII^e siècle », *Les Études Classiques*, 71/1, 2003, p. 91-105 ; M. Idel, « Androgynie et égalité dans la Kabbale théosophico-théurgique », *Diogène*, 208, 4, 2004, p. 30-43 ; *id.*, « Les renaissances culturelles européennes et la mystique juive », *Réceptions de la cabale*, dir. P. Gisel, Paris, Éditions de l'Éclat, 2007, p. 11-55 ; C. Batsch, « Les deux récits de création de la femme dans la Genèse », *Semitica et Classica*, 5, 2012, p.181-188 ; J. Elkouby, « Le masculin et le féminin dans l'exégèse de Rachi sur la Genèse », *Pardès*, 43/2, 2007, p. 17-35 ; J.-F. Rey, « L'épreuve du genre : que nous apprend le mythe de l'androgynie ? », *Cités*, 44/4, 2010, p. 13-26.

38. *Le Banquet*, 192e. Un fragment d'Aristophane rapporté par Aristote est similaire : « Les amants, du fait de la force de leur amour, désirent partager une même nature et de deux qu'ils étaient ne devenir plus qu'un », *Politique*, II, 1262b10, trad. P. Pellegrin.

39. *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 251.

40. Gn 1,27, trad. J. Papon.

41. Voir respectivement, *Universæ naturæ theatrum*, op. cit., p. 35, 62 ; *Le paradoxe de Jean Bodin Angevin, Qu'il n'y a pas une seule vertu en médiocrité, ny au milieu de deux vices. Traduit du Latin en François, & augmenté en plusieurs lieux*, Paris, Chez Denys du Val, 1598, p. 24-25 ; Io. Bodini Paradoxon, *Quod nec virtus ulla in mediocritate, nec summum hominis bonum in virtutis actione consistere possit. Ad Bernardum Potierum Ludovici F.*, Paris, Excidebat Dionysius Duvallius, sub Pegaso, in vico Bellovaco, 1596, p. 27. L'idéal autarcique était déjà formulé dans la *Méthode* dans laquelle Bodin renvoyait vers Aristote, *Métaphysique*, XIV, 1091b15 : *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, Lyon, Apud heredes Ioannis Mareschalli, 1591, p. 448-447. Même propos chez J. Papon, *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 251.

42. « Il n'y a rien de contraire à Dieu », *Paradoxe de Jean Bodin*, op. cit., p. 10.

43. *Universæ naturæ theatrum*, op. cit., p. 16.

44. *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 252. De même chez C. Le Bret, *Les œuvres de Messire C. Le Bret. Nouvelle édition revûë & augmentée de plusieurs choses notables, & corrigée très-exactement*, Paris, Chez Charles Osmont, 1689, p. 443.

45. Suivant Papon, la différenciation des sexes « laissa un regret & desplaisir d'estre ainsi seuls divisés, avec un ardent, continuel, & affectionné désir de se réunir & remettre ensemble. De là procéda une congnoissance d'eux mesmes, qui estoit au paravant aucunement couverte par telle conionction, & que lors que le male voyoit la femme & la femme le masle, qui au paravant avoyent esté unis, & depuis divisés, soudain entroyent en une affection & ardeur de s'approcher, réunir & conioindre, s'entraymer, baiser, embrasser, dormir, veiller, deviser, iouër, vivre, & demeurer iour & nuict ensemble, ne se laisser sans regret : & de là a prins sa source l'amour & la société de mariage », *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 252.

46. L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 185.
47. *Timée*, 191d. Les juristes sont initiés à cette littérature dès leur jeunesse, par exemple L. Le Caron : « L'homme (à vrai dire) pudiquement attiré, par les gracieuses caresses de amoureux attraitz, est d'un constant désir tant fermement estreint & lié, que recherchant (comme dit Platon) l'autre moitié de soi, pour réunir le parfait Androgyne, s'approprie une seule & péculière femme, entre laquelle & lui s'entrelasse une perpétuellement durable amitié », *La Claire ou De la prudence de droit, Dialogue premier*, Paris, Par Guillaume Cavellat, 1554, f° 60v.
48. *Questions & Réponses sur les articles des Coûtumes*, op. cit., n° 315 p. 336.
49. Ulpian D. 35, 1, 15 ; D. 50, 17, 30.
50. C. 5, 17, 11.
51. L. Le Caron, *Coustume de la ville, prévosté et vicomté de Paris : ou Droict civil Parisien. Reveus, corrigez, & augmentez de Décisions, Arrests notables, & singulières Observations : ensemble tout ce qui concerne & despend des droicts de Voirie*, Paris, Chez Estienne Richer, 1637, p. 162.
52. Notamment C. 5, 3, 16. L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois* op. cit., p. 179. Le terme de symbole n'apparaît dans cette édition qu'à deux reprises sur 749 pages et les deux sont en cette même page 179, tantôt pour désigner l'anneau des fiançailles tantôt le baiser. Notons que la remise d'un anneau est plus généralement gage de promesse solennelle suivant Ulpian D. 19, 5, 17, 5. Voir C. Loyseau, *Œuvres*, Lyon, Par la Compagnie des Libraires, 1701, *Traité du déguerpissement et délaissement par hypothèque*, p. 84.
53. G. Cazals, « *Mens emblematica, mens juridica, mens anthropologica*. Réflexions autour de la contribution des juriconsultes humanistes auteurs d'emblèmes à l'anthropologie (premier XVI^e siècle) », *Clio@Themis*, 16, 2019.
54. L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 371.
55. Modestin D. 38, 10, 4, 3. L. Le Caron renvoie vers Ovide qui illustre, au versant poétique, l'entrelac des affinités : « Les liens de parenté qui nous unissent me donnent quelques droits à ton amitié, et je demande au ciel que ces liens ne se relâchent jamais. Ta femme est pour ainsi dire ma fille, et celle qui te nomme son gendre m'appelle, moi, son époux. », *Les Pontiques*, IV, 8, 9-12, trad. M. Nisard. Voir *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 371
56. *Ibid.* Le Caron renvoie également vers Aristote qui distinguait les degrés de parenté selon une communauté de sang ou selon les affinités par alliances. Cette seconde parenté confère avec l'amitié fraternelle, *Politique*, II, 1262a10.
57. G. Budé, *Commentarii linguæ Græcæ*, Paris, Ex officina Roberti Stephani typographi Regii, 1548, p. 621. Le terme de « commissure » introduit chez Jean du Luc le régime de la communauté entre époux : « *de commissa inter conjuges rerum communitate* », *Placitorum summæ apud Gallos Curia Librir XII. Multis, à secunda editione, placitis insignibus adaucti, & commodis indicibus illustrati*, Paris, Apud Carolum Stephanum Typographum Regium, 1559, p. 154.
58. *Universæ naturæ theatrum*, op. cit., p. 496.
59. D. 41, 3, 30.
60. Par exemple l'article 559 des coutumes de Bretagne et le commentaire de B. d'Argentré, *Commentarii in consuetudines ducatus Britanniaë. Alique tractatus varii. Quarta Editio emendatissima, plerisque in locis aucta*, Paris, Apud Nicolaum Buon, 1628, col. 2002 et s. Voir P. Legendre, *Leçons IV. L'inestimable objet de la transmission. Étude sur le principe généalogique en Occident*, Paris, Fayard, 1985, p. 298-309.
61. L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 672.
62. L. Le Caron, *Mémorables observations du droit françois, rapporté au civil et canonic. Illustrées des arrests des Cours souveraines de France, & auctoritez des plus célèbres Auteurs. Troisième édition*, Paris, Chez la Vesve Claude de Monstr'œil, 1614., p. 55. La même formulation apparaît à l'article 186 des coutumes d'Orléans dans J. Duret, *Les coutumes des duchez, baillages et prévosté d'Orléans et ressorts d'iceux avec commentaires et remarques sur icelles*, Paris, Chez Abel l'Angelier, 1609, p. 405. Voir la

thèse de J. Carbonnier, *Le Régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse de doctorat, faculté de droit de Bordeaux, 1933, 846 p.

63. Le grand canoniste Jean André écrivait au XIV^e siècle « *esse de consuetudine Gallicana quia uxor supervivens lucratur partem bonorum maritii* », annotation « *opponunt* » au *Speculum Iuris Gulielmi Durandi*, Pars secunda, Venise, 1585, p. 682. Pour le maître de Bartole, Cino da Pistoia : « *consuetudo est ultra montes quod primo mortuo viro, uxor habet dimidiam bonorum eius* », commentaire sur C. 1, 1, 1 n.10, cité par R. Choppin, *Œuvres*, Paris, Chez Jacques d'Allain, 1662, t. 3, *Commentaire sur les coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, p. 120 ; L. Le Caron, *Droict civil Parisien, op. cit.*, p. 163.

64. J. Bodin, *Iuris universi distributio, op. cit.*, p. 23.

65. P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, 1911, p. 436.

66. Cette étymologie de Paul D. 12, 1, 2, 2 est empruntée aux *Institutes* de Gaius ; voir L. Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droict françois, op. cit.*, p. 284.

67. Ces paroles introduisent le commentaire de Le Caron sur les coutumes de Paris au titre « de la communauté des biens », *Droict civil Parisien, op. cit.*, p. 161. Il s'agit d'une référence à l'*Homélie* 132 de Macaire de Scété, « Père du désert » et moine acétique du IV^e siècle.

68. La doctrine se réfère au jurisconsulte Paul qui évoque deux maîtres forgerons dont les deux masses (*duabus massis*) ont été fondues et coulées en « une masse commune » (*tota massa communis est*) dont le corps unique (*in unum corpus*) illustre le régime de l'indivision (*pro indivisio communis*). Ce fragment D. 17, 2, 83 est cité par J. Cujas dans le préambule au titre *pro socio* du Code Justinien (C. 4, 37), voir *Codicis sacratissimi imperat. Iustiniani P. Augusti, Lib. XII. Accursii commentariis : ac Contii, et Dionysii Gothofredi, atque aliorum quorumdam illustrium Iurisconsultorum illustrati. His accessere, hac postrema editione, Iacobi Cuiacii, Consilarii Regii, & in illustrissima Bituricensi Academia olim iuris antecessoris Paratitla, & Notæ solemnes, Observationes, & Emendationes : Iurisconsulto cuique, & legum studioso apprime necessaria*, Orléans, Sumptibus Theodori de Iuges, 1625, p. 992. L'idée de « confusion » est également présentée par Pomponius, rapporté par Ulpien D. 6, 1, 3, 2, dans la « mixtion » du « mien » (*meum*) et du « tien » (*tuum*) en une même masse (*in massam redactum est*), voir G. Louet, *Recueil de plusieurs notables arrests, op. cit.*, p. 67.

69. R. Estienne, *Dictionarium Latinogallicum, op. cit.*, vis « *coniunx, coniugis* », p. 153 et « *iugum, iugi* », p. 404.

70. *Pandectes ou Digestes du droict françois, op. cit.*, p. 442.

71. C. 6, 51, 1, 11.

72. C. 6, 51, 1, 10.

73. Dans l'introduction au titre « des droits des gens mariés » des coutumes de Bourgogne, B. de Chasseneuz cite les deux versets Gn 2,18 et Si 36,24 d'après lesquels la femme fut créée pour apporter à l'homme une « aide semblable à lui », *Consuetudines ducatus Burgundiæ, op. cit.*, col. 571. Le terme de collaboration (*conlaboratio*) se rapporte à la législation ripuaire du VII^e siècle. Voir L. Le Caron, *Mémorables observations du droit françois, op. cit.*, p. 108 ; *id.*, *Droict civil Parisien, op. cit.*, p. 163. Suivant le même, « la femme en ladite société confère sa peine & son industrie qui n'est moins requise & nécessaire en la chose familiale que l'acquest que fait le mary », *Pandectes ou Digestes du droict françois, op. cit.*, p. 527. Voir A. Lemaire, « Les origines de la communauté des biens entre époux dans le droit coutumier français », *Revue historique de droit français et étranger*, 7, 1928, p. 587 et s. ; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé. 3. Le droit familial*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 244-245.

74. J. Papon, *Recueil d'arrests notables des Cours souveraines de France. Ordonnez par tiltres en vingt-quatre livres. Augmenté en ceste dernière édition de plusieurs nouveaux arrests et curieuses recherches*, Genève, Par Jacques Stœr, 1648, p. 871. Les coutumes du Bourbonnais disent ainsi que « la femme qui est personnière avec son mary en meubles & conquestz est tenue après le décès de son mary de payer les debtes de ladite communauté, pour telle part & portion qu'elle prend es

meubles & conquestz de la communauté » (art. 241). Jean Papon commente avec une citation de Paul D. 17, 2, 67 : lorsque l'on contracte une société on entend participer au gain et à la perte. Papon se réfère également à la définition proposée par Cassius de la clause léonine comme un contrat de société inique qui stipule que l'un supporte seul la charge et que l'autre bénéficie seul des profits (Ulpien D. 17, 2, 29, 2), *In Burbonias consuetudines commentaria*, Lyon, Apud Ioan. Tornæsium, 1550, p. 224-225.

75. D. Dupont, *Consuetudines blesenses commentariorum*, Paris, Apud Io. Guignard, Fr. Clousier, Pet. Aubouin, Ia. Villery, 1677, t. 2, p. 193 ; P. Rat, *In patrias Pictonum leges, op. cit.*, f° 132r. J. Duret, *Les coutumes des duchez, baillages et prévosté d'Orléans, op. cit.*, p. 429. À côté des juristes, l'exégèse chrétienne stipule aussi le rapport « social », donc égalitaire, des époux, voir G. Dahan, « "Genèse" 2, 23-24 dans l'exégèse chrétienne du Moyen Âge occidental », « *Ils seront deux en une seule chair* ». *Scénographie du couple humain dans le texte occidental, op. cit.*, p. 79.

76. Notamment Ulpien D. 17, 2, 7 et Paul D. 17, 2, 8, D. 17, 2, 71, 1. A. Le Ferron, *Consuetudines Burdigalensium Commentariorum. Libri duo*, Lyon, Apud Antonium Gryphium, 1585, p. 77 et 79. De même P. Rat, *In patrias Pictonum leges, op. cit.*, f° 188r ; J. Papon, *Burbonias consuetudines commentaria, op. cit.*, p. 219 ; *id.*, *Instrument du premier notaire, op. cit.*, p. 130 ; L. Le Caron, *Droict civil Parisien, op. cit.*, p. 161 ; *id.*, *Pandectes ou Digestes du droict françois, op. cit.*, p. 527.

77. E. Meynial, « Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'œuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutume jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres », *Revue Générale du Droit*, 1906, p. 334-343.

78. Le juriste coutumier J. Masuer percevait, au xv^e siècle, les principes juridiques et moraux de cette règle à travers la théorie romaine de l'enrichissement injuste « afin que les héritiers du costé paternel ne soient enrichis avec la perte & détrimment d'autrui, & que l'égalité soit gardée ». Antoine Fontanon annotait au siècle suivant : « Les héritages propres & patrimoniaux du defunct, c'est-à-dire qu'il n'a acquis, appartiennent toujours à ceux de la ligne dont ils sont provenus, de façon qu'encores qu'un cousin soit au septiesme ou neuviesme degré, néanmoins il exclura un frère utérin, quant aux héritages de l'estoc paternel », *La Practique de Masuer ancien jurisconsulte et praticien de France. Mise en François par Antoine Fontanon, Advocat en Parlement. Nouvelle édition augmentée et enrichie de plusieurs Annotations & Traictez par M^e Pierre Guénois, Conseiller du Roy & Lieutenant particulier au siège & ressort d'Yssoudun en Berry*, Paris, Chez la Vefve Sébastien Nivelles, 1606, respectivement p. 451 et 452.

79. « Par le moyen du mariage *erat os ex ossibus mariti, caro ex carne* : que si pendant que le mary avoit vescu, ce n'estoit qu'une mesme personne, *duo in carne una*, il n'estoit si hors de raison, qu'après le décès de l'un des autres conioincts, *iuris quadam fictione*, l'on continuast en la personne du survivant, ce qui avoient esté *in rei veritate* pendant le mariage », *Recueil de plusieurs notables arrests, op. cit.*, p. 428-429. La veuve reprend les versets Gn 2,23-24.

80. Voir les fragments de Gaius D. 50, 16, 24 ; Pomponius D. 50, 16, 119 ; Ulpien D. 50, 16, 178, 1 ; Africain D. 50, 16, 208 et Julien D. 50, 17, 6 cités par L. Le Caron, *Mémorables observations du droit françois, op. cit.*, p. 511.

81. *Troisième et dernier notaire, op. cit.*, p. 311.

82. Florentinus D. 46, 1, 22.

83. L. Le Caron, *Mémorables observations du droit françois, op. cit.*, p. 522. Pour le dire avec J. Bodin, « en la mixtion des choses naturelles, ce qui est composé de deux simples a une vertu spéciale & tout autre que les simples dont il est composé », *Les six livres de la République op. cit.*, p. 254.

84. Ph. De Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, Alphonse Picard et fils, 1899, t. 1, § 628, p. 313. Voir J. Gaudemet, *Les communautés familiales*, Paris, Éditions Marcel Rivière et C^{ie}, 1963, p. 112 et n. 85.

85. J. Krynen, « "Le mort saisit le vif". Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française », *Journal des savants*, 3-4, 1984, p. 187-221.

86. Les commentaires aux titres des successions des différentes coutumes se réfèrent systématiquement à la *Decisio* 552 de Gui Pape qui empruntait lui-même la doctrine de Jean Faure sur les interdits. Dans son commentaire sur C. 4, 6, 3 n.2, Cino da Pistoia, le maître de Bartole, considérait cette maxime comme une singularité française.
87. Bald. C. 1, 2, 19 c.13.
88. G. Coquille, *Œuvres*, Bordeaux, Chez Claude Labottière, 1703, t. 2, *Les coutumes du pays et comté de Nivernois*, p. 269 ; R. Choppin, *Œuvres*, Paris, Chez Jacques d'Allin, 1662, t. 1, *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, p. 267.
89. Les Douze Tables nomment « héritiers siens » tous les descendants sous la puissance du défunt au moment de sa mort (Callistrate D. 50, 16, 220).
90. Paul D. 28, 2, 11. Ce fragment est essentiel à la doctrine de l'instantanéité successorale et à la continuité de la possession et, par conséquent, à la protohistoire du droit public.
91. *La Pratique de Masuer*, *op. cit.*, p. 473. Le Caron confère cette idée avec le rescrit C. 6, 26, 11 dans lequel Justinien affirme l'identité entre les personnes du père et du fils (*pater et filius eadem esse persona*). Le Caron précise que la représentation a également pour effet de mettre « la fille au lieu de son père », *Pandectes ou Digestes du Droit François*, *op. cit.*, p. 459. Les réflexions sur l'identité du père et du fils prennent une acuité singulière dans le contexte des guerres civiles qui sont, aussi, des guerres des fils contre les pères, voir B. Diefendorf, « Les divisions religieuses dans les familles parisiennes avant la Saint-Barthélemy », *Histoire, économie et société*, 7/1, 1988, p. 67-70 ; J. Foa, « L'expérience des guerres civiles. Pistes de recherches sur les effets des guerres de Religion sur la personne », *La construction de la personne dans le fait historique (xvi^e-xviii^e siècles)*, dir. N. Kuperty-Tsur, J.-R. Fanlo et J. Foa, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2019, p. 21-23 ; B. Barbiche, « Solidarité confessionnelle et solidarité familiale dans la France moderne (xvi^e-xvii^e siècle). Contribution à l'étude des conflits de solidarité », *La loi de solidarité, vers une fraternisation selon le droit et la théologie*, dir. Ch. Mengès-Le Pape, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021, p. 107-111.
92. *Commentaires ou advertissemens sur l'Edict d'Henry Roy de France et Pologne, faisant droict aux Remontrance proposées par les Estats du Royaume assemblez par son commandement en la ville de Bloys, l'an 1576. Seconde édition*, Lyon, Par Pierre Rigaud, 1602, f^o199r.
93. L. Le Caron se réfère à Thémistios, philosophe du iv^e siècle, *Droit civil Parisien*, *op. cit.*, p. 161 ; *id.*, *Pandectes ou digestes du droit françois*, *op. cit.*, p. 195. De même F. Ragueau, *Les coutumes générales des pays et duché de Berry. Avec le Commentaire, & Conférence des autres Coutumes, & statuts de France*, Paris, Chez Pierre Chevalier, 1615, p. 242 et 257.
94. N. Callet introduit l'article des « communautés entre consors » (art. 345) des coutumes de la Marche avec Justinien *Inst.* 3, 26 : « *Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωσίαν appellant* », *Commentarii in leges Marchiæ municipales*, Paris, Oliva Pet. L'Huillier, 1573, f^o 94r. Le Caron s'y réfère également, « *κοινωνία id est societas* », *Pandectes ou digestes du droit françois*, *op. cit.*, p. 318 et 527. Choppin renvoie vers Aristote (*Pol.*, I, 1252b15) qui cite Hésiode : « D'abord une maison, une femme et un bœuf de labour », *Les Travaux et les Jours*, 405, trad. P. Mazon, voir les *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, *op. cit.*, p. 148.
95. P. Michaud-Quantin, *Universitas. Expressions du mouvement communautaire*, *op. cit.*, p. 153.
96. « Maistre Nicole Oresme *Le Livre de Politiques d'Aristote*. Published from the text of the Avranches manuscript 223 with a critical introduction and notes by Albert Douglas Menut », *Transactions of the American philosophical society*, 60/6, 1970, p. 370 (souligné dans le texte).
97. *Sophiste*, 250b. Voir P. Legendre, *Leçons IX. L'autre Bible de l'Occident : le Monument romano-canonique. Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Paris, Fayard, 2009, p. 68.
98. « *Κοινωνία γὰρ ἡ φιλία* », *Éthique à Nicomaque*, IX, 1171b32.
99. *Ibid.*, VIII, 1133a16-25, trad. J. Tricot. La littérature patristique s'accorde avec cette idée. Les premiers chrétiens communiaient dans une même foi mais se différenciaient par leurs rites et leurs sacrements dans des confréries aussi diverses que variées. Aussi la notion de *koinōnia*, unité

multiple, semblait-elle tout indiquée pour définir ces premières formes de communautés ecclésiastiques, voir G. Le Bras, « Les confréries chrétiennes. Problèmes et propositions. », *Revue historique de droit français et étranger*, 19, 1940, p. 312. Il n'est pas anodin que ce terme ressurgisse pendant les guerres de religion alors que les divisions portaient précisément sur les rites sacramentels.

100. L. Le Caron, *La poésie de Loys Le Caron Parisien*, Paris, Pour Gilles Robinot Libraire, 1554, f^{os} 30v-31v ; J. Bodin, *Les six livres de la République op. cit.*, p. 1018 ; *id.*, *Paradoxe de Jean Bodin, op. cit.*, p. 43.

101. *Le Banquet*, 203b-204a.

102. Par exemple, dans la première moitié du xvi^e siècle, Gratien Dupont écrivit un monument de littérature misogyne teinté de néoplatonisme : « Coronée par équivoques mariez, en la première terminaison, la ou sont accordez deux contraires. C'est le pluriel avec le singulier, & la Masculin avec le Foëmenin », *Controverses des sexes Masculin & Femenin*, s. l., 1538, f^o 18r ; de même F. Rabelais : « Quand je diz femme, je diz un sexe tant fragil, tant variable, tant muable, tant inconstant, & imparfait, que nature me semble (parlant en tout honneur & révérence) s'estre esgarée de ce bon sens, par lequel elle avoit créé & formée toutes choses, quand elle a basti la femme. Et y ayant pensé cent & cinq cens fois, ne sçay à quoy m'en resouldre : sinon que forgeant la femme, elle a eu esgard à la sociale délectation de l'homme, & à la perpétuité de l'espèce humaine : plus qu'à la perfection de l'individuelle muliebrité. Certes Platon ne sçait en quel rang il les doibve colloquer, ou des animautz raisonnables, ou des bestes brutes », *Tiers Livre des faitz et dictz Héroïque du noble Pantagruel*, Toulouse, Par Jacques Fournier, 1546, p. 201.

103. J. Duret, *Commentaires aux coutumes du Duché de Bourbonnois, op. cit.*, p. 422.

104. D. 26, 1, 1. *Les six livres de la République op. cit.*, p. 17. Jean Papon écrivait pareillement « que ce poinct touche l'universel & est de public interest », *Trias judiciaire du Second notaire, seconde édition revue & augmentée par l'auteur*, Lyon, Par Jean de Tournes, Imprimeur du Roi, 1580, p. 279. Bodin et Papon s'inspirent de l'empereur Sévère, dont les propos ont été rapportés par Modestin D. 26, 6, 2, 2 : les intérêts des pupilles et ceux de la république sont tout un (*cùm ad curam publicam pertineat*). Le Caron citait Cicéron dans ce sens : « Le corps de la République doit prendre soin de ceux qui en ont le plus besoin ». *Recueil des Edicts du Roy, et Arrests de la cour des Aydes concernans le Règlement des Tailles*, remplies d'anciennes & notables recherches, Paris, Chez Pierre l'Huillier, 1610, p. 51.

105. Paul D. 26, 1, 1. Aux *Institutes* (1, 13, 1 et 2), Justinien reprend la définition de Servius et précise que les tuteurs sont appelés « protecteurs et défenseurs ». A. Fontanon, traduisant le fragment de Paul, précise que le terme de tutelle dérive du verbe *tueor* qui signifie sauvegarder, protéger, préserver, dans *La Pratique de Masuer, op. cit.*, annotations p. 94. De même Ph. Bugnyon, *Traicté des Loix abrogées et inusitées en toutes les cours, terres, juridictions et seigneuries du Royaume de France. Réduit en cinq livres. Dernière édition revue et augmentée d'un sixiesme livre par Pierre Guénois*, Paris, Chez Robert Fouët, 1605, p. 312 ; et L. Le Caron, *Pandectes ou digestes du droict françois, op. cit.*, p. 209.

106. L. Le Caron, *Droict civil Parisien, op. cit.*, p. 167. À la différence des pupilles dont l'infirmité de l'âge se corrige avec le temps.

107. *Pandectes ou Digestes du droict françois, op. cit.*, p. 686.

108. D. 22, 6, 9.

109. J. Duret, *Les coutumes des duches, baillages et prévosté d'Orléans, op. cit.*, p. 425 ; L. Le Caron, *Responses et décisions du droict françois, op. cit.*, f^o 78r et s. ; R. Choppin, *Commentaires sur la coutume d'Anjou, op. cit.*, p. 278. Voir N. Lombart, « L'humanisme juridique de Louis Le Caron d'après son "Commentaire sur l'édit des secondes nopces" (1560) », *Studia Romanica Posnaniensia*, 38/1, 2011, p. 35-49.

110. Suivant J. Duret, les curateurs « sont donnez à la défense des absens, prodigues, & insensez », *Commentaires aux coutumes du Duché de Bourbonnois, op. cit.*, p. 421 ; de même J. Papon,

Burbonias consuetudines commentaria, op. cit., p. 167 ; L. Le Caron, *Droict civil Parisien*, op. cit., p. 38 ; G. Coquille, *Œuvres*, op. cit., t. 2, *Institution au droit françois*, p. 36 ; F. Ragueau, *Les coutumes générales des pays et duché de Berry*, op. cit., p. 24. Les oppositions dialectiques « majeurs & mineurs, présens ou absens, sachans ou ignorans » sont des binômes structurants de l'ancien droit, voir par exemple *Le grand coustumier général, contenant toutes les coutumes généralles & particulières du Royaume de France & des Gaules : Mesmement toutes celles qui ont esté rédigées par les trois Estats & homologuées, Corrigées & annotées de plusieurs décisions & arrests diligemment & fidellement par Messire Charles Dumoulin, docteur és droits, Iurisconsulte de France & Germanie, ancien advocat en la cour de parlement de Paris*, Paris, Par Iacques du Puys, 1562, t. 2, art. 35, f° 400r.

111. Ulpian D. 3, 3, 33, 2, cité par J. Papon, *Second Notaire*, op. cit., p. 106 ; et P. Ayrault, *L'ordre, formalité, et instruction iudiciaire*, op. cit., p. 434. Jean Masuer signale que le notaire « comme personne publique » peut « stipuler pour un absent : & pour ceux mesmes qui ne sont pas encores naiz », *La Practique de Masuer*, op. cit., p. 274. La présentification de la personne absente incarne également, pour Ihering, un paradigme de faiblesse qui préside à l'institution du droit : « Si l'État prend souci de ceux qui ne peuvent eux-mêmes garantir leurs droits, s'il assure à l'enfant non encore né la part d'hérédité qui lui est échue, avec non moins de soins il doit se préoccuper des générations futures ; il doit veiller à ce qu'un présent égoïste ne les frustre point de l'héritage qui leur est destiné et s'en serve point uniquement pour ses propres fins », *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de Meulenaere, Paris, A. Marescq Aîné Éditeur, 1880, t. 4, p. 348.

112. *Commentaires sur la coutume d'Anjou*, op. cit., p. 15.

113. Justinien, *Inst.* 4, 10.

114. J. Gaudemet, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 7^e éd., 2002, p. 240 (souligné dans le texte).

115. J. Duret, *Commentaires ou advertissemens sur l'Edict d'Henry Roy de France et Pologne, faisant droict aux Remontrance proposées par les Estats du Royaume assemblez par son commandement en la ville de Bloys, l'an 1576. Seconde édition*, Lyon, Par Pierre Rigaud, 1602, f° 237v.

116. Défendre, dit Ulpian D. 3, 3, 35, 3, c'est faire ce que le maître ferait pour sa cause. La défense du procureur consiste à souffrir ce que le maître aurait souffert.

117. Traduction par Papon du rescrit C. 2, 13, 18, *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 242. De même Ph. Bugnyon citant Gaius D. 26, 2, 16, *Traicté des Loix abrogées*, op. cit., p. 312.

118. Paul D. 47, 10, 2, *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 242.

119. *Ibid.*, p. 241. Il s'agit du sénatus-consulte Velléien présenté par Ulpian D. 16, 1, 1.

120. Ulpian D. 50, 17, 2, *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 242. Voir également L. Le Caron, *Mémorables observations du droit françois*, op. cit., p. 333 et 401.

121. R. Choppin, *Commentaire sur les coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, op. cit., p. 127. De même B. de Chasseneuz, *Consuetudines ducatus Burgundiæ*, op. cit., col. 651. La procuration ne concerne que l'administration des biens propres de l'épouse, le mari étant le « vrai seigneur » des biens communs, meubles et conquêts.

122. Paul D. 3, 3, 71, cité par P. Rat, *Patrias Pictonum leges*, op. cit., f°153v.

123. Ulpian D. 3, 3, 7. La procuration induit la notion de défense d'autrui (Ulpian D. 3, 3, 33, 4). Voir J. Papon, *Instrument du premier notaire*, op. cit., p. 242. Suivant Louis Le Caron, « le Procureur est définy celuy qui administre & gouverne les affaires d'autrui ». Les sources sont Ulpian D. 3, 3, 1 et Paul D. 3, 3, 42, 3, *Pandectes ou Digestes du droict françois*, op. cit., p. 503.

124. Gaius D. 3, 3, 12.

125. D. 3, 3, 65, *Les coutumes des duchez, baillages et prévosté d'Orléans*, op. cit., p. 863.

126. *Second notaire*, op. cit., p. 17.

127. *Ibid.*, p. 278. Les anthropologues ne démentiraient pas un tel propos. Voir L. Gernet, « Choses visibles et choses invisibles », *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, Flammarion, 1995, p. 230 et 235 ; J.-P. Vernant, « Figuration de l'invisible et catégorie psychologique du double : le colossos »

et « De la présentification de l'invisible à l'imitation de l'apparence », *Mythe et pensée chez les Grecs. Études de psychologie historique*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, respectivement p. 325-338 et 339-351.

128. Dit autrement avec P. Ayrault : « Celui se peut-il absenter, qui ne peut dire, Monsieur, me voilà ? », *L'ordre, formalité, et instruction iudiciaire*, op. cit., p. 396.

129. C'est pourquoi les sourds et les muets, mais aussi les enfants et les absents, ne peuvent pas stipuler en personne. La stipulation, suivant Ulpien *D.* 45, 1, 1, peut se faire par la médiation d'un esclave « présent », cité par J. Bodin, *Iuris Universi Distributio*, op. cit., p. 20.

130. *Pandectes ou Digestes du droit françois*, op. cit., p. 503. Le « don du droit civil » est étranger au droit pénal puisque le criminel doit « répondre par sa bouche », voir les annotations de Fontanon dans *La Pratique de Masuer*, op. cit., p. 78. La représentation n'est admise au pénal que pour les « procès faits au Cadavres, aux cendres, à la mémoire, aux bestes brutes, choses inanimées, & aux contumax », voir P. Ayrault, *L'ordre, formalité, et instruction iudiciaire*, op. cit., p. 395-438.

131. G. Le Bras « Les origines canoniques du droit administratif », *L'évolution du droit public, études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 408 ; P. Legendre, « Du droit privé au droit public. Nouvelles observations sur le mandat chez les canonistes classiques », *Écrits juridiques du Moyen Âge occidental*, Londres, Variorum reprints, 1988, p. 7-35 ; L. Mayali, « Procureurs et représentation en droit canonique médiéval », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, 114/1, 2002, p. 41-57.

132. J. Krynen, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires "prêtres de la justice" », *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen Âge*, 114/1, 2002, p. 95.

133. La procuration opère comme un signe linguistique qui maintient le lien « nécessaire » entre signifié et signifiant. Voir E. Cassirer, *Essai sur l'homme*, trad. N. Massa, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975, p. 41-45 ; H. Lévy-Bruhl, « Note sur le symbolisme juridique », *L'Année sociologique*, troisième série, 9, 1957, p. 337-339 ; É. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Éditions Gallimard, 1966, t. 1, p. 61 ; P. Legendre, *Leçons I. La 901^e conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison*, Paris, Fayard, 1998, p. 134 et s.

134. *Pandectes ou Digestes du droit françois*, op. cit., p. 197.

135. *Ibid.*, p. 333.

136. La « foiblesse féminine n'a moyen, force ny hardiesse ». Cette « absence de force » expliquerait que le poison, permettant d'éviter la confrontation directe, soit une arme typiquement féminine, J. Papon, *Second notaire*, op. cit., p. 443. Pour C. Le Bret également : l'exclusion des femmes de la succession du royaume « est conforme à la Loi de nature, laquelle aiant créé la femme imparfaite, foible & débile, tant du corps que de l'esprit, l'a soumise sous la puissance de l'homme, qu'elle a pour ce sujet enrichi d'un jugement plus fort, d'un courage plus assuré, & d'une force de corps plus robuste », *Œuvres*, op. cit., p. 9 ; de même G. Louet, *Recueil de plusieurs notables arrests*, op. cit., p. 344.

137. *Mémorables observations du droit françois*, op. cit., p. 401 et *Pandectes ou Digestes du droit françois*, op. cit., p. 333. Voir Ambroise de Milan, *De Paradiso*, XI.

138. L. Le Caron, *Droit civil Parisien*, op. cit., p. 167.

139. *Id.*, *Pandectes ou Digestes du droit françois*, Op. cit., p. 335.

140. *Commentaire sur les coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, op. cit., p. 127.

141. *Pandectes ou Digestes du droit françois*, op. cit., p. 333.

142. Suivant L. Le Caron, « par tel divorce la femme sortant hors la puissance du mary est faite ioüissance de ses droicts, & partant peut ester en jugement », *Droit civil Parisien*, op. cit., p. 168.

143. Voir l'article 234 des coutumes de Paris dans R. Choppin, *Commentaire sur les coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, op. cit., p. 127.

144. *Les coutumes des duchez, baillages et prévosté d'Orléans*, op. cit., p. 426.

145. Papinien *D.* 1, 5, 9 reconnaissait lui-même cette « détérioration » : « *In multis iuris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quàm masculorum* ». N. Callet rapporte ce fragment, non

sans cynisme, à l'article 163 des coutumes de la Marche : « Femmes tenans héritages serfs ou mortuables, sont de semblable condition comme les hommes, quant ès droicts de servitude & mortuable condition », *Commentarii in leges Marchiæ municipales*, op. cit., f° 48v.

146. *Le grand coustumier de France. Contenant tout le droict François, & Pratique iudiciaire, pour la plaider es Cours de Parlement, Prevosté & Vicomté de Paris, & autres Iuridictions de ce Royaume. Reveu & corrigé sur l'exemplaire escrit à la main & ancienne impression, & illustré des tres-doctes annotations, enrichies des Arrests des Cours de Parlement, & diverses observations. Par L. Charondas Le Caron Iurisconsulte*, Paris, Chez Iean Houzé, 1598, p. 220.

147. Nous nous permettons de renvoyer vers notre thèse, « *Le fort portant le faible* »..., op. cit.

148. L'anomie des guerres civiles, éprouvant les liens de sociabilité les plus intimes, menaçait de renverser tout l'ordre social : « Le plus grand meurtre gist en ce que le père a tué son fils, le fils le père, le frère son frère, & le parent son parent », N. Barnaud, *Le secret des finances de France*, s. l., 1581, t. 1, f° *v°.

149. C. de Seyssel, *La grand'monarchie de France, composée par Messire Claude de Seyssel lors Evesque de Marseille, & depuis Archevesque de Thurin, adressant au Roy tres-chrestien, François premier de ce nom. Avec la loy Salique, qui est le première & principale loy des François*, Paris, Pour Estienne Groulleau libraire, 1558, f° 4v ; J. Philippi, *Arrests de conséquence de la cour des aides*, art. 34, p. 35, dans *Edicts et ordonnances du Roy, concernans l'autorité et jurisdiction des Cours des Aides de France, sous le nom de celle de Montpellier. Avec un Recueil des Arrests de conséquence de ladite Cour. Nouvellement reveu, corrigé & augmenté en ceste troisieme Édition*, s. l., De l'Imprimerie d'Alexandre Pernet, 1629 ; C. Le Bret, *Recueil d'aucuns Plaidoyez faicts en la cour des Aydes*, op. cit., f°250r.

150. *Ibid.*, f° 248v°.

151. Par exemple l'article 267 des coutumes du Bourbonnais dans J. Papon, *Burbonias consuetudines commentaria*, op. cit., p. 244. Voir J. Gaudemet, *Les communautés familiales*, op. cit., p. 169.

152. E. Champeaux, « *Jus sanguinis. Trois façons de calculer la parenté au Moyen Âge* », *Revue historique de droit français et étranger*, 12/2, 1933, p. 247.

153. *Ibid.*, p. 248.

154. J. Philippi, *Munerum Summa*, § 20, dans *Edicts et ordonnances du Roy*, op. cit. ; J. Combes, *Traicté des tailles & autres charges, & subsides, tant ordinaires, que extraordinaires, qui se lèvent en France, & des offices & estats touchant le maniemment des finances de ce Royaume : avec leurs intuitions & origine. Seconde édition*, Paris, Par F. Morel, 1584, f° 139v. Balde définissait déjà le *populus*, non seulement comme des individus formant une communauté, mais comme « des hommes réunis dans un corps mystique » (*in unum corpus mysticum*), cité par E. Kantorowicz, « Mourir pour la patrie (*Pro Patria Mori*) dans la pensée politique médiévale », *Mourir pour la patrie et autres textes*, éd. P. Legendre et trad. L. Mayali, Paris, Presses universitaires de France, 1984, p. 131.

155. François Ragueau évoque ce terme (τὰ σύμβολα, *vel* σύμβολαία) au regard de la répartition de l'impôt « le fort portant le faible », *Commentarius, ad constitutiones et decisiones Iustiniani quæ XI libris Codicis continentur ; et ad priores titulos libri VIII. Cod. In quo præter insignem Iuris veteris enucleationem, ac perspicuam Antinomiarum solutionem, Ius Pontificium, & celebriores Praxis Franciæ, Legumque Municipialium quæstiones passim deciduntur: singulisque Decisionum capitibus Iuris Gallici cum Romana Iurisprudencia collatio adnectitur. Cum II Indicibus, quorum prior legum, alter rerum verborumque copiosissimus : & Chronologia in qua continetur quas quibus annis leges, & quos Iuris libros promulgarit Iustinianus*, Paris, Apud Iosephum Cottereau, 1610, p. 56-57.

156. Pour G. Budé, « *Indictio est quam Taleam vocamus, antiqui collationem vocabant, Cicero etiam collectam dicit, Græci ἔρανον appellant, & συμβολων* », *Annotationes quatuor & viginti Pandectarum libros*, éd. 1543, p. 152. Cicéron écrivait en effet que la collecte est la commune contribution des convives : « *Ego vero, inquit ille, quoniam collectam a conviva, Crasse, exigis, non committam, ut, si defugerim, tibi causam aliquam dem recusandi* », *De oratore*, II, 57. Le président de la cour des aides de Montpellier, Jean Philippi, après avoir emprunté la référence de Cicéron de la *collecta* à Guillaume

Budé, en précise le versant fiscal avec le rescrit C. 4, 2, 16 et Augustin, la *Cité de Dieu*, XII, 8 ; voir *Munerum Summa*, op. cit., § 20 ; de même P. Grégoire, *Syntagmatis iuris universi*, Lyon, Apud Antonium Gryphium, 1582, I, III, 7, 1. p. 121.

RÉSUMÉS

Les premiers artisans du droit français ne pouvaient utiliser la notion de genre que dans son acception logique originelle. Cependant, dans la mesure où ils envisageaient le genre humain comme l'universalité des individus des sexes féminins et masculins, leurs récits sont aussi pétris de représentations genrées. Aux confins de l'aristotélisme et des imaginaires sociaux, cette analyse démontre l'intelligence sociologique de cette génération de juristes qui, en proie à la déliquescence du corps politique dans le dernier tiers du XVI^e siècle, ont posé les premiers jalons du droit national.

The first architects of French law could only use the notion of gender in its original logical meaning. However, to the extent that they envisaged the human race as the universality of individuals of the female and male sexes, their stories are also steeped in gendered representations. On the borders of logic and social imaginary, this analysis demonstrates the sociological intelligence of this generation of jurists prey to the decay of the body politic in the last third of the 16th century.

INDEX

Keywords : doctrine, French law, gender studies, legal humanism, Renaissance

Mots-clés : doctrine, droit français, études sur le genre, humanisme juridique, Renaissance

AUTEUR

ARNAUD LE GONIDEC

Post-doctorant à l'université de Picardie Jules Verne

La représentation des masculinités dans le *Traité des injures* de Dareau (1775)

Clarissa Y. Yang

Introduction

- 1 L'historiographie anglophone a démontré l'essor, à partir du bas Moyen Âge, d'une forme de *civic masculinity*, ou de *governing masculinity*, propre aux membres de la judicature¹. L'expression de cette forme de masculinité repose notamment sur l'exercice de la justice, sur le pouvoir de régulation et sur le contrôle des corps et des mœurs. Elle est en outre renforcée par des pratiques ritualisées de sociabilité et une solidarité masculine intergénérationnelle. Depuis les travaux fondateurs de Raewyn Connell, qui propose une approche plurielle et relationnelle du genre, les *masculinities studies* s'imposent comme un champ d'étude dynamique². Étudier plus spécifiquement les masculinités est toutefois une démarche minoritaire dans l'historiographie du droit et de la justice. Les masculinités construites par le discours juridique et performées par les acteurs judiciaires sous l'Ancien Régime restent à explorer pour l'espace francophone.
- 2 Le *Dictionnaire historique des juristes français* définit les juristes de l'époque moderne comme des « experts en la connaissance et la pratique des normes qu'édicte le législateur et que produit la jurisprudence des tribunaux »³. Ils se déclinent en trois catégories principales : les magistrats, les avocats et les professeurs de droit⁴. Derrière cette dénomination englobante existe une grande diversité de réalités économiques et sociales⁵. En France, au cours du XVIII^e siècle, les juges et les parlementaires appartiennent pour la majorité à la noblesse de robe, alors que les avocats et les procureurs sont davantage issus de la bourgeoisie. Malgré cette hétérogénéité, les juristes présentent tout de même des similitudes dans leur parcours et leur formation⁶. La plupart d'entre eux ont fréquenté un établissement religieux avant d'étudier le droit dans une université du royaume. Depuis le XVI^e siècle, ces hommes incarnent, aux côtés

des gentilshommes et des milieux marchands, l'une des formes d'élite masculine. Pétris d'une grande culture juridique et littéraire, ils ont laissé un nombre foisonnant de sources écrites.

- 3 Cette production est extrêmement diversifiée : commentaires de sources du droit (coutumes, droit romain et canonique, ordonnances), recueils d'arrêts, synthèses de droit, traités, libelles, pamphlets, écrits du for privé. De manière générale, les écrits juridiques prolifèrent au cours de l'époque moderne. Destinés pour la plupart au personnel judiciaire, ils visent à endiguer l'arbitraire des pratiques répressives et leur influence a été attestée par des études menées sur les archives criminelles⁷.
- 4 Ces écrits reflètent la manière dont les juristes conçoivent l'ordre social et hiérarchisent les justiciables selon le milieu social, le sexe, l'âge et le statut matrimonial. Ainsi, ils constituent une source précieuse pour penser le genre depuis le point de vue des acteurs judiciaires. Cette étude propose d'interroger la construction des masculinités en fondant son analyse sur un traité de droit civil et pénal de la fin du XVIII^e siècle, le *Traité des injures dans l'ordre judiciaire* de François Dareau (1736-1783 ou 1784), paru pour la première fois en 1775⁸. Après avoir entamé une formation en théologie, Dareau étudie le droit et les belles-lettres⁹. Il exerce d'abord comme avocat au présidial de Guéret, avant de plaider au parlement de Paris en 1722¹⁰. En parallèle, il contribue à l'*Almanach des Muses* et au *Répertoire de jurisprudence* de Guyot, aux côtés notamment de Boucher d'Argis (1708-1791)¹¹. Son ouvrage le plus connu demeure le *Traité des injures*, qui connaît une seconde édition en 1785, enrichie des commentaires de l'avocat Jean-François Fournel (1745-1820)¹².
- 5 Dareau est le premier juriste français à consacrer un ouvrage de droit pénal spécifiquement à la question de l'injure, en dépit de sa fréquence à l'époque moderne. Insultes, menaces, rumeurs et voies de fait sont omniprésentes dans les archives criminelles. Avec la montée de l'État moderne, les vindictes privées sont réprimées au nom de la paix sociale. Verbale, physique ou écrite, l'injure se décline en un long *continuum* de violence. À l'exception des assassinats, tous les autres cas d'offenses interpersonnelles rentreraient dans cette catégorie pénale. Ils peuvent être poursuivis comme délit à proprement dit, ou encore comme une circonstance aggravante pour d'autres contentieux. En l'absence d'un code pénal détaillé, les pratiques répressives se caractérisent par une grande labilité dans les modalités d'incrimination et de condamnation. Le procédé varie grandement selon les juridictions, les circonstances, le statut des justiciables et l'appréciation des juges. La présente étude s'appuie ici sur la version initiale du traité, parue du vivant de l'auteur, à un moment de structuration du monde judiciaire, d'évolution des sensibilités et de prolifération d'écrits à caractère diffamatoires¹³.
- 6 Étudié dans une perspective d'histoire sociale et culturelle, le *Traité des injures* permet donc de questionner comment le discours juridique façonne des normes de genre autour de l'injure. La présente étude introduira en premier lieu le traité et le rôle qu'il accorde à l'injure. Elle examinera ensuite les relations d'autorité qui séparent l'offense de la correction légitime. Enfin, la troisième partie traitera des catégories socio-professionnelles dans leur rapport à l'injure, afin de restituer la hiérarchisation opérée par Dareau des masculinités.

I. Le *Traité des injures* (1775) : visée et structure

- 7 Le *Traité des injures* est le premier ouvrage de droit consacré spécifiquement à ce contentieux. Définie de manière poreuse dans les écrits juridiques, l'injure hérite de l'*iniuria* latine et de la *coutumelia*¹⁴. Au cours du Moyen-Âge, le terme est réemployé par les théologiens dans un sens renouvelé, pour désigner un péché¹⁵. Pensée comme une atteinte à une création de Dieu, l'injure est assimilée au blasphème. À l'époque moderne, l'injure est définie juridiquement comme le « mépris que l'on fait de quelqu'un, à dessein de l'offenser, et de donner atteinte à son honneur »¹⁶. Saisie dans sa désignation la plus large, elle recouvre donc une vaste palette de délits, pouvant aller de l'irrévérence verbale aux atteintes sexuelles, en passant par le vol. Toutefois, son usage se concentre progressivement sur les formes de violences interpersonnelles à partir du XVIII^e siècle. Cette évolution est mentionnée par des auteurs comme Muyart de Vouglans (1713-1791), qui écrit dans *Les lois criminelles de France* (1780) que « l'injure proprement dite ... est cette espèce de délit qui n'a dans le Droit aucune dénomination particulière, et qui consiste dans tout ce qui se dit, se fait, ou s'écrit, tendant à offenser les particuliers »¹⁷.
- 8 Dans l'historiographie, la violence a d'abord été étudiée dans une histoire longue des comportements et de la justice. C'est davantage sous sa forme la plus extrême, à savoir les homicides et autres contentieux atroces, qu'elle a concentré l'attention des historiens. Les travaux se sont particulièrement intéressés à une possible « civilisation des mœurs »¹⁸ au travers de la quantification¹⁹. Pourtant, les échanges d'insultes et autres petites querelles du quotidien constituent le gros du contingent des délits répertoriés dans les archives judiciaires en France²⁰. En considérant qu'elles ne se retrouvent pas uniquement dans la procédure pénale, mais également dans la juridiction civile, les injures « ordinaires » échappent donc en partie aux statistiques criminelles et restent sous-étudiées²¹. La distinction demeure poreuse : plus que la nature du délit, c'est le type de procédure qui détermine le caractère civil ou pénal du procès. Cet enchevêtrement de juridictions offre par ailleurs une grande autonomie aux justiciables, capables de saisir les tribunaux de manière différenciée et stratégique²².
- 9 En raison de la presque inexistence de législation royale à propos des injures, il existe un relatif silence du droit sur ce contentieux²³. Dans le « Discours préliminaire sur les injures », le juriste creusois signale cette lacune :
- Nous n'avons pas remarqué qu'on se soit attaché à traiter des injures d'une manière assez étendue pour donner une idée suffisante de tout ce qu'on peut savoir à ce sujet. Le peu qui se trouve dans les livres, y est éparpillé de façon à ne présenter aucune règle à laquelle on puisse invariablement se fixer²⁴.
- 10 Pour fonder son propos, Dareau renvoie en partie au droit romain (et notamment au Digeste), ainsi qu'à la Caroline. Il s'appuie également sur des ordonnances, des coutumes, ainsi que des recueils d'arrêts. Enfin, le juriste cite des auteurs de commentaires généraux, en particulier Daniel Jousse (1704-1781), le seul de ses contemporains qui, selon Dareau, a « parlé des injures d'une manière un peu moins superficielle »²⁵. Parmi les autres juristes mobilisés se trouvent par exemple Antoine Loisel (1536-1617), Denis Le Brun (1640-1708), Robert-Joseph Pothier (1699-1772) et François Serpillon (1695-1772).
- 11 Dans son traité, Dareau prône une plus grande certitude et exactitude dans la pratique du droit. Cet effort de codification serait particulièrement impérieux en matière

d'injures. En effet, ce sont elles « qui rompent le lien des familles, ceux de la société ; qui affligent les mœurs et la religion »²⁶. Portant atteinte à tous les domaines, que ce soit politique ou privé, l'injure serait l'un des principaux obstacles à la paix sociale. Suivant la formule du pénaliste, « ôtez les injures de la société, vous en écarterez tout ce qui s'oppose au bonheur des citoyens »²⁷.

- 12 Au cœur des affronts se joue la question de l'honneur, « de tous les biens, le plus précieux à soigner »²⁸. Le caractère composite de cette notion a été souligné par l'historiographie²⁹. Dareau estime que la réputation « est l'âme des grands hommes : bien inestimable, digne d'une ambition générale depuis le Monarque jusqu'au simple Citoyen »³⁰. Selon lui, il est essentiel de préserver l'estime extérieure que la communauté doit à un individu ou à un groupe. Il s'agit même d'une exigence fondamentalement politique :

La durée des États peut même se calculer sur le plus ou moins d'intérêt qu'on prend à sa réputation : plus on dégénère, moins on s'inquiète de ce qu'on est aux yeux d'autrui ; et à la fin on arrive à un degré d'affaissement et d'insensibilité dont il n'est presque plus possible de se relever³¹.

- 13 Dans l'introduction du traité, Dareau observe que les querelles « naissent du spectacle du monde »³². C'est en suivant l'« intérêt » et l'« ambition » que les hommes se disputent³³. Le juriste reprend ici le thème de la dégénérescence morale, qu'il associe à la discorde interpersonnelle et à l'instabilité étatique. Son traité fait écho à la dénonciation croissante, durant les dernières décennies du XVIII^e siècle, de la civilité aristocratique et de la sociabilité mondaine³⁴. En articulant genre, honneur et politique, le juriste défend la primauté que la justice doit accorder à la poursuite des injures.
- 14 L'objectif du traité est de délimiter le délit et sa condamnation pour régulariser la pratique judiciaire. L'ouvrage se compose de 11 chapitres, chacun divisé en plusieurs sous-sections. Le premier chapitre classe les injures par leur nature. Dareau en identifie quatre : « par parole », « par écrit », « de fait » et « d'omission ». Ces quatre types d'offenses recouvrent pratiquement la totalité des atteintes à la personne, à l'exception de l'homicide (hors duel). Le deuxième chapitre se concentre sur trois formes d'injures spécifiques : celles qui sont blasphématoires, celles qui portent atteinte au souverain et celles qui offensent les mœurs. Dans cette section, Dareau affirme que la justice n'a pas pour objectif de réparer l'honneur divin. Selon lui, les juristes doivent « se borner à distinguer les intérêts de la société de ceux de l'Être suprême, à qui seul il appartient ... de punir ou de pardonner »³⁵. Influencé par le réformisme pénal, défendu par des juristes tels que le milanais Cesare Beccaria (1738-1794)³⁶, Dareau estime que le procès pour injure vise en premier lieu à réparer publiquement un affront interpersonnel³⁷. Le degré de sanction se mesure par la gravité de l'offense, qui peut être légère, grave ou atroce. L'intensité du délit n'épouse pas la catégorisation verbale, écrite ou physique, mais découle de l'analyse d'un ensemble de circonstances : « les mêmes injures, à les prendre dans leur espèce, peuvent être regardées comme graves ou légères et vice versa, suivant plusieurs circonstances »³⁸.
- 15 Parmi les circonstances, le rang des personnes injurieuses et injuriées est déterminant. Ici, Dareau rejoint Jousse, pour qui la qualité des justiciables est centrale³⁹. L'offense se mesure donc par la conséquence du délit sur la renommée de la victime. L'acte à l'origine de la plainte doit être considéré comme une transgression des normes sociales pour devenir un affront. Jousse affirme même que lorsqu'un « homme de rien » commet une offense envers une « personne de distinction », la réponse de l'injurié peut

être violente sans risquer aucune punition⁴⁰. Le troisième chapitre du traité étudie longuement les atteintes interpersonnelles, typologisées « par la qualité des personnes entr'elles ». Cette partie classe les individus en plusieurs catégories, croisant hiérarchie d'ordres, statuts socio-professionnels et identités sexuées. Dareau esquisse alors une véritable pyramide des justiciables – injurieux ou injurié.es – en fonction du critère social et de genre. Il s'attarde longuement sur deux groupes de personnes : les membres de la judicature (magistrats, avocats, procureurs et autres officiers de justice), et les « gens de lettres ». Ces pages sont particulièrement riches et significatives d'un point de vue de l'étude des masculinités. En effet, en louant les valeurs attribuées à ces deux groupes d'hommes, il promeut un nouvel idéal masculin distancié de l'honneur nobiliaire. Le quatrième chapitre est également dédié aux injures interpersonnelles, appréhendées cette fois-ci à travers le « rapport des personnes entre elles ». Dans cette section, Dareau s'intéresse aux injures qui s'inscrivent dans des relations de pouvoir et de dépendance, qu'elles soient d'ordre conjugal, familial ou professionnel. Ensemble, les chapitres 3 et 4 composent environ la moitié de l'ouvrage.

- 16 Les derniers chapitres (5 à 11), bien plus succincts, s'intéressent à des aspects plus procéduriers, tels que les circonstances à prendre en compte, la possibilité de saisir la justice ou de s'y opposer, les jugements et l'exécution. En effet, toutes les plaintes pour injure ne sont pas recevables. Seules les personnes ayant un honneur à faire valoir ont le droit de demander une réparation en justice. Dareau remarque donc que les personnes « viles et infames » ne peuvent intenter d'action pour injure sans voies de fait, car « de quel honneur sont susceptibles des personnes de cette espèce ? »⁴¹. L'infamie est une catégorie juridique bien définie, qui comporte deux versants : l'infamie de droit et l'infamie de fait. La première frappe les justiciables condamnés à une peine infamante, afflictive, corporelle ou capitale⁴². Par extension, le terme est également employé à l'encontre d'individus marginalisés en raison de l'activité exercée (bourreaux, comédiens), ou de leur orientation confessionnelle : il s'agit donc d'une infamie de fait⁴³. Il existe une certaine porosité dans la définition des catégories *de facto* infames. À l'exclusion de cette catégorie des « viles et infames », le traitement de l'injure repose donc sur une structure complexe de relations de pouvoir. Une insulte ou une « mauvaise parole » n'est donc pas intrinsèquement injurieuse : elle le devient uniquement en rompant avec l'ordre établi.
- 17 La société d'Ancien Régime est ordonnée de manière plurielle et dynamique. L'objectif du traité est donc de définir l'injure et de mesurer la réparation qui doit être apportée⁴⁴. En consacrant une grande partie de son écrit à la « qualité » du justiciable et au « rapport des personnes entre elles », Dareau identifie deux critères essentiels à la détermination de l'injure : le critère relationnel et celui de la catégorisation sociale.

II. L'offense légitime : autorité et modération

- 18 Le chapitre 4 du traité examine les injures sous l'angle des rapports sociaux et de genre, Dareau décline les relations en plusieurs catégories. Sont alors traitées les injures conjugales, paternelles, ancillaires, ainsi que celles commises entre « le seigneur et son vassal », entre « parens et alliés » et « entre jeunes gens ». Chacun de ces rapports sociaux, à l'exception de celui entre « jeunes gens », s'inscrit dans une relation de dépendance et de subordination. Dans la position supérieure, l'individu dispose d'un pouvoir qui lui autorise des mots et gestes offensifs qui, à condition d'être retenus dans

« de justes bornes », ne relèvent pas de l'injure. De l'autre côté, la personne subordonnée ne peut offenser son supérieur impunément. Le rapport d'autorité définit donc ce qui relève du légitime et de l'injurieux.

- 19 La principale partie du chapitre est consacrée à la relation conjugale. En vertu de l'*imbecillitas sexus*, les femmes sont juridiquement subordonnées à un homme référent, que ce soit son père, son époux ou son frère⁴⁵. Cette hiérarchie de genre se fonde sur des considérations philosophiques, médicales et religieuses héritées de l'Antiquité. Les philosophes grecs, tels que Platon et Aristote, ont déjà théorisé l'infériorité de la « nature » féminine qui légitime la domination des hommes⁴⁶. La médecine des humeurs, qui connaît encore une diffusion importante à l'époque moderne, a également contribué à hiérarchiser les sexes, en construisant des binarités opposant hommes et femmes, sec et humide, chaud et froid. Cette répartition sexuée oppose les traits masculins du courage et de la raison, auxquels correspondent les humeurs sèches et chaudes, à la nature imparfaite et irrationnelle des femmes que déterminent les humeurs froides et humides⁴⁷. Elle alimente l'idée d'une instabilité féminine qui nécessiterait un encadrement masculin. En parallèle, le discours religieux nourrit également cette hiérarchie de genre. La doctrine chrétienne, en particulier catholique, a longuement accentué l'infériorité du sexe féminin, en insistant continuellement sur le danger incarné par Eve, qui représente le sexe féminin dans son ensemble⁴⁸. Comme le rappelait saint Paul dans son *Épître aux Éphésiens*, la soumission féminine est un devoir conjugal, tandis que l'époux doit en retour garantir la sanctification⁴⁹.
- 20 À la fin de l'époque médiévale, avec la montée de l'État moderne et la redécouverte du droit romain, l'asymétrie entre hommes et femmes dans le mariage est renforcée sur le plan juridique⁵⁰. Le parallèle entre gouvernement de la *domus* et pouvoir politique a été souligné par de nombreux travaux⁵¹. Le xvi^e siècle marque un tournant avec la théorisation de l'incapacité juridique des femmes, considérées comme mineures par des juristes comme Tiraqueau (1488-1558), suivant le principe velléien⁵². Une certaine hétérogénéité persistait toutefois selon les espaces : dans les pays coutumiers, les femmes passent du contrôle paternel à l'autorité maritale (en cas de mariage), tandis que dans les pays de droit écrit, seule la mort du père les soustrait théoriquement à sa puissance⁵³. Dareau reconnaît cette autorité maritale, même si son traité ne fait que peu référence à l'incapacité juridique des femmes. Son unique évocation de la « fragilité » du sexe se trouve à la section « séduction »⁵⁴.
- 21 En revanche, le juriste insiste plutôt sur « l'estime et la tendresse »⁵⁵ qui doivent fonder le mariage. Pour Dareau, le « mari ne doit regarder sa femme que comme une compagne digne de toute son affection »⁵⁶. Alors que les traités des siècles précédents estimaient que l'amour devait naître de l'union, le xviii^e siècle voit l'émergence d'un nouvel idéal conjugal, selon lequel l'amour doit précéder l'union⁵⁷. Cette évolution des sensibilités s'observe notamment dans les discours de moralistes chrétiens, dans les traités sur le mariage et dans les correspondances. Le *Traité des injures* en témoigne également : « lorsque l'union des cœurs n'a point précédé l'union des personnes [...] il n'est guère possible que le mécontentement n'éclate »⁵⁸. Toutefois, cette nouvelle conception n'enlève en rien les inégalités de genre au sein du couple⁵⁹. En effet, fort du pouvoir marital, qui lui confère la tutelle sur les biens et la personne de sa femme, l'époux détient le droit de correction⁶⁰. Hérité d'une longue tradition et pratiqué à des fins disciplinaires et éducatives, ce droit doit toutefois être employé de manière justifiée et modérée, « moins dans la vue de faire injure que de corriger », pour

reprendre les termes de Muyart de Vouglans⁶¹. Si cette violence commence à faire l'objet de débats dès le XVI^e siècle, la remise en question porte moins sur son bien-fondé qu'on sur son intensité⁶². Ainsi, Dareau condamne la violence excessive, lorsqu'elle est commise par des maris « déraisonnables, durs, impérieux »⁶³.

- 22 Afin de délivrer l'épouse de « la fureur du tyran qui la tourmente »⁶⁴, car « une femme n'est point faite pour vivre sous un pareil esclavage »⁶⁵, le juriste se positionne en faveur de la séparation. Selon lui, il n'y a pas d'autres « secours » que « de relâcher les nœuds d'une union consacrée par les lois et la religion »⁶⁶. Si Dareau se prononce en faveur de la séparation, il l'accorde d'abord aux femmes des couches supérieures. Quant aux « femmes du commun », elles ne peuvent obtenir réparation que dans les situations où leur vie serait mise en danger⁶⁷. Le juriste observe pourtant que l'autorité maritale serait plus puissante parmi les « gens du peuple »⁶⁸, qui désigne dans le traité les milieux de la paysannerie. Ces hommes seraient davantage enclins à la domination conjugale. La masculinité « populaire » s'apparenterait donc, suivant la catégorisation de Connell, à une forme de masculinité marginalisée, mise à distance par d'autres mécanismes que le genre⁶⁹. La ressource du pouvoir marital serait donc distribuée de manière variable dans la hiérarchie sociale.
- 23 Le droit de correction ne s'exerce pas uniquement dans la relation conjugale. Il s'applique également sur tous les membres de sa maisonnée, y compris sur les enfants et les domestiques. Si le *Traité des injures* utilise la formule de « puissance parentale », il l'illustre majoritairement par des exemples masculins. En parallèle, Dareau insiste également sur les devoirs du père qui, malgré une certaine réciprocité, doivent précéder ceux des enfants : « si les enfants doivent aux pères, ceux-ci leur doivent les premiers ; autrement comment pourraient-ils se plaindre d'ingratitude de leur part ? »⁷⁰ Ainsi, les pères ont « un devoir de nature » qui consiste d'abord à subvenir aux besoins « de l'être auquel il a donné le jour »⁷¹. Cette responsabilité transcende les différences de statut social :
- Qu'il soit majeur ou mineur, homme libre ou marié, homme d'Église ou du monde, que la mère de son côté soit ce que l'on voudra, n'importe, rien ne peut le dispenser d'une obligation si sacrée, laquelle serait même au-dessus de toutes les lois politiques de la société, si elles y étaient contraires⁷².
- 24 La paternité est donc une obligation « sacrée » entraînant des exigences supérieures. Le lexique du sentiment est déployé pour décrire les « tendres mouvements » que doit inspirer la paternité⁷³. L'attention que porte Dareau à la protection des intérêts de l'enfant concorde avec la montée d'une nouvelle conception des liens de famille et de la figure paternelle à la fin du XVIII^e siècle⁷⁴.
- 25 Le modèle de puissance domestique peut être transposé à l'ensemble des rapports sociaux, qu'il s'agisse de relations ancillaires, entre maîtres et écoliers ou entre seigneurs et vassaux. En vertu de cette autorité, seul l'affront commis par le subalterne devient injurieux. En effet, « tous ceux qui ont des supérieurs ... leur doivent de la décence, de l'honneur, de la considération, du respect, suivant les différents degrés de subordination »⁷⁵. En échange, les dépositaires de ce pouvoir doivent défendre les siennes contre les offenses extérieures. Selon Dareau, « les insultes faites à ceux qui sont sous notre empire, sont comme faites à nous-mêmes »⁷⁶. Il est donc injurieux pour les clercs de justice de manquer de « considération » envers la femme et les enfants des avocats, notaires, greffiers ou procureurs qui les emploient, de la même manière que l'enfant ne peut manquer de respect pour ses parents⁷⁷. C'est donc au nom de cet

honneur collectif que l'action judiciaire peut être intentée par plusieurs personnes : les parents pour leurs enfants, le tuteur ou le curateur pour les pupilles, le mari pour sa femme, le maître pour le serviteur, le seigneur pour les officiers et vassaux, l'évêque pour les ecclésiastiques, et ainsi de suite.

- 26 Le chapitre 4 du *Traité des injures* illustre donc la violence qui peut être légitimement exercée dans les relations de subordination sans être injurieuse. À l'inverse, il y a offense grave lorsque le subordonné se rebelle contre l'autorité. Dareau transpose l'autorité patriarcale à l'ensemble des relations sociales. Ce droit est toutefois soumis à une certaine tension, entre correction légitime et violence excessive⁷⁸. La détermination du seuil est confiée à l'arbitraire du juge, même s'il semble se nouer progressivement autour de la distinction entre injure verbale et voies de fait. Le juriste indique en introduction que rien n'est plus « contraire à la félicité publique que les outrages, les insultes, et surtout les voies de fait entre citoyens »⁷⁹. Pour Dareau, la dégradation corporelle ne peut pas être tolérée, même lorsqu'elle est consentie⁸⁰. Cette reconsidération du corps s'inscrit aussi dans le développement à l'époque moderne de pratiques telles que l'expertise médico-légale, qui amène à réévaluer l'importance du critère de la blessure⁸¹.

III. Les masculinités en conflit : hiérarchie sociale et de genre

A. L'injure selon les « qualités »

- 27 Outre la classification par relation, Dareau procède à une catégorisation par le critère social. Dans le chapitre 3, les « injures entre particuliers » sont réparties en 10 sections distinctes : les « ecclésiastiques », les « gentilshommes, les gens de guerre et les gens de robe », les « magistrats et officiers de justice », les « avocats, procureurs et les ministres inférieurs de justice », les « commis et employés dans les fermes ou affaires du roi », les « gens de Lettres », les « citoyens distingués », les « simples bourgeois », les « gens du peuple » et les « personnes du sexe ». Cette typologisation mêle ordres, professions, rang et sexe. Un même justiciable peut se retrouver dans plusieurs sections. Ainsi, les « citoyens distingués » sont « ceux qui par leur état, leurs emplois, leurs offices, et même par leur opulence, tiennent un certain rang dans la société »⁸². Il peut s'agir aussi bien de gentilshommes, de robins, d'avocats que de gens de lettres. De la même manière, un juge peut se retrouver dans trois catégories. En tant que membre de la noblesse, il fait partie des « gentilshommes, gens de guerre et gens de robe ». En égard à sa profession, il appartient aux « magistrats et officiers de justice ». Enfin, à titre individuel, il fait également partie des « citoyens distingués ». Cette classification esquisse une composition originale : alors que l'épée et la robe sont réunies sous une seule entrée, les acteurs judiciaires indistinctement de leur ordre, occupent plusieurs catégories. Cette typologie privilégie les élites sociales et le personnel judiciaire, tandis que les injures concernant les milieux de l'artisanat, du commerce et de la paysannerie sont résumées dans deux brèves catégories, les « simples bourgeois » et les « gens du peuple ». Ainsi, une grande partie de la population masculine est traitée de manière sommaire.
- 28 Dans cette classification, les femmes, considérées comme un « état » spécifique, sont largement minorées. La section qui leur est dédiée n'occupe que 30 des 500 pages de

l'ouvrage et se concentre sur les injures subies par les femmes. La violence féminine, qu'elle soit physique ou verbale, est perçue comme un fait « singulier » qui ne se produit que « quelquefois »⁸³, même si les femmes vindicatives peuvent survenir dans d'autres chapitres, en tant qu'épouses ou mères⁸⁴. Ainsi, Dareau considère l'acte d'injurier comme d'abord l'apanage des hommes. Le *Traité des injures* est donc marqué par une attention accrue accordée aux hommes, en tant qu'auteurs et victimes.

- 29 Dans ce chapitre, Dareau s'intéresse particulièrement à la capacité des hommes à distinguer vraies et fausses offenses : « l'homme trop délicat trouve souvent de l'injure où l'homme sage n'aperçoit rien qui puisse offenser ; celui-ci au contraire prend quelquefois pour offense ce que l'homme ordinaire ne croit point injurieux »⁸⁵. En mesurant cette aptitude catégorie après catégorie, le juriste hiérarchise différentes masculinités concurrentes. Concernant la noblesse, le jurisconsulte observe que des tribunaux ont été spécifiquement créés « pour condescendre à la délicatesse des gentilshommes »⁸⁶. Il fustige le « point d'honneur », une « chimère », une « idole d'un faux honneur que la religion, les lois et la raison condamnent »⁸⁷. Dareau livre alors une virulente critique des pratiques de la violence d'honneur dans l'aristocratie :

[...] l'ignorance et l'orgueil le rendent sourd aux cris de la raison : malgré les lois, il faut qu'il se satisfasse ; [...] il a donné à son âme toute la trempe de la férocité, et, par réflexion, plein de fureur, il va disputer de cruauté avec un autre monstre sanguinaire.

- 30 La condamnation de la violence d'honneur, et notamment du duel, est très répandue à l'époque moderne. Cependant, cette pratique demeure tolérée dans les faits, malgré la législation⁸⁸. À la conception nobiliaire de la bravoure virile, Dareau oppose la « vraie noblesse des sentiments », qui doit amener le gentilhomme à « comprendre que son honneur ne dépend nullement de l'insulte que lui fait un brutal »⁸⁹. De la même manière, il dénonce le « vernis de politesse et d'éducation » qui, chez les citoyens distingués, leur permet de cacher les « animosités secrètes », alors que « la méchanceté n'y perd rien »⁹⁰. La civilité apparente de la masculinité des élites ne serait donc que le masque d'une corruption morale. Les termes employés, tels que la « délicatesse » ou la « corruption », font écho à une critique largement répandue à la fin du XVIII^e siècle, à savoir la dénonciation des mœurs aristocratiques et de la civilisation de cour, jugées comme « ramollies » moralement et physiquement. La masculinité nobiliaire serait maniérée, dégénérée et dévirilisée.
- 31 À l'autre bout de l'échelle sociale se trouvent les « simples bourgeois » et les « gens du peuple », deux catégories pour lesquelles Dareau donne des définitions approximatives. La première comprend « tous ceux qui, après les citoyens [distingués], composent la société, jusqu'aux artisans exclusivement »⁹¹. Quant aux « gens du peuple », il s'agirait des « gens de la campagne »⁹². Sur à peine cinq pages, l'avocat dépeint deux groupes particulièrement « sensibles » aux injures, et dont les plaintes seraient fréquentes. Critiqués pour leur grande susceptibilité, ils présenteraient une forte propension à se sentir offensé. Contrairement aux gentilshommes, il s'agit moins d'une dégénérescence morale ou d'une sensibilité feinte : ils « seraient plus susceptibles d'une délicatesse réelle », comparativement aux « Gens comme il faut », « parce qu'ils sont moins corrompus »⁹³. La raison de leur susceptibilité tiendrait davantage à des facteurs contextuels : un manque d'éducation et une « sagesse » réduite. Gouvernés par leurs passions, ces hommes seraient incapables de comprendre « ce que c'est que la modération »⁹⁴. Lorsque la justice réprime une querelle entre « gens du peuple », Dareau enjoint aux magistrats de ne pas les condamner à faire « réparation en

personne », craignant qu'une rencontre physique n'entraîne de nouvelles invectives et ravive les discordes. Ainsi, d'un côté ou de l'autre de la hiérarchie sociale, les hommes auraient tendance à s'adonner à l'injure, quoique ce soit pour des raisons différentes, et seraient incapables d'identifier les véritables offenses.

B. Les « hommes de lettres » et les « hommes de lois »

- 32 Si les deux extrémités de la hiérarchie sociale sont présentées de manière péjorative, deux catégories masculines retiennent positivement l'attention de Dareau : les « hommes de lettres » et les « hommes de lois ». Présentant des profils sociaux similaires, ces deux groupes sont jugés comme complémentaires. Pour le juriste, ils mériteraient la même considération, pour la raison suivante : « les uns [...], maintiennent l'ordre dans la société ; les autres [...] en font la richesse, la lumière et l'ornement »⁹⁵. Les « hommes des lettres » correspondent à une catégorie poreuse dans la terminologie de l'époque moderne⁹⁶. Selon l'article de Voltaire dans l'*Encyclopédie*, un homme des lettres est un « grammairien », à savoir un « homme qui n'était pas étranger dans la géométrie, dans la philosophie, dans l'histoire générale et particulière ; et qui surtout faisait son étude de la poésie et de l'éloquence »⁹⁷. Ainsi, l'homme de lettres n'est pas nécessairement auteur, Dareau y incluant également les explorateurs. L'historiographie a souligné les liens étroits entre juristes et littéraires : depuis la Renaissance, les juristes participent activement à la construction des savoirs humanistes⁹⁸. Les deux communautés ont en commun de fonder leur identité sur la construction d'un savoir pensé comme universel pour servir un bien collectif.
- 33 Sous la plume de Dareau, qui a lui-même étudié les belles lettres, les « hommes de lettres » seraient « sages et éclairés », des « génies bienfaisants », et par-dessus tout, des « hommes généreux qui font volontiers le sacrifice de leur santé, et souvent de leur fortune » pour devenir les « instituteurs de la nation »⁹⁹. Le juriste met en évidence leur fonction pédagogique, élément qui légitimerait la haute estime qu'ils mériteraient en société : « en perfectionnant ainsi notre être, [ils] nous donnent comme une nouvelle création »¹⁰⁰. Toutefois, quoique les hommes de lettres soient tenus en haute estime, l'avocat leur reproche tout de même une certaine tendance à succomber à la « vanité », à l'« ambition personnelle », ainsi que la recherche « d'une certaine célébrité »¹⁰¹. Ces traits les amènent alors à « se déclarer la guerre »¹⁰² et à commettre des injures. Dareau rejoint ici la position rousseauiste, qui appelle à rejeter le modèle voltairien de « l'honnête homme des lettres », critiqué pour son insertion dans la sociabilité mondaine du XVIII^e siècle et pour son adoption des codes aristocratiques de civilité, considérés comme à l'origine d'une corruption des mœurs¹⁰³. Dareau hiérarchise alors les masculinités savantes : les hommes de lettres occuperaient donc le second rang, « après le Magistrat et ceux qui coopèrent avec lui au maintien de l'ordre social »¹⁰⁴.
- 34 *In fine*, c'est donc aux « hommes de lois » que le pénaliste consacre les termes les plus élogieux. Dareau ne précise pas les contours de cette dénomination qui englobe notamment les magistrats de justice, les avocats et les procureurs. Représentés dans plusieurs sections du traité, ils peuvent aussi bien être appréhendés par leur exercice professionnel et par leur ordre, que réunis par leur statut individuel en tant que « citoyens distingués ». Cette typologie distingue donc l'injure à la fonction et à la personne, rappelant que la dignité, accordée par la charge, impose un honneur spécifique. Ensemble, il s'agit de la catégorie socio-professionnelle la plus représentée

dans le traité. Dareau justifie cette prédominance par la nécessité de protéger une fonction hautement exposée à la colère des hommes¹⁰⁵. La prédominance des membres de la judicature démontre également la centralité du pouvoir judiciaire dans le fondement de l'État moderne, conception déjà promue par les auteurs des siècles précédents¹⁰⁶. Alors que la susceptibilité est lourdement critiquée chez les gentilshommes, porter atteinte aux officiers de justice n'est donc pas tolérable aux yeux de Dareau. Ces exigences rappellent le « circuit de l'honneur » : la qualité humaine du magistrat justifie la charge qui, à son tour, génère du prestige social et de l'estime¹⁰⁷. Cet honneur collectif s'étend jusqu'à l'ensemble du personnel judiciaire, des avocats aux greffiers et aux huissiers, « en un mot à tous ceux qui [...] deviennent leurs coopérateurs »¹⁰⁸.

- 35 En échange du respect dû, ce groupe masculin doit faire preuve de compétences intellectuelles supérieures et de valeurs morales irréprochables. L'exercice de la justice devient une transposition du pouvoir paternel. Les hommes seraient « faibles », et au lieu d'exiger d'eux « un état de perfection auquel ils ne sauraient atteindre »¹⁰⁹, la justice doit être « maître de leurs passions » pour atteindre la paix sociale¹¹⁰. Le poids accordé à l'éducation est particulièrement lisible dans la section consacrée aux jeunes gens : « il est bon que la justice leur apprenne à se contenir lorsque l'éducation leur manque ou qu'ils ne veulent pas en profiter », afin d'en former « des membres de la société »¹¹¹. Protectrice et instructrice, la justice reproduit la logique paternaliste de la *domus*. Ses actions visent à perfectionner les mœurs des justiciables, et en particulier celles des hommes, que les liens d'autorité amèneront à leur tour à gouverner dans les différentes sphères familiales et sociales.
- 36 Dans le chapitre 3, les « hommes de lois » sont répartis en trois groupes : les officiers de justice, les avocats et les officiers subalternes. Magistrats et avocats travaillent en commun dans des relations complexes, entre amitié et ambiguïté. Depuis la fin du xvi^e siècle, le prix des charges a conduit à distinguer plus nettement ces différentes professions, l'avocature n'étant plus un tremplin pour accéder à la magistrature¹¹². Pour ces deux professions, Dareau décrit alors une masculinité conciliant connaissance et moralité : il s'agit de « savant plein de droiture », avec du « zèle » et des « talents »¹¹³. Le juriste idéal est également un homme de lettres, car « ceux qui, dans la magistrature ou dans le barreau se sont les plus distingués, sont ceux qui ont su allier le goût des sciences à l'étude des lois »¹¹⁴.
- 37 Dareau rappelle qu'un magistrat doit avoir un comportement exemplaire, envers le public et avec ses confrères : « il doit plus que tout autre ne s'écarter jamais des bornes de l'honnêteté civile »¹¹⁵. Il « mérite toujours plus de respect qu'un simple particulier », à condition qu'il « ne déroge point à sa qualité »¹¹⁶. Le juriste précise que les magistrats ne doivent pas avoir une sociabilité suspectée comme immorale ou exercer des activités défendues pour leur état. En faveur de la modération pénale, Dareau écrit également que les juges « ne doivent jamais perdre de vue » qu'ils doivent conserver « une grande modestie »¹¹⁷. En renvoyant aux ordonnances de la première modernité et aux exemples issus des recueils d'arrêts, Dareau critique la sévérité des condamnations tout en affirmant la nécessité de réprimer les traces de mépris à l'encontre des officiers de justice¹¹⁸. En effet, « un officier public, dont l'état fait toutes les ressources, souffre plus d'une mauvaise imputation qu'un simple bourgeois »¹¹⁹. Attenter à leur réputation s'apparenterait à une forme de sacrilège. Néanmoins, il s'agit de la responsabilité des officiers d'arborez les « marques de distinction » : à défaut, si le justiciable ignorait

avoir injurié un magistrat, l'action serait beaucoup moins répréhensible¹²⁰. En revanche, lorsque des querelles éclatent entre plusieurs officiers de justice, Dareau favorise la réconciliation à l'amiable pour tenter d'« étouffer entre eux toutes semences de discorde »¹²¹.

- 38 « Protecteur et arbitre »¹²², le magistrat incarne l'État et le pouvoir public¹²³. En utilisant l'image du « temple de la justice »¹²⁴, Dareau s'inscrit dans une longue tradition de sacralisation du droit. Justinien avançait déjà la formule de *sanctissimum templum justitiae* pour le Digeste¹²⁵. La magistrature, en particulier celle du Parlement de Paris, a fondé dès le bas Moyen Âge son autorité sur la représentation de la *dignitas regia*¹²⁶. L'expression « prêtre de justice », utilisée pour qualifier les juristes et les juges, témoigne du rapprochement entre clergé et hommes de lois¹²⁷. Toutefois, Dareau critique l'« orgueil » de certains juges, qui vont jusqu'à « exercer tout leur pouvoir à punir avec sévérité [...] de simples omissions de politesse »¹²⁸.

C. L'éloge de la masculinité des avocats

- 39 Finalement, c'est à sa propre profession que le juriste dédie les pages les plus éloquentes. Il souligne la nécessité de les préserver des injures : « l'intérêt public demande pour eux une protection spéciale », et « pas seulement dans le temple de la justice »¹²⁹. En effet, les avocats seraient indispensables au bien commun, car ils exercent une fonction essentielle et courageuse :

Les lois, si elles ne sont étudiées, méditées, approfondies, tombent dans l'oubli. Les Particuliers sont incapables de s'en occuper et d'en savoir faire une juste application : il faut donc des hommes qui soient assez *courageux* pour en faire leur étude et pour les enseigner. Nous disons courageux ; sans quoi, quel attrait ont-elles par elles-mêmes, pour captiver, non pas les moments, mais la vie entière d'un Jurisconsulte ?¹³⁰

- 40 En éloignant le courage de la traditionnelle bravoure nobiliaire, Dareau l'article autour de l'étude et de l'enseignement du droit¹³¹. Il associe étroitement avocats et gens de lettres : présenté comme le porteur d'un discours « de la vérité », l'avocat est un savant, tandis que ses plaidoyers sont désignés comme le « fruit de ses recherches »¹³².
- 41 Contrairement aux officiers, « l'avocat a cet avantage de plus, d'être un homme parfaitement libre »¹³³. Citant le discours de l'avocat général Portail, prononcé en 1707 devant le parlement de Paris, Dareau défend la liberté de parole des avocats, et notamment leur droit à user d'une « noble véhémence » et d'une « sainte hardiesse » dans leur plaidoirie si la cause l'exige¹³⁴. À l'inverse des autres formes d'offense, celles qui prennent place dans l'exercice de l'avocature sont louées. Dans le jeu des représentations sociales, les revendications de liberté et d'indépendance sont fréquemment soulevées par cette profession depuis le XVI^e siècle pour soutenir sa distinction par rapport à d'autres acteurs judiciaires¹³⁵. Elles trouvent en outre une résonance particulière dans cette période d'affinement du sentiment individuel¹³⁶.
- 42 Le juriste précise également que les avocats « font profession de la plus grande décence et de la plus grande probité » et que « l'honneur est parmi eux comme solidaire », dans « leur confraternité »¹³⁷. À l'inverse d'autres groupes masculins, qui se déchirent entre eux par vanité ou par orgueil, les avocats formeraient un groupe solidaire, à l'honneur collectif et ne tolérant ni écart, ni injure entre ses membres. Au moment de la publication du traité, le barreau connaît effectivement d'importantes restructurations,

avec l'essor des ordres et le développement de réseaux de communautés¹³⁸. Contrairement aux corporations de métier, avec lesquelles ils connaissent tout de même des similitudes, les ordres d'avocat naissent de conventions volontaires et jouent un rôle clé dans la socialisation et la professionnalisation du groupe, en particulier durant les dernières décennies du XVIII^e siècle¹³⁹. Ces groupes revendiquent notamment le droit d'assurer leur propre discipline, y compris à l'encontre de certains comportements d'ordre privé qui peuvent entacher l'image publique de la profession¹⁴⁰. Leur esprit de corps, ajouté à leur sens du bien commun, les distinguerait encore des autres savants.

- 43 Dans la pyramide des masculinités esquissée par Dareau, l'avocat occupe ainsi le rôle le plus noble. En tant que « l'œil et la lumière » du juge, il personnifierait même l'exercice de la justice¹⁴¹. Le traité s'inscrit dans la continuité de l'humanisme juridique, tout en témoignant de nouvelles considérations propres aux dernières décennies de l'époque moderne. En critiquant les effets de la sociabilité aristocratique, qui amène à une dégénérescence morale, le juriste promeut un idéal viril renouvelé, articulé autour de la masculinité des avocats. Armés d'une autorité supérieure, ces derniers incarnent au mieux l'« amitié » et la « bienfaisance » attendues des hommes¹⁴². La dimension sacrale de la figure de l'homme de loi est délaissée au profit de la fonction d'expert et d'instructeur, avec une masculinité tempérée, rationnelle, indépendante et savante. L'avocat préfigure d'une certaine manière l'invention de la figure de l'homme public comme sujet prescripteur. Il incarne l'autorité maritale et paternelle : au lieu d'inspirer le respect par la peur, il s'appuie sur la connaissance et sur les sentiments pour exercer « l'empire le plus absolu ... sur le cœur et l'esprit des hommes »¹⁴³.
- 44 Au code d'honneur nobiliaire, le juriste oppose un modèle concurrentiel, d'inspiration bourgeoise¹⁴⁴. Le *Traité des injures* promeut la valeur sociale de la fonction contre le pouvoir économique, la liberté et le savoir contre le sang et le lignage. Dans cette perspective, c'est le juriste, et en premier lieu l'avocat qui, du fait de son activité libérale, devient la figure virile plébisitée. Loin des querelles qui caractérisent les autres groupes masculins, les avocats ne souffrent ni injure de la part du public, ni écarts de la part des pairs. Reproduisant une autorité paternelle, l'activité judiciaire constitue une performance du pouvoir masculin que les avocats incarneraient au mieux. Le traité de Dareau est à cet égard significatif de l'émergence, à la fin du XVIII^e siècle, d'une forme renouvelée de *governing masculinity*.

Conclusion

- 45 Les sources de droit de l'époque moderne engendrent des normes de genre. Dans le *Traité des injures*, l'avocat Dareau donne à voir comment les structures sociales et les normes de genre composent la complexe relation entre le contentieux et les masculinités. En les examinant de manière hiérarchisée et dynamique selon leur position dans les relations de pouvoir et d'autorité, le jurisconsulte construit des masculinités divergentes au lieu d'une catégorie homogène. La condamnation des injures, déclinée selon de nombreuses circonstances, démontre la dimension composite et dynamique de l'honneur masculin.
- 46 La distinction entre le critère relationnel et social permet à Dareau de dépeindre d'un côté le fonctionnement d'une autorité disposant du pouvoir légitime, et de l'autre, la figure masculine la plus apte à l'incarner. Si le justiciable détient des droits et des

pouvoirs d'une grande variété, cette pluralité se marque particulièrement pour les couches supérieures. Pourtant, les querelles entre les « gens du peuple » sont dites plus fréquentes. Mais il n'est nullement question d'honneur communautaire pour eux : les milieux de l'artisanat urbain ou de la ruralité ne sont pas envisagés dans leur corps de métier. De l'autre côté, la noblesse d'épée ou le clergé ne sont pas non plus au cœur de la réflexion de Dareau. Les justiciables qui occupent majoritairement l'attention du juriconsulte appartiennent à deux catégories masculines : les « gens des lettres » et les « hommes de lois ».

- 47 Dans les pages consacrées à ces deux groupes, l'auteur emploie les termes les plus élogieux. S'ils partagent de nombreux traits en commun, les juristes détiennent une supériorité morale à la fois individuelle et collective, qui leur permet de se placer au sommet de la hiérarchie masculine. Parmi les traits régulièrement mobilisés par Dareau, la maîtrise des passions, la connaissance et la liberté sont particulièrement valorisées. Loin d'un archétype commun à tous les hommes, cet idéal masculin correspond d'abord aux normes valorisées par les juristes de cette période. En opposant la « délicatesse » des gentilshommes à la « sagesse » des juristes, le pénaliste fait émerger un code viril concurrentiel, avec à son sommet la figure de l'avocat. Cette mutation des normes masculines doit être inscrite dans la longue durée, puisqu'elle s'enracine déjà dans l'humanisme juridique du début de l'époque moderne. Les modifications se poursuivent sous l'influence de la philosophie des Lumières au cours du XVIII^e siècle, avec l'abandon progressif de la dimension chrétienne du « prêtre de justice » au profit d'une conception scientifique et libérale de « l'homme de lois ». Ce nouveau discours normatif encense donc une masculinité judiciaire éclairée, pour laquelle la connaissance et l'instruction deviennent désormais des valeurs précieuses et l'espace politico-juridique le domaine privilégié. Capables de distinguer la véritable injure des fausses offenses, l'avocat allie connaissances, compétences et droiture morale pour asseoir une autorité légitime inspirée de la puissance paternelle. En promouvant la modération et l'instruction, Dareau traduit également l'essor d'une masculinité hégémonique plus pacifiée, aussi bien dans le gouvernement de la maison que dans l'exercice du pouvoir¹⁴⁵.
- 48 Le *Traité des injures* constitue le miroir des normes de comportement propre au milieu des juristes réformateurs de la fin de l'époque moderne. En comparaison, cette conception est nettement moins présente chez un juriconsulte conservateur comme Muyart de Vouglans qui, à la même période, adopte une hiérarchie plus traditionnelle. Pour ce dernier, les robins sont subordonnés à la noblesse d'épée, dont les membres demeurent la référence virile. Les interactions injurieuses entre eux seraient d'ailleurs comparables à celles commises entre pères et enfants, la noblesse incarnant la figure d'autorité. Au cours de l'époque moderne, les traités juridiques réformistes participent donc de la refonte des constructions de genre. Ce processus sera encore bouleversé par le moment révolutionnaire, qui articulera plus étroitement juridique et politique autour du masculin¹⁴⁶.
- 49 Le renforcement du regard sur les lettres et le droit continue d'exclure les femmes. Face à un discours pluriel, complexe et foisonnant sur les hommes, les femmes restent réduites à leur statut d'épouse et de mère : leur vertu morale tiendrait principalement à la retenue et à la modestie. Si les archives de la pratique dévoilent une réalité beaucoup plus polymorphe, l'honneur féminin est largement minoré par la théorie juridique. L'honneur des femmes a longtemps été pensé comme fondé sur la défense de la vertu

morale et sexuelle, au lieu de la vaillance physique¹⁴⁷. Pour ces raisons, la violence des femmes, considérée comme un épiphénomène, a été invisibilisée aussi bien par les archives que par l'historiographie de la justice. Elle est aujourd'hui remise en évidence par des travaux qui ont notamment montré le biais des sources¹⁴⁸. Dans son traité, Dareau se contente de rappeler que « les mœurs et l'éducation les obligent de vivre avec plus de décence et de retenue que les hommes »¹⁴⁹. « Citoyennes subalternes »¹⁵⁰, elles ne bénéficient pas du même accès à l'écrit, aux ressources judiciaires et aux fonctions juridiques. La section dédiée aux « personnes du sexe » le rappelle : « exclues des charges, des dignités, des rangs, leur ambition se borne à un époux qui fasse leur gloire et leur bonheur »¹⁵¹. Rejetées de la sphère des connaissances et des compétences, les femmes sont fermement renvoyées à leur seul statut matrimonial. À la fin de l'Ancien Régime, la participation citoyenne des femmes reste ainsi largement marginalisée par les juristes¹⁵².

NOTES

1. Voir par exemple *Governing Masculinities in the Early Modern Period. Regulating Selves and Others*, dir. S. Broomhall et J. Van Gent, Vermont, Ashgate, 2011 ; S. McSheffrey, « Men and Masculinity in Late Medieval London Civic Culture », *Conflicted Identities and Multiple Masculinities*, dir. J. Murray, New York, Garland Press, 1999, p. 243-278 ; A. McVitty, « Homosociality, Sexual Misconduct and Gendered Violence in England's Pre-modern Legal Profession », *Past & Present*, 2022, en ligne: <https://doi.org/10.1093/pastj/gtac025>. Eadem, « Engendering Erudition : Masculinity and Legal Authority at England's Medieval Inns of Court », *Gender & History*, 32/2, 2020, p. 449-450.
2. R. Connell, *Masculinities*, Cambridge, Polity Press, 1995. Voir aussi l'ouvrage collectif *Histoire de la virilité*, dir. A. Corbin, J. Courtine et G. Vigarello, Paris, Éditions du Seuil, 2011.
3. *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, dir. P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. IX.
4. Cette déclinaison est reprise de M.-L. Duclos-Grécourt, *L'idée de loi au XVIII^e siècle dans la pensée des juristes français (1715-1789)*, Poitiers, Presses universitaires juridiques – Université de Poitiers, 2014, p. 23-27.
5. Il y a une abondante littérature sur ces professions. Pour les juristes en général, voir par exemple *Hommes de loi et politique, XVI^e-XVIII^e siècles*, dir. H. Daussy et F. Pitou, Rennes, PUR, 2007 ; *Les juristes en Auvergne. 1. Du Moyen Âge au XIX^e siècle*, dir. D. Deroussin et F. Garnier, Paris, Éditions le Manuscrit, 2009 ; *L'écriture des juristes, XVI^e-XVII^e siècles*, dir. L. Giavarini, Paris, Garnier, 2010 ; S. Geonget, *Bourges à la Renaissance : hommes de lettres, hommes de lois*, Paris, Klincksieck, 2011. Pour les magistrats en particulier, voir par exemple M. Gresset, *Gens de justice à Besançon. De la conquête par Louis XIV à la Révolution française (1674-1789)*, Paris, Bibliothèque nationale, 1978 ; F. Bluche, *Les magistrats du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Economica, 1986. Concernant les avocats, en particulier voir notamment *Histoire des avocats de Toulouse du XVIII^e siècle à nos jours*, dir. J.-L. Gazzaniga, Toulouse, Privat, 1992 ; M. Guilloteau, *L'avocat en France et le barreau de Poitiers des origines à nos jours*, Poitiers, Ateliers Sainte-Croix, 1994 ; L. Karpik, *Les avocats, entre l'État, le public et le marché, XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1995 ; H. Leuwers, *L'invention du barreau français, 1660-1830 : la construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris, EHESS, 2006. Pour les professeurs

de droit en particulier, voir par exemple C. Chêne, *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, Genève, Droz, 1982.

6. M. Cassan, « Formation, savoirs et identité des officiers “moyens” de justice aux *xvi^e-xvii^e* siècles : des exemples limousins et marchois », *Les officiers « moyens » à l'époque moderne : pouvoir, culture, identité*, dir. M. Cassan, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 1998, p. 295-322.

7. Pour l'arbitraire, voir B. Schnapper, *Les peines arbitraires du *xiii^e* au *xviii^e* siècle (doctrines savantes et usages français)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974 ; M. Porret, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995.

8. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire. Ouvrage qui renferme particulièrement la Jurisprudence du Petit-Criminel*, Paris, chez Prault père, 1775.

9. Les données biographiques de François Dareau sont issues de la notice d'O. Descamps, « François Dareau », *Dictionnaire historique des juristes français (*xii^e-xx^e* siècle)*, *op. cit.*, p. 305.

10. Selon une partie de l'historiographie, il y a une distinction entre être « avocat au parlement » ou « en parlement » : les premiers plaident véritablement, tandis que la seconde appellation renvoie à une qualification pour des avocats qui ont quitté cette pratique. Cette affirmation a été nuancée par des études plus récentes, cf. M. Gresset, « Le barreau, de Louis XIV à la Restauration », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, juillet-septembre 1989, t. 36, n°3, p. 488 ; H. Leuwers, *L'invention du barreau français...*, *op. cit.*, p. 100.

11. Selon la notice du *Dictionnaire historique des juristes français (op. cit.)*, Dareau a contribué à trois reprises à la revue poétique *L'Almanach des Muses* et a rédigé de nombreuses notices dans le *Répertoire de Guyot (Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale)*, Paris, Visse, 1784-1785).

12. J.-L. Halpérin, « Jean-François Fournel », *Dictionnaire historique des juristes français (*xii^e-xx^e* siècle)*, *op. cit.*, p. 447.

13. Pour ce dernier aspect, voir J.-L. Halpérin, « Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944 », *Droit et cultures*, 65/1, 2013 en ligne : <https://doi.org/10.4000/droitcultures.3073>. Nous prenons le parti de concentrer cette étude sur la première édition du traité et non sur la seconde. Édition posthume datant de 1785, elle a fait l'objet d'importantes modifications de Fournel. Par ailleurs, sa publication a lieu à un moment bien plus tardif, dans un contexte mouvementé, raison pour laquelle il a semblé judicieux de se centrer sur la version originale.

14. L'*iniuria* désigne ce qui est fait sans droit, tandis que la *coutumelia* renvoie à des marques de mépris. D. Lagorgette, « Insulte, injure et diffamation : de la linguistique au code pénal ? », *Argumentation et Analyse du Discours*, 8, 2012, en ligne : <https://doi.org/10.4000/aad.1312>.

15. Voir C. Casagrande, S. Vecchio, *Les péchés de la langue. Discipline et éthique de la parole dans la culture médiévale*, Paris, Cerf, 1991.

16. C. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de droit, d'ordonnance, de coutume et de pratique, avec les juridictions de France*, t. 2, 3^e éd., Paris, chez Bauche, 1771-1758, « injure ».

17. P. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le jeune, Crapart et Benoît Morin, 1780, p. 347.

18. N. Elias, *La civilisation des mœurs*, Paris, Calmann-Lévy, 1973-1939.

19. Voir notamment P. Spierenburg, *Violence and Punishment : Civilizing the Body Through Time*, Cambridge, Polity Press, 2013 ; S. Carroll, *Blood and Violence in Early Modern France*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; M. Nassiet, *La Violence, une histoire sociale, France (*xvi^e-xviii^e* siècle)*, Seyssel, Champ-Vallon, 2011 ; R. Muchembled, *Une histoire de la violence : de la fin du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Seuil, 2008 ; G. Schwerhoff, « Early Modern Violence and the Honour Code : From Social Integration to Social Distinction ? », *Crime, Histoire & Sociétés*, 17/2, 2013, p. 27-46.

20. H. Piant, « La justice au service des justiciables ? La régulation de l'injure à l'époque moderne », *Rives méditerranéennes*, 40, 2011, p. 68 ; voir aussi *id.*, « Des procès innombrables », *Histoire & mesure*, 22/2, 2007, p. 13-38.
21. *Id.*, *Une justice ordinaire : justice civile et criminelle dans la prévôté royale de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2006, p. 15.
22. *Ibidem*, p. 226.
23. H. Piant, « La justice au service des justiciables ? ... », *op. cit.*, p. 69-70.
24. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. xiv. Les citations ont été modernisées pour fluidifier la lecture.
25. *Ibid.*, p. xv. Jousse consacre effectivement une longue section à ce contentieux, D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure père, 1771.
26. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. x.
27. *Ibid.*
28. *Ibid.*, p. viii.
29. Voir par exemple A. Jouanna, « Recherches sur la notion d'honneur au xvi^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1968, 15/4, p. 597-623 ; M. Nassiet, *La Violence, une histoire sociale...*, *op. cit.* ; H. Drévilion, « Qu'est-ce que l'honneur ? », *Inflexions*, 27/3, 2014, p. 17-30.
30. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. viii-ix.
31. *Ibid.*
32. *Ibid.*, p. v.
33. *Ibid.*, p. vi.
34. Voir par exemple chez Rousseau : C. Martin, « La fontaine de Salmacis. Hantise de la mollesse et construction du masculin chez Rousseau », *Masculinités en Révolution de Rousseau à Balzac*, dir. J.-M. Roulin et D. Maira, Saint-Etienne, PUSE, 2013, p. 31-48.
35. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 113.
36. Beccaria invite notamment à distinguer plus nettement péché et délit, tout en remettant en cause l'arbitraire des juges et l'usage de la peine capitale, C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1979 1764 .
37. Pour le débat pénal, voir notamment A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, t. 2, Paris, Cujas, 1979, p. 127-130 ; J.-M. Carbasse (avec la collaboration de P. Vielfaure), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014 2000 , p. 411-431.
38. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 390.
39. D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 3, *op. cit.*, p. 574.
40. *Ibid.*, p. 620 : « si celui qui a commencé à injurier est un homme de rien, et que celui qui est insulté soit une personne de distinction, il semble que dans ce cas il peut frapper d'un coup de canne, ou d'épée, celui qui l'a ainsi injurié et qu'il ne doit point être puni ».
41. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 436.
42. M. Porret, « La cicatrice pénale. Doctrine, pratiques et critique de la marque d'infamie », *Sens-Dessous*, 10/1, 2012, p. 47-63.
43. Voir A. Block, *Honour and Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 44-68 ; P. Bastien, « "La mandragore et le lys" : l'infamie du bourreau dans la France de l'époque moderne », *Histoire de la Justice*, 13, 2001, p. 223-240 ; S. Steinberg, « La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime », *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, dir. C. Avignon, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, p. 439-454.
44. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. xiii.
45. A. Lebigre, « Imbecillitas sexus », *Histoire de la justice*, 5, 1992, p. 35-51 ; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, p. 263-264.
46. S. Beauvalet-Boutouyrie, E. Berthiaud, *Le Rose et le Bleu. La fabrique du féminin et du masculin. Cinq siècles d'histoire*, Paris, Belin, 2016, p. 9-11.
47. *Ibid.*, p. 11-13.

48. *Ibid.*, p. 13-16.
49. Paul, *Épître aux Éphésiens*, 5,22-6,9.
50. Voir par exemple J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, Éditions Montchrestien, 1998, p. 290-297 ; D. Deroussin, *Histoire du droit privé (XVI^e-XXI^e siècle)*, Paris, Ellipses, 2010, p. 187-194.
51. Voir par exemple S. Hanley, « Engendering the State : Family Formation and State Building in Early Modern France », *French Historical Studies*, 16/1, 1989, p. 4-27 ; S. Beauvalet-Boutouyrie, *Les femmes à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, Belin, 2003 ; D. Godineau, *Les femmes dans la France moderne, XVI^e-XVIII^e siècle*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2021.
52. A. Tiraqueau, *Ex commentariis in Pictonum consuetudines, sectio de legibus connubialibus*, Paris, J. Bade, 1513. Voir aussi S. Beauvalet-Boutouyrie, *Les femmes à l'époque moderne (XVI^e-XVIII^e siècles)*, *op. cit.*, p. 33.
53. D. Godineau, *Les femmes dans la société française, XVI^e-XVIII^e siècle*, *op. cit.*, p. 20-28.
54. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 301.
55. *Ibid.*, p. 295.
56. *Ibid.*, p. 328.
57. Il existe une riche historiographie sur l'évolution du sentiment amoureux, voir notamment P. Ariès, « L'amour dans le mariage », *Communications*, 35, 1982, p. 116-122 ; J.-L. Flandrin, « Amour et mariage au XVIII^e siècle », *Le sexe en Occident. Évolutions des attitudes et des comportements*, Paris, Seuil, 1981, p. 83-96 ; M. Dumas, *Le mariage amoureux. Histoire du lien conjugal sous l'Ancien Régime*, Paris, Armand Colin, 2004 ; A. Burguière, *Le Mariage et l'Amour, en France, de la Renaissance à la Révolution*, Paris, Seuil, 2011.
58. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 327.
59. J.-L. Flandrin, « Amour et mariage au XVIII^e siècle », *op. cit.*, p. 88-90 ; M. Dumas, *Le mariage amoureux...*, *op. cit.*, p. 259-286.
60. Voir notamment J.-L. Flandrin, *Familles. Parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Paris, Seuil, 1984, p. 170 ; pour un travail plus récent, voir *Dictionnaire du fouet et de la fessée. Corriger et punir*, dir. I. Poutrin et É. Lusset, Paris, PUF, 2022.
61. P. Muiart de Vouglans, *Les lois criminelles de France...*, *op. cit.*, p. 18-19.
62. S. Beauvalet-Boutouyrie et E. Berthiaud, *Le Rose et le Bleu...*, *op. cit.*, p. 68-69.
63. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 328.
64. *Ibid.*, p. 329.
65. *Ibid.*
66. *Ibid.*, p. 327.
67. *Ibid.*, p. 330.
68. *Ibid.*, p. 414 : En cas de délit commis par les femmes du peuple, « entre gens du peuple le mari ayant assez d'autorité sur sa femme, est coupable de ne l'avoir pas empêché d'agir ».
69. R. Connell, *Masculinités. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Éditions Amsterdam, 2014, p. 74-80.
70. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 362.
71. *Ibid.*, p. 320.
72. *Ibid.*
73. *Ibid.*, p. 296.
74. Voir notamment les travaux précurseurs de Philippe Ariès, ainsi que l'*Histoire des pères et de la paternité*, dir. J. Delumeau et D. Roche, Paris, Larousse, 1990 ; J. Doyon, *L'atrocité du parricide au XVIII^e siècle. Le droit pénal dans les pratiques judiciaires du parlement de Paris*, thèse de doctorat en histoire de l'université de Paris 13, soutenue le 14 novembre 2015 ; *L'Empire paternel. Familles, pouvoirs, transmission (Antiquité romaine, époque moderne)*, dir. J. Doyon et S. Armani, Genève, Georg, 2021.

75. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, op. cit., p. 380.
76. *Ibid.*, p. 408.
77. *Ibid.*, p. 381.
78. *Ibid.*, p. 300 : « il n'est permis à personne d'en venir à des excès vis-à-vis de qui que ce soit ».
79. *Ibid.*, p. vii.
80. Le refus de l'atteinte corporelle est notamment exemplifié par le cas de la castration : « un chirurgien qui ferait à un particulier cette opération qui détruit dans l'homme la virilité, même de son consentement le plus formel, blesserait les mœurs et ne serait point excusable », F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, op. cit., p. 453.
81. H. Piant, *Une justice ordinaire...*, op. cit., p. 227.
82. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, op. cit., p. 286.
83. *Ibid.*, p. 322.
84. Sur la capacité des femmes à se substituer à leur référent masculin, voir S. Steinberg, « Hiérarchies dans l'Ancien Régime », *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, dir. M. Riot-Sarcey, Madrid, Larousse, 2010, p. 131-160.
85. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, op. cit., p. A.
86. *Ibid.*, p. 176-177.
87. *Ibid.*, p. 162-163.
88. M. Nassiet, *La Violence, une histoire sociale...*, op. cit., p. 117-120.
89. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, op. cit., p. 163.
90. *Ibid.*, p. 286-287.
91. *Ibid.*, p. 289.
92. *Ibid.*, p. 291.
93. *Ibid.*, p. 289.
94. *Ibid.*, p. 292.
95. *Ibid.*, p. 253.
96. Sur la République des Lettres, voir notamment D. Roche, *Les Républicains des lettres, gens de culture et Lumières au XVIII^e siècle*, Paris, Fayard, 1988 ; F. Waquet, « Qu'est-ce que la République des Lettres ? Essai de sémantique historique », *Bibliothèque de l'École des chartes*, 147, 1989, p. 473-502 ; D. Goodman, *The Republic of Letters : A Cultural History of the French Enlightenment*, Ithaca, Cornell University Press, 1994 ; D. Gordon, *Citizens without Sovereignty. Equality and Sociability in French Thought, 1670-1789*, Princeton, Princeton University Press, 1994 ; A. Lilti, *Le monde des salons. Sociabilité et mondanité à Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2005 ; M. Fumaroli, *La République des Lettres*, Paris, Gallimard, 2015.
97. Voltaire, « Gens de Lettres », *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, dir. D. Diderot et J. D'Alembert, vol. VII, 1757, p. 599b.
98. Voir notamment *L'Humanisme juridique. Aspects d'un phénomène intellectuel européen*, dir. X. Prevost et L.-A. Sanchi, Paris, Classiques Garnier, 2022 ; G. Cazals, « Une Renaissance. Doctrine, littérature et pensée juridique du XVI^e siècle en France », *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 14, 2018, en ligne : <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.742> ; voir aussi les dossiers *Droit et littérature. Quels apports pour l'histoire du droit ?*, *Clio@Themis*, 7, 2014, en ligne : <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.87> ; et *Les juristes dans la République des lettres*, *Clio@Themis*, 24, 2023, en ligne : <https://doi.org/10.4000/cliiothemis.3109>.
99. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, op. cit., p. 252-253.
100. *Ibid.*, p. 252.
101. *Ibid.*, p. 255.
102. *Ibid.*, p. 256.
103. A. Lilti, *Le monde des salons...*, op. cit., p. 187-204 ; voir aussi G. Brown, *A Field of Honor : Writers, Court Culture and Public Theater in French Literary Life from Racine to the Revolution*, édition

électronique : www.Gutenberg-e.org, chapitre 3 « *Politesse perdue* : The Patriot Playwrights, between Court and Public ».

104. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 250.

105. Dans cette catégorie, Dareau intègre uniquement les fonctions judiciaires les plus reconnues, telles que les juges, les avocats et les officiers intermédiaires. En revanche, les exécuteurs de justice, autre corps de métier fréquemment en contact avec le public et objets de violence, ne sont pas pris en considération.

106. Voir par exemple E. Le Roy Ladurie (avec la collaboration de S. Bonin), « L'arbre de justice, un organigramme de l'État au XVI^e siècle », *Revue de la Bibliothèque nationale*, 18, 1985, p. 18-34 ; P. Alvazzi del Frate, « Le Grand-Justicier et l'Arbre de Justice : considérations sur la justice retenue sous l'Ancien Régime », *Histoire, Écologie et Anthropologie. Trois générations face à l'œuvre d'Emmanuel Le Roy Ladurie*, Paris, PUPS, 2011, p. 389-398.

107. A. Jouanna, « Recherches sur la notion d'honneur au XVI^e siècle », *op. cit.*, p. 615-621.

108. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 222.

109. *Ibid.*, p. 33.

110. *Ibid.*, p. a iii. Le jurisconsulte appelle aussi à davantage d'indulgence lorsqu'un outrage résulte d'un défaut d'instruction, car « on n'est pas maître d'avoir été élevé d'une façon plutôt que de toute autre », *ibid.*, p. 33 ; voir aussi p. 195.

111. *Ibid.*, p. 386.

112. M. Houlemare, *Politiques de la parole. Le parlement de Paris au XVI^e siècle*, Genève, Droz, 2011, p. 190-199.

113. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 223.

114. *Ibid.*, p. 253.

115. *Ibid.*, p. 196.

116. *Ibid.*, p. 217.

117. *Ibid.*, p. 218-219.

118. *Ibid.*, p. 204-212.

119. *Ibid.*, p. 476.

120. *Ibid.*, p. 213-214.

121. *Ibid.*, p. 197, p. 199.

122. *Ibid.*, p. 204.

123. Sur la représentation du magistrat de justice, voir notamment E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi. Essai sur la théologie politique au Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 2020 [1957] ; F. Autrand, *Naissance d'un grand corps de l'État. Les gens du Parlement de Paris, 1345-1454*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1981 ; C. Kaiser, « Les cours souveraines au XVI^e siècle : morale et Contre-Réforme », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 37/1, 1982, p. 15-31 ; S. Hanley, *Le lit de justice des rois de France. L'idéologie constitutionnelle dans la légende, le rituel et le discours*, trad. A. Charpentier, Paris, Aubier, 1991 ; J. Krynen, « De la représentation à la dépossession du roi : les parlementaires "prêtres de la justice" », *Mélanges de l'École française de Rome*, 114/1, 2002, p. 95-119 ; M. Houlemare, *Politiques de la parole...*, *op. cit.*, p. 518-524.

124. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 225.

125. Préface, constitution *Deo auctore*, §5, reprise au Code 1,17,1,5, cité par J. Krynen, « De la représentation à la dépossession du roi... », *op. cit.*, p. 111.

126. E. Kantorowicz, *Les Deux Corps du roi...*, *op. cit.*, p. 133-234.

127. J. Krynen, « De la représentation à la dépossession du roi... », *op. cit.*, p. 109.

128. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 195.

129. *Ibid.*, p. 225.

130. *Ibid.* Souligné par l'autrice.

131. La même vertu apparaît dans une moindre mesure dans la partie dédiée aux procureurs, dont l'« état demande en même temps un certain courage pour épouser la cause du faible, du

malheureux, contre la tyrannie d'un adversaire puissant et redoutable » (*ibid.*, p. 235). Si le procureur fait également preuve de courage, sa qualité serait subordonnée à celle de l'avocat, qui détient en plus la compétence scientifique. En érigeant l'accès au savoir comme critère de distinction décisif dans la hiérarchisation du personnel judiciaire, Dareau positionne les avocats avant les procureurs, dont le rôle – d'abord administratif – est dévalué au profit de la connaissance juridique. Pour la différence entre les procureurs et les avocats, voir notamment C. Dolan, *Les Procureurs du Midi sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2012, p. 61-75.

132. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 223-224.

133. *Ibid.*, p. 223.

134. *Ibid.*, p. 231-232. Voir aussi J.-L. Gazzaniga, « Notes sur la liberté de parole de l'avocat », *“Défendre par la parole et par l'écrit”*. *Études d'histoire de la profession d'avocat*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 69-80.

135. Les recueils de plaidoyers en sont un bel exemple. Voir par exemple M. Houlemare, « Un avocat parisien entre art oratoire et promotion de soi (fin XVI^e siècle) », *Revue historique*, 630, 2004/2, p. 283-302.

136. Voir notamment *Histoire de la vie privée*, 3 vol., dir. P. Ariès et G. Duby, Paris, Seuil, 1985.

137. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 229. La notion de confraternité est centrale dans les ordres d'avocats, voir H. Leuwers, *L'invention du barreau français...*, *op. cit.*, p. 59-87.

138. Les réalités de l'avocature demeurent très diverses et comportent des variations régionales importantes. Si cela ne transparait pas dans les écrits, les avocats continuent fréquemment à occuper plusieurs fonctions et à combiner charges, conseil et défense, *ibid.*, p. 34-39.

139. *Ibid.*, p. 17-47.

140. *Ibid.*, p. 124-130.

141. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 225. Dareau écrit également, à la page 224 : « Lui manquer, ce serait donc manquer à la Justice elle-même ».

142. *Ibid.*, p. v.

143. *Ibid.*, p. 223.

144. H. Lecharny, « L'injure à Paris au XVIII^e siècle : un aspect de la violence au quotidien », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 36/4, 1989, p. 565.

145. Concernant ce changement de sensibilités, voir entre autres P. Spierenburg, « Masculinity, Violence and Honor : an Introduction », *Men and Violence : Gender, Honor, and Rituals in Modern Europe and America*, dir. P. Spierenburg, Ohio, Ohio State University Press, 1998, p. 5-7 ; A.-C. Trepp, « The Emotional Side of Men in Late Eighteenth-Century Germany (Theory and Example) », *Central European History*, 27/2, 1994, p. 127-152.

146. Le moment de la Révolution bousculera à nouveau les normes de genre en réintégrant la vaillance physique comme valeur virile avec la figure du citoyen-soldat.

147. Sur l'honneur féminin, voir M. Carcanague, *Point d'honneur pour les femmes ? Défendre son honneur et sa réputation devant la justice en France au XVIII^e siècle*, thèse de doctorat soutenue le 27 novembre 2021 à l'université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

148. Voir par exemple M. Van der Heijden, *Women and Crime in Early Modern Holland*, Leiden, Brill, 2016 ; C. Regina, *Dire et mettre en scène la violence à Marseille au XVIII^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2017.

149. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 294.

150. G. Mazeau et C. Plumauzille, « Penser avec le genre : Trouble dans la citoyenneté révolutionnaire », *La Révolution française*, 9, 2015, p. 11.

151. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire...*, *op. cit.*, p. 294.

152. Pour les différentes formes de citoyenneté, voir par exemple G. Mazeau et C. Plumauzille, « Penser avec le genre... », *op. cit.*, p. 1-28 ; P. Barthélémy, V. Sebillotte Cuchet, « Sous la citoyenneté, le genre », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 43, 2016, p. 7-22.

RÉSUMÉS

Publié en 1775, le *Traité des injures* de Dareau propose de codifier la régulation des injures à partir de l'articulation entre autorités, hiérarchies et honneur masculin. En partant des injures, il esquisse des masculinités plurielles, dont la gouvernance générale repose sur le modèle de la *domus*. Au sommet de cette hiérarchie masculine se trouvent les « hommes de lois », qui englobent les professions liées à la justice au sens large. S'il mobilise un certain nombre de traits hérités de la figure du magistrat de la Renaissance, Dareau témoigne également de l'influence de nouvelles normes de genre, d'inspiration libérale et bourgeoise. À partir de l'entrée des injures, le traité juridique contribue donc à promouvoir un nouveau discours sur l'idéal viril dans le dernier tiers du XVIII^e siècle.

Published in 1775, Dareau's *Traité des injures* proposes to codify the regulation of insults based on the articulation between authorities, hierarchies, and masculine honor. Starting with insults, he sketches out plural masculinities, whose general governance is based on the *domus* model. At the pinnacle of this masculine hierarchy are the "men of law", who encompass the professions associated with justice in the broadest sense. While he mobilizes several features inherited from the Renaissance magistrate, Dareau also bears witness to the influence of new gender norms of liberal and bourgeois inspiration. Starting with the entry on insults, the legal treatise thus helps to promote a new discourse on the virile ideal in the last third of the 18th century.

INDEX

Keywords : masculinities, legal doctrine, insults, violence, jurist

Mots-clés : masculinités, doctrine juridique, injures, violence, juriste

AUTEUR

CLARISSA Y. YANG

Université de Genève

Dossier : Genre, histoire et droit

II. Biais de genre et justice

Les menstrues de Charlotte Courtecuisse. Genre et justice au XVIII^e siècle

Sabrina Michel

Les travaux actuels sur l'histoire de la justice de la période moderne intègrent systématiquement des développements sur les acteurs¹. Si magistrats comme auxiliaires de justice sont mis au cœur de l'institution qu'ils incarnent, plus rares sont les études qui s'attardent sur la qualité des justiciables². Angle mort de l'historiographie, la question rebondit néanmoins lorsqu'est évoquée la seule question pénale. En effet, les ouvrages portant sur un crime ou délit spécifique cherchent à en qualifier les auteurs³. Dans cette perspective, l'ombre portée des débats de société sur le genre et les discriminations qui en découlent a permis le renouvellement depuis ces vingt dernières années des études sur les femmes en justice. Souvent pointus, les travaux s'appuient dans le sillage de ceux, pionniers, d'Arlette Farge, sur les archives judiciaires et envisagent les femmes tout à la fois comme criminelles et victimes. Il n'est plus désormais à démontrer que les crimes d'infanticide, d'empoisonnement ou d'adultère sont considérés comme des infractions « féminines » sous l'Ancien Régime et que les rapt de violence font d'elles des victimes désignées⁴. Il reste que les recherches axées sur les femmes comme justiciables au sens large sont encore à mener et que seule une plongée dans les archives des cours peut permettre de comprendre ce qui motivent les femmes à agir en justice et comment leurs requêtes y sont reçues.

De ce point de vue, les fonds du parlement de Flandre offrent un champ d'investigation d'autant plus riche que les dossiers de procédure de la cour ont été conservés pour la totalité de sa durée d'activité⁵. La juridiction a été érigée en 1668 par Louis XIV pour rendre la justice à ses nouveaux sujets qui se voyaient privés de leur possibilité d'appel au Grand conseil de Malines ou à la cour de Mons restés sous contrôle habsbourgeois⁶. Installée initialement à Tournai, les défaites militaires françaises obligent à un déménagement temporaire de la cour à Cambrai de 1709 à 1714, année où son siège est définitivement fixé à Douai.

Le hasard des dépouillements systématiques nous a permis d'identifier une affaire où la qualité de la plaignante joue un rôle primordial dans sa demande de réparation, selon la voie ordinaire, du préjudice qu'elle a subi⁷. L'incident, décrit dans la requête introductive d'instance, se déroule à Douai en 1787. Marie Antoinette Dubois, épouse du procureur Jean Baptiste, demande à sa servante, Charlotte Courtecuisse, de promener les enfants sur les remparts de la ville. La pluie les surprend et la fille aînée du couple, âgée de 9 ans, exige d'être portée pour ne pas abîmer ses souliers neufs. Lassée du poids de l'enfant, la domestique la pose quelques pas plus loin. L'enfant se met alors en colère, s'agite, se cogne et saigne du nez. Rentrée au domicile du procureur, la servante doit s'expliquer sur « cette effusion de sang ». La fillette intervient, accuse Charlotte d'être responsable du saignement et l'insulte. Les parents, furibonds l'abreuvent d'injures, la rouent de coups et la mettent à la porte. À peine remise de ses émotions, cette dernière s'adresse à la justice du lieu, l'échevinage de Douai, pour demander réparation de « cet attentat »⁸. Cette première action se termine par une décision de rejet le 21 juillet 1787. Charlotte Courtecuisse contre toute attente s'obstine et interjette appel devant la juridiction supérieure : la gouvernance de Douai.

Si cette affaire retient l'attention, ce n'est pas tant en raison de la nature de l'attentat (injures réelles) dont la servante a été victime que parce qu'une grande partie de la défense du procureur et de sa femme s'organise autour de l'idée que « ces désordres » ne sont intervenus que parce que la jeune servante avait ses « menstrues ». Cette « explication » qui renvoie immédiatement à la nature féminine de la demanderesse méritait d'être approfondie d'autant que la modestie sociale de la requérante, une servante, n'est pas non plus habituelle dans les fonds de la cour souveraine.

I. Des possibilités d'agir en justice pour une femme de condition modeste

Aujourd'hui, on parlerait volontiers d'intersectionnalité en évoquant cette double caractéristique d'être une femme et qui plus est une servante. De fait, il s'agit bien au XVIII^e siècle de deux éléments qui altèrent, *a priori*, les capacités d'action de l'individu qui souhaite agir en justice contre un homme et qui plus est contre un homme de loi, un procureur postulant au Parlement.

A. L'obstacle du genre

Sur le terrain civil, celui que Charlotte a choisi pour obtenir réparation de coups qui lui ont été portés⁹, nos recherches antérieures nous ont déjà confrontée à des exemples de femmes pugnaces qui n'hésitent pas à aller en justice défendre leurs droits, voire à détourner les mesures juridiques « protectrices » mises en place en faveur du sexe dit faible. Ainsi, de Marie-Pétronille de Varennes qui dépouille son mari de tous ses biens grâce à un pouvoir général qu'il lui a délivré et qui, de mèche avec sa cousine Marie-Louise, multiplie les subterfuges pour l'empêcher de les recouvrer¹⁰. Ainsi de Marie Anne Lauwerens, qui après réconciliation avec son mari, cherche à faire annuler les actes d'aliénation passés pendant le temps de la séparation, au détriment des tiers contractants¹¹. Évidemment ces femmes mariées font figures d'exception même si Jacques Lorgnier dans son article « À propos de mariage et d'ordre public » souligne que les juges de la cour de Flandre : « se sont gardé d'assimiler complètement

impuissance et incapacité. Aussi ont-ils toléré et parfois promu, au cas par cas, une forme contrôlée d'émancipation ou, du moins, d'autonomie juridique et de responsabilité financière de la femme »¹².

Cette approche nuancée de la situation des femmes mariées par la juridiction flamande est d'autant plus remarquable que, depuis le ^{xvi}^e siècle, leur situation juridique s'est globalement détériorée. La plupart des juristes, à la suite de Tiraqueau, légitime cette mise « en puissance de mari » par référence au droit romain et à la notion d'*imbecilitas sexus* tirée du Digeste et du Sénatus-consulte Velléien qui, pour protéger la femme, lui interdit de s'engager juridiquement¹³. Ainsi pour ester en justice, elles doivent, même majeures, se faire autoriser de leur mari. C'est pourquoi nous n'avons été guère surprise, en étudiant les *dicta* des années 1787, 1788, 1789 du parlement, de constater que les épouses sont les moins nombreuses à introduire une action soit comme demanderesse soit comme appelantes¹⁴. Sur l'ensemble des registres étudiés, 13 % des femmes sont des femmes mariées mais si elles agissent seules c'est qu'elles exercent une activité marchande. En effet, dans ce cas, la coutume de Douai assouplit leur statut afin de garantir la sécurité des transactions et leur permet d'ester en justice¹⁵. À l'inverse, les veuves constituent « le gros des femmes » qui agissent en justice. Juridiquement rien d'étonnant à ce constat puisque la veuve retrouve sa pleine capacité par la mort de son époux. Enfin, il reste l'hypothèse de la fille majeure célibataire, celle de Charlotte Courtecuisse. Sortie de la tutelle paternelle, elle n'est pas soumise à celle d'un mari et, en principe, jouit des mêmes capacités juridiques que l'homme y compris d'ester. Pourtant les sources témoignent de leur faible présence devant la juridiction. L'historiographie s'est peu intéressée à la qualité des justiciables, en cela l'étude d'Hervé Piant sur la justice prévôtale de Vaucouleurs est pionnière et même s'il est difficile de comparer l'activité judiciaire d'une cour prévôtale avec celle d'une cour souveraine, on ne peut qu'être frappé par la concordance des chiffres. En effet, pour le contentieux civil, de loin le moins étudié, il avance le pourcentage de 13 % tandis que nos calculs, certes sur trois années, montrent la présence de femmes demanderesse dans 10 % des *dicta*. Il souligne aussi que le pourcentage des femmes « accusatrices » au pénal est plus faible encore. Entrant dans le détail, il constate une surreprésentation des veuves et le faible taux des femmes majeures célibataires¹⁶. Un mémoire de maîtrise sur la condition féminine à Douai au ^{xviii}^e siècle confirme, sans donner de chiffres précis, ces tendances¹⁷.

Dans le tableau ainsi brossé, Charlotte fait ainsi donc figure d'exception. Rares sont celles qui vont en justice, encore plus rares celles qui s'attaquent à un homme qui dans la hiérarchie sociale d'Ancien Régime est plus élevé qu'elle et, qui plus est, pour lui demander réparation d'injures et de coups. L'action contre le maître violent est bien envisagée par les juristes. À titre d'exemple, dans le *Répertoire Guyot*, l'action contre un maître est bien évoquée mais elle l'est à titre subsidiaire pour expliquer l'absence de dommage et intérêt dus par le domestique lorsqu'il quitte sans autorisation son service¹⁸. Dans ce cas, si la violence est prouvée, le maître « peut au contraire être condamné à lui en payer ». Aucune jurisprudence ne vient cependant illustrer l'affirmation. Quant à la présomption qui protégeait les servantes contre leur maître en cas de séduction dolosive, elle semble avoir perdu au ^{xviii}^e siècle de son efficacité sous l'effet d'une doctrine majoritairement défavorable dont les positions nourrissent l'hostilité jurisprudentielle¹⁹.

Il ne fait ainsi pas de doute que la position de Charlotte est délicate surtout si on examine la qualité de son adversaire. Le procureur postulant qui accompagne les plaideurs dans leur défense au civil est un officier, avec charge vénale depuis 1693. En 1788, ils sont vingt-quatre à exercer devant la cour souveraine²⁰. Leur activité repose sur leur honorabilité et même s'ils ne sont pas gradués par l'université et apparaissent comme socialement inférieurs à leurs homologues avocats, il n'en reste pas moins qu'ils appartiennent au monde judiciaire²¹. Jean Baptiste Dubois l'aîné est le descendant d'une lignée de procureurs postulants, il est entré en possession de son office en 1780 par résignation de Jean Michel Dubois, son père²². Le certificat de compétence lui a été délivré par la communauté des procureurs à la cour. De l'activité de son comptoir, les archives ne donnent guère d'indications, tout au plus savons-nous que l'étude est bien située près du palais et que sa pratique est suffisamment nombreuse pour lui permettre d'employer des gens de maison, en plus de ses clercs. Cette indication n'est pas tout à fait anodine puisque Jean-Pierre Gutton indique pour Aix-en-Provence « l'existence de véritables maisons pour les membres du parlement. Mais, lorsqu'on descend au niveau des avocats et procureurs, le nombre de domestiques, le plus souvent une servante, n'est pas de un par famille »²³. Ainsi, Jean Baptiste Dubois avec deux employés au moins, une cuisinière et une servante, paraît assez bien doté²⁴.

La condition juridique des femmes n'est pas, néanmoins, pour la requérante le seul obstacle à surmonter puisque s'y ajoute celui de sa condition sociale et économique : par quels moyens financiers une domestique peut-elle soutenir un procès contre un procureur postulant du Parlement qui bénéficie, outre sa connaissance de la chicane, de moyens financiers propres à lui permettre de poursuivre l'action aussi loin qu'il lui plaira ?

B. L'obstacle du coût

En Flandre, comme ailleurs, le coût de la justice reste un frein puissant à l'accès à la justice. D'autant que pour les procès « à l'ordinaire », c'est-à-dire civils ou « petit criminel », la pratique flamande des épices diffère du reste du royaume²⁵. La distinction procès par écrit ou par audience de l'ordonnance de 1667 n'existe pas puisque celle-ci n'est pas appliquée dans le ressort du parlement de Flandre comme le rappelle, encore en 1788, Warengien de Flory en réponse à l'enquête de Lamoignon : « l'arrêt de règlement de 1671 concernant le stile ou la forme des procédures judiciaires a toujours été suivi au parlement de Flandres et dans les sièges inférieurs de son ressort ou du moins dans la plupart d'iceux »²⁶. Selon ce règlement, il existe bien deux voies procédurales, l'une dite par comparution, l'autre dite aux audiences mais dans les deux cas, il s'agit de procédure écrite²⁷. Or selon l'usage, les épices, dans le cadre des causes civiles, s'ajoutent aux dépens lorsque la procédure est écrite et dans le ressort de Flandre, la procédure l'est toujours. Voilà de quoi alourdir encore le poids des frais pour les justiciables flamands ! L'affirmation de Benoît Garnot : « La clientèle de la justice civile est constituée, à une très grande majorité, de membres des classes moyennes et des élites sociales »²⁸ trouve, sans nul doute confirmation dans le ressort. Néanmoins pallier cette réalité, parce qu'elle recouvre le devoir de tout chrétien, a été une préoccupation constante tant de l'Église, que du pouvoir royal, des associations charitables et des gens de justice eux-mêmes²⁹. Bien des initiatives privées comme publiques, collectives ou individuelles, ont été initiées avant la loi du 22 janvier 1851 pour permettre l'accès à la justice des plus démunis en leur en garantissant la gratuité.

Il est patent que sans cette aide, l'audace judiciaire de Charlotte Courtecuisse aurait été vite réfrénée.

En Flandre, l'assistance passe, au XVIII^e siècle, non par un avocat des pauvres mais par un bureau des consultations gratuites. Hervé Leuwers lie cette forme à la création et structuration du barreau douaisien³⁰. De fait, l'article 17 du règlement de 1715 de la communauté des avocats de Douai en prescrit l'existence : « la communauté des avocats suivant ses offres s'assemblera une après midy dans chacune quinzaine, et se partagera en différents bureaux de consultations gratuites »³¹. Peu de sources éclairent le fonctionnement de ces bureaux ce qui ajoute à l'intérêt des pièces conservées dans le dossier de ce litige. La demanderesse a été reçue *pro Deo* dès la première instance devant les échevins mais c'est la délibération du bureau signé de l'avocat Choteau de Montville pour l'appel qui est jointe au dossier³². Au contraire des cas de *pro Deo* étudiés par Véronique Demars devant l'official, aucun certificat de pauvreté ne semble avoir été fourni³³. Est-ce à dire que la seule condition de domestique suffit à prouver l'impossibilité matérielle de la demoiselle à soutenir un procès d'appel ? Ou l'acception du *pro Deo* par les échevins, alors que souvent ce sont eux qui délivrent le certificat, a-t-elle suffi ? La réponse ne figure évidemment pas dans les visas du document. En revanche, la question du bon droit apparent ou de la bonne cause est largement développée dans l'acte :

estime que la ditte Charlotte Courtecuisse est bien fondée dans tous ses moyens d'appel et qu'elle a lieu d'espérer d'après toutes les attestations de personnes parfaitement impartiales que messieurs de la Gouvernance de cette cour eclareront avoir été mal jugé, bien appellé.

En effet, la porte pour obtenir la gratuité de l'action en justice reste étroite. L'insuffisance de moyens ne suffit pas. S'y ajoute l'appréciation du sérieux de la requête, qui elle-même s'apprécie au regard de la moralité de ceux ou celles qui l'introduisent mais également de la qualité des pièces fournies à l'appui de la demande. Le fait que Charlotte Courtecuisse obtienne le *pro Deo* à la fois lors de la première instance mais aussi en appel alors qu'elle a succombé lors de la première instance démontre que ses conseils ont réussi à ébranler la défense du procureur qui repose sur une double disqualification.

II. La disqualification de la victime

Les affaires d'injures, fussent-elles réelles, c'est-à-dire accompagnées de coups, reposent sur l'idée d'une atteinte à la réputation. La réparation tient dès lors aux qualités des parties et les enquêtes qui accompagnent la procédure doivent à la fois établir les faits mais aussi se pencher sur l'honorabilité des parties. Là encore, la double qualité de Charlotte Courtecuisse dans la société patriarcale du XVIII^e siècle semble un obstacle à sa demande de réparation d'injures.

A. En fait d'injures : des menstrues

L'absence de témoins directs de la dispute permet au procureur et à sa femme d'échafauder, pour leur défense, une version bien différente de celle fournie par Charlotte Courtecuisse des événements qui se sont déroulés dans leur maison³⁴. Dans le procès-verbal du 10 août 1787, ils expliquent qu'en rentrant de promenade, la

domestique, sans explication, a demandé son compte et a voulu reprendre ses affaires personnelles. Ils l'en ont empêchée parce qu'ils n'étaient pas disponibles, sur le moment, pour inspecter comme le prescrit l'usage « les hardes » de leur employée. C'est alors, selon la suite du récit que :

la dite courtceuisse s'est mise dans une colère étrange et a ouvert sa bourse et en a tiré 24 sols au lieu des trente qu'elle avoit reçu pour denier a dieu d'entrée et les a jetté sur le pavé, a ouvert elle-même la porte de la rue et s'en est allé vis à vis du calvaire du marché aux poissons où tant la colère dans laquelle elle s'estoit mise que les circonstances de ses règles luy ont procuré l'espèce de faiblesse qu'elle a eu³⁵.

L'argument des règles qui expliqueraient la colère comme l'apathie de la servante est repris dans plusieurs pièces du dossier³⁶. En effet, les époux ne cherchent pas à nier l'état de prostration, ni les douleurs de la jeune femme mais plutôt à leur donner une explication plausible qu'ils trouvent dans le fait qu'elle a ses menstrues³⁷. « Les douleurs auxquelles l'a exposé son très grand accès de colère dans le moment de sa révolution périodique » répètent les époux à l'envi. Reste à savoir si l'argument peut être pris au sérieux au regard des connaissances médicales de l'époque ? Depuis l'Antiquité, la médecine justifie la différence des sexes et la supériorité masculine par le tempérament froid et humide des femmes, opposé à celui chaud et sec des hommes. Froidure et humidité, signes de faiblesse et d'infirmité définissent la femme et traduisent son incomplétude congénitale³⁸. C'est la conception soutenue dans *Examen de ingenios para las ciencias* (1578) du médecin Juan Huarte dont les traductions et la large diffusion contribuent à maintenir son influence jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Le flux menstruel, dans cette perspective s'analyse comme le signe d'un dérèglement, un « effet pernicieux de la froidure et de l'humidité du tempérament féminin », bref une rupture de l'équilibre des humeurs, cher à la médecine hippocratique. Ce flux est le résultat du trop-plein de la matrice, organe féminin par excellence, siège de l'humidité, incontrôlable et par là même responsable de désordres. La médecine n'hésite pas, en conséquence de cette analyse, à tenir pour responsable l'organe en question de maladies décrites comme spécifiquement féminines ainsi de l'hystérie. À titre d'exemple, Ambroise Paré explique que lorsque : « la matrice le désire, elle frétille et se meut faisant perdre patience et toute raison à la pauvre femmelette, lui causant un grand tintamarre »³⁹. Scarlett Beauvalet-Boutouyerie, dans un ouvrage consacré aux femmes à l'époque moderne, souligne que ces théories ont débordé le cadre savant pour diffuser l'idée populaire que c'est parce que les femmes sont froides et humides qu'elles sont promptes à se mettre en colère⁴⁰.

Il semble bien que les époux Dubois partagent ces analyses et pensent qu'elles sont suffisamment communes pour offrir une explication satisfaisante à l'état de leur servante, y compris devant la justice. Pourtant, les époux s'aventurent sur un terrain incertain car à se fonder sur le corpus de deux cents mémoires judiciaires, analysé par Géraldine Ther, pour sa thèse sur la représentation des femmes dans les factums (1770-1789), pas un ne lie les explosions de colères féminines au sang menstruel. Le fonds de la sénéchaussée de Marseille (1750-1789) dépouillé par Christophe Regina n'offre pas plus d'exemple d'utilisation d'un tel argument⁴¹. Ainsi, si elle semble recouvrir les préjugés populaires et médicaux, la question des menstrues n'a apparemment pas été exploitée dans les prétoires, du moins à cette période. En effet, pour la Belle Époque, les travaux de Jean-Yves Le Naour et Catherine Valenti sur le sang et les femmes montrent que les praticiens souhaitent sortir du seul champ médical

pour imposer leurs vues au monde judiciaire⁴². Pour eux, la menstruation aggrave la pulsion d'homicide et peut même en être le déclencheur. Certains médecins réclament alors que la justice la fasse entrer dans les causes d'irresponsabilité couvertes par l'ancien article 64 du Code pénal qui prescrit l'irresponsabilité pour cause de démence lors d'un crime. Ainsi, Aimé Schowb, cité par les auteurs de l'article, affirme en 1893 : « Le médecin expert, s'il est appelé à se prononcer sur l'état mental d'une accusée dont l'action reste inexplicquée ou laisse présumer une perversion des sens, devra donc, toujours, porter son attention sur la fonction menstruelle [...] »⁴³. Cependant, au XVIII^e siècle, cette incomplétude générant l'hystérie n'est pas encore complètement acquise et le préjugé misogynne n'est pas forcément opérant à en croire la défense de la plaignante.

De fait, la première préoccupation des conseils de Charlotte, en l'absence de témoins directs, est bien, sinon d'établir les faits au moment de la dispute, du moins de prouver que colère et flux menstruel ne peuvent justifier l'état de prostration dans lequel des témoins l'ont vue à la sortie de la maison de ses maîtres :

Ils (les époux Dubois) prétendent que la colère où elle s'estoit mise, joint à la circonstance de ses règles l'ont mise dans l'espèce de faiblesse ou elle est tombée [...] on convient que l'appellante étoit dans un moment périodique mais cela ne peut être l'effet d'un moment de colère, en supposant même gratuitement qu'il y en auroit qui puisse lui avoir occasionné une crise aussi forte⁴⁴.

L'avocat insiste à nouveau sur son incrédulité dans sa défense en appel :

En un mot, cette fille est entrée très bien portante chez le sieur Dubois revenant de la promenade avec les enfants aiant parlé aux voisins avant d'y entrer elle en est sortie peu de minutes après dans un état digne de pitié, batue, maltraitée, ses habillements dans un désordre qui denotoit ce qui venoit de lui arriver enfin étourdie des coups qu'elle venoit de recevoir abbatue, éploré sans connaissance, faible, à demie morte et de ce moment on l'a allitée de suite et elle fit une maladie mortelle et très dangereuse. D'après quoy croira qui pourra et surtout d'après les certificats joints aux procès que la colère puisse causer pareil effet ?

Les certificats du médecin Vanhaken, joints à l'écrit et établis dès la première instance, les 17 et 20 juillet décrivent les douleurs et la fièvre de Charlotte :

Depuis ce tems lad charlotte Courtecuisse a essuyé plusieurs accès de fièvre qu'il luy reste une douleur aigue et lancinante dans la région lombaire d'un coté droit, qu'elle n'ave les liquides même que très difficilement [...] une grande constipation font craindre des congestions ou inflammation dans les parties internes quoique ne paroisse à l'extérieur ni contusion ni blessures.

S'il est fait référence aux règles, c'est pour indiquer qu'elles ont cessé et l'avocat d'en tirer la conclusion que c'est la violence des coups qui est la cause de cette interruption. La dangerosité de la femme pendant ses menstrues n'est, elle, même pas évoquée. Le conseil de Charlotte aurait sans doute pu aller plus loin si on s'en réfère aux travaux de Cathy McClive qui conteste que les menstrues soient nécessairement appréhendées de manière négative et qui s'attache à démontrer que l'écoulement du sang dans la littérature médicale et même la pensée commune du XVIII^e siècle sont un signe évident de bonne santé et de bonne santé procréative⁴⁵. Il aurait ainsi pu s'attarder sur la bonne santé de Charlotte au regard de ce flux sanguin mais ce n'est pas ce qu'il fait ou plutôt il ne lie pas l'un à l'autre. La bonne santé de Charlotte, il la fait constater par les témoignages apportés par un jeune homme qui a partagé la promenade de la servante et des enfants, celui de la voisine, monteuse de mode qui les a croisés sur le retour. La dégradation de l'état de Charlotte au sortir de la maison du procureur, constatée par expertise ne peut sans invraisemblance s'expliquer par la colère, que celle-ci ait été

provoquée ou non par le flux sanguin. Charlotte a été battue et cela ne fait pas de doute aux regards de l'expertise médicale comme des témoignages recueillis qui apportent sinon la preuve de ce qui s'est passé dans la maison du procureur du moins offrent une explication à l'état de la servante sur le seuil de la porte⁴⁶.

B. Une servante nécessairement soumise

Le second axe de défense du procureur postulant tient à la condition de servante de la jeune femme sur laquelle, il entend exercer légitimement son autorité domestique. Furetière, dans son dictionnaire, ne définit-il pas la famille comme « un ménage composé d'un chef & de ses domestiques, soit femmes, enfants, ou serviteurs »⁴⁷ ? Sans reconnaître les faits, Jean Baptiste Dubois explique la conduite de sa servante par un complot ourdi contre lui et dont il s'agit de faire cesser les effets : « il est de l'intérêt public de mettre un frein à cette licence des domestiques qui autrement deviendraient les maîtres de leurs maître et maîtresse ». Il n'ignore pas que la justice fait du respect des maîtres une obligation dont la transgression est sévèrement punie⁴⁸. L'article consacré au mot « domestique » de Corail de Saint-Foy dans le répertoire Guyot ne laisse pas de doute. Il cite deux arrêts du Châtelet, l'un de 1722, l'autre de 1751, qui condamnent un domestique ayant proféré des insultes et propos calomnieux envers son maître à la peine du carcan assortie du port d'un écriteau portant la mention « valet (laquais) insolent ». Dans le second exemple, la peine principale s'accompagne du bannissement du coupable⁴⁹.

Sans apporter de certificats ou témoignages à l'appui de ses affirmations mais bien plutôt en s'attachant à l'honorabilité de sa profession, le procureur insiste sur sa réputation dans la ville : « les sieur et dame Dubois sont bien connus dans la ville pour des gens pacifiques et incapables de maltraiter leurs domestiques ». Il oppose sa renommée d'honnête homme à la cupidité de ses domestiques dont l'entente vise à lui soutirer de l'argent. En effet, l'histoire de Charlotte ne serait que le fruit d'un complot plus vaste, notamment avec son ancienne cuisinière, visant à lui soutirer de l'argent. Il affirme d'ailleurs avoir été contacté par cette dernière pour passer un accord financier. Il aurait refusé, fort de son innocence.

Sur le second axe de la défense et la nécessaire loyauté des domestiques envers leurs maîtres, l'avocat ne la contredit pas mais renvoie aux obligations de ces derniers :

Dans un siècle trop éclairé pour tolérer pareille injustice qui seroit d'autant plus prejudiciable au public qu'on ne trouveroit plus de domestiques, la crainte d'être exposé à des maltraitances continuelles [...]. Si tous les maîtres étoient ainsi qu'eux on verroit partout la même chose et la société en général en souffriroit il est donc intéressant pour le public de ne point souffrir que les maîtres se portent à des excès envers leurs domestiques en sus ils sont des hommes qui ne sont plus esclaves de nos mœurs ainsi qu'ils l'étoient cy devant.

La référence « au siècle trop éclairé » par un avocat en 1787, n'est certes pas anodine rapprochée du rôle joué par la profession dans la Révolution. En effet, les idées de nécessaire renouvellement social émaillent les *factums* des dernières années d'Ancien Régime⁵⁰. Cependant, la position du praticien paraît bien modérée. Dans le mémoire introductif, il rappelle la position inférieure du domestique qui « doit honorer et respecter ses maîtres », ce qui oblige dans ce contrat synallagmatique, le maître à « alléger le malheur de la servitude dans la personne bien sensée et de ne point la laisser mourir dans l'indigence ni les exposer à de maux éminens ». Le précieux

ouvrage de Jean-Pierre Gutton sur la domesticité au XVIII^e siècle, alors qu'en raison de sources lacunaires l'historiographie traite rarement le sujet, éclaire sur bien des points les conditions de vie des employés de maison. Il insiste sur la réelle sécurité qu'apporte cette condition à ceux qui l'endossent, notamment lorsqu'ils vieillissent ou lorsque la maladie les frappe. Il est, en effet, fréquent que les maîtres pourvoient aux besoins de leur domesticité fragilisée par les aléas de la vie et parfois même en se préoccupant de son devenir au-delà de leur mort. Ainsi, nombre de testaments de la bourgeoisie ou de la noblesse comprennent un legs pour les fidèles serviteurs⁵¹. L'ouvrage souligne néanmoins la fragilité de cette protection qui cesse dès que le domestique perd sa place, et cela, alors qu'au XVIII^e siècle l'instabilité du personnel est avérée⁵². Les archives hospitalières témoignent d'ailleurs de la détresse de ceux qui ont perdu leur emploi.

Cette réalité sociale n'est probablement pas ignorée de l'avocat qui renvoie donc à la définition d'un bon maître, dans un esprit de charité chrétienne, dont le couple Dubois, en exposant Charlotte Courtecuisse à « des maux éminents », s'est éloigné. Il s'agit là d'un raisonnement classique et Claude Petitfrère le démontre dans les chapitres de son ouvrage consacrés aux rapports entre maîtres et serviteurs⁵³. En effet, l'idée que l'égalité des hommes devant Dieu implique que chacun remplisse ses obligations mais aussi ses devoirs en fonction de sa condition reste très présente jusqu'à la Révolution. Le droit de correction des maîtres doit dès lors s'exercer dans la limite stricte de ce qui est admis de la part d'un bon père et pas davantage. Les coups s'ils sont permis doivent rester exceptionnels et proportionnés à la faute commise et, en ce XVIII^e siècle finissant, cette appréciation se fait plus exigeante⁵⁴.

En produisant les témoignages qui décrivent Charlotte après l'incident mais aussi en recueillant ceux de violences déjà exercées sur d'autres domestiques en particulier la cuisinière qui affirme avoir quitté le service de ses maîtres après avoir reçu une gifle, l'avocat de Charlotte cherche à montrer que le couple Dubois outrepassa les droits des maîtres et bafoua l'humanité de leurs domestiques⁵⁵. Les témoignages des domestiques ne sont pas *a priori* reprochables⁵⁶. En effet, même dans le droit savant classique, les *domestici*, catégorie qui comprenait l'ensemble des personnes vivant dans un même foyer, pouvaient déposer contre leurs proches mais pas en leur faveur. Il s'agissait essentiellement d'éviter les témoignages de complaisance parfois obtenus sous la menace sans renoncer à pourchasser les infractions⁵⁷. Au plan civil, l'ordonnance de 1667 qui interdit les témoignages des proches parents ne pose pas d'interdits à l'égard des domestiques. L'article XIV du titre XXII de l'ordonnance de 1667 précise seulement que mention doit être faite de ce lien. Il y a tout lieu de penser que celui de l'ex-cuisinière, comme de la seconde servante ont pu être entendus d'autant plus que le lien de sujétion a cessé puisqu'elles n'étaient plus au service des époux Dubois lors des enquêtes.

Pour conclure

L'absence des registres de la gouvernance de Douai pour les années concernées ne permet aucune certitude sur le sort final réservé à Charlotte Courtecuisse et du reste nous ne pouvons pas non plus être certaine que Charlotte ayant obtenu gain de cause en appel, le procureur n'ait pas interjeté un nouvel appel devant le parlement de Flandre, escomptant que sa position devant cette juridiction lui soit favorable. La présence des pièces dans le fonds du Parlement rend cette hypothèse tout à fait

plausible. Mais, là encore, les lacunes de la collection des registres aux *dicta* empêchent toute affirmation. Néanmoins, les termes très clairs de la délibération accordant le *pro Deo* à l'appelante constituent un indice favorable. En effet, nous l'avons vu, celui-ci n'est accordé que pour juste cause et l'acte conservé lie la gratuité de l'action en justice aux témoignages apportés par la victime. Le conseil prend sa décision en affirmant qu'il tient pour vérité les certificats des témoins joints. Ainsi, les allégations de colère excessive liée à la période de révolution périodique sans être reprises, ni contestées dans l'acte sont tout simplement récusées par l'affirmation de la véracité des attestations fournies par la demoiselle Courtecuisse qui, elles, affirment qu'elle a été battue.

Cette décision anticipe-t-elle celle finale des juges ? À en juger par la sentence de première instance, la réponse est négative puisque le *pro Deo* avait déjà été accordé mais si l'on en croit les conclusions de Véronique Demars reprises par Hervé Leuwers, alors les requêtes soutenues par le bureau des consultations gratuites ont toutes les chances d'aboutir. Sur vingt-six procès relevés par Véronique Demars devant l'official et pour lesquels le *pro Deo* a été accordé à la requérante, cette dernière n'a succombé que dans quatre⁵⁸. Même si l'échantillon est étroit, cela revient quand même à 85 % des cas ! Reste qu'une affaire ne fait évidemment pas le droit et la situation des femmes devant la justice en cette fin du XVIII^e siècle ne peut pas s'apprécier à la seule aune d'un cas particulier. Et finalement, ne faudrait-il pas ajouter que même dans l'hypothèse probable d'une réparation accordée à Charlotte, la motivation des juges tiendra davantage au principe d'équité fondé sur les valeurs chrétiennes que sur la réparation d'une discrimination de genre ?

NOTES

1. À titre d'exemple récent, F. Mauclair, *La justice des Lumières, Les tribunaux ordinaires en Touraine au XVIII^e siècle*, Tours, 2019, Partie II, les gens de justice, p. 83-136.
2. H. Piant, *Une justice ordinaire, justice civile et criminelle dans la prévôté royale de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, 2006, p. 101-128.
3. Pour ne citer qu'un seul des ouvrages pionniers d'A. Farge, *Le vol d'aliments à Paris au XVIII^e siècle*, Paris, 1974. Dans la France du Nord, la thèse non publiée de T. Le Marc'Hadour, *La répression de la criminalité conjugale au XVIII^e siècle, l'exemple des Pays-Bas français*, thèse soutenue en 1996 à Lille 2, sous la direction de R. Martinage et celle de V. Demars-Sion, *Femmes séduites et abandonnées au XVIII^e siècle*, Lille, 1991, constituent des références.
4. Encore une fois sans exhaustivité, C. Regina, *Genre, mœurs et justice, les marseillais et la violence au XVIII^e siècle*, Paris, 2015 ; G. Murphy, « Mauvais ménages » *histoire des désordres conjugaux en France XVII^e-XVIII^e siècles*, Paris, 2019 ; E. Peronneau Saint-Jalmes, *Crimes sexuels et société à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, 2021 ; P. Hepner, M. Valdher, *La femme devant ses juges de la fin du Moyen Age au XX^e siècle (France, Italie, Angleterre, Pays-Bas)*, Arras, 2021.
5. S. Michel, « Les sacs à procès du parlement de Flandre : constitution et conservation d'une source exceptionnelle », *Criminocorpus*, Les sources de la recherche, 2021, en ligne : <https://doi.org/10.4000/criminocorpus.9614>.

6. *Revue du Nord*, 91/382 [*Le parlement de Flandre à travers ses archives*, dir. V. Demars-Sion et S. Michel], 2009.
7. Archives départementales du Nord [désormais ADN], 8B1/11647 et 6058. Précisons que si la procédure suivie est bien celle de la voie ordinaire, il s'agit tout de même de « petit criminel » puisque la requête vise juridiquement la réparation d'injures et attentat réel.
8. ADN, 8B1/11647 et 6058.
9. Selon la doctrine, la voie extraordinaire, ne pouvait être choisie que pour des injures très graves (atroces) et contrairement à ce à quoi nous pourrions nous attendre la distinction entre injures légères et atroces ne recouvre pas celle entre « injures verbales » et « injures réelles ». Il semble bien plutôt que ce soit le critère social qui prévale : plus la personne injuriée occupe une place élevée dans la hiérarchie sociale, plus l'injure est considérée comme grave. H. Piant, *op. cit.*, p. 221-244.
10. ADN, 8B1/7233 et 8B1/12038 et 8B2/638.
11. ADN, 8B1/27495 et 8B1/14873, l'affaire a été commentée par l'arrêtiériste et magistrat Jacques Pollet, *Arrêts du parlement de Flandre, sur diverses questions de droit et de pratique*, Lille, 1777, arrêt 28, p. 75.
12. J. Lorgnier, « À propos de mariage et d'ordre public. Femmes en justice à Tournai, cour supérieure des Pays Bas français (fin XVII^e-début XVIII^e siècle) » *La femme dans la cité*, dir. J.-P. Barrière et V. Demars-Sion, Lille, 2003, p. 86-102.
13. P. Ourliac et J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé de l'an mil au code civil*, Paris, 1985, p. 270 ; S. Beauvalet-Boutouyrie, *Être veuve sous l'Ancien Régime*, Paris, 2001, p. 185.
14. ADN, 8B2/566, 567, 537 (registres), 8B2/3106, 3107, 2617, 3593 (liasses).
15. P. Godding, « Le statut juridique de la femme dans les villes de l'Europe du Nord-Ouest du XII^e au XVIII^e siècle : normes et pratiques », *La femme dans la cité*, *op. cit.*, p. 74-83.
16. H. Piant, *op. cit.*, 2006, p. 104-107.
17. J. Fouilleron, *Aspects de la condition féminine à Douai au XVIII^e siècle*, Mémoire DESS, Lille, 1961, p. 121-133.
18. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, 1784, tome VI, p. 100-101, au mot « Domestique ».
19. V. Demars-Sion, *Femmes séduites...*, *op. cit.*, p. 289-296.
20. K. Silaczuck, *Les procureurs au parlement de Flandre dans la seconde moitié du XVIII^e siècle*, Lille 3, 2000. Ce mémoire est, jusqu'à présent, la seule étude sur cette profession mais mérite d'être revu sur un certain nombre de points.
21. Il serait juste d'ajouter que la profession est aussi haïe en cette veille de Révolution. Elle représente l'esprit de chicane et devient le symbole de toutes les imperfections de la justice d'Ancien Régime. Jean-Pierre Royer, N. Derasse, J.-P. Alline, B. Durand, J.-P. Jean, *Histoire de la justice en France*, Paris, 2016, p. 288, expliquent que « des anciennes professions judiciaires celle de procureur était sans doute devenue la plus impopulaire ». Sur la distinction entre avocats et procureurs et l'honorabilité qui s'attache à ces professions, H. Leuwers, *L'invention du barreau français 1660-1830. La construction nationale d'un groupe professionnel*, Paris, 2006, p. 166.
22. ADN, 8B2/76, fol. 144, registres aux provisions étrangères, enregistrement des lettres le 21 juin 1780.
23. J.-P. Gutton, « L'assistance judiciaire dans la France d'Ancien Régime », *Des Institutions et des hommes, Mélanges offerts au professeur Maurice Gresset*, Besançon, 2007, p. 75. Précisément, les avocats emploient 0, 86 domestiques, les procureurs 0, 67 et 0, 60 pour les bourgeois.
24. Le dossier ne donne pas de précision sur le nombre de personnes employées chez le procureur au moment du conflit avec Charlotte Courtecuisse mais le témoignage apporté par une cuisinière ayant travaillé chez le procureur, est corroboré par une servante.
25. L. Fréger, « Les épices au parlement de Flandre : pratiques singulières ? », *Revue du Nord*, 91/382, 2009, p. 847-866.

26. Pièce manuscrite n° 4, ADN achat 2007/60, 1788, Réponse de Warengnien de Flory au garde des sceaux Lamoignon.
27. S. Michel, « Procéder devant la cour souveraine de Flandre au xvii^e siècle. L'affaire Péri contre Varennes », *Revue historique de droit français et étranger*, 94, 2016, p. 549-567.
28. B. Garnot, *Histoire de la Justice, France, xvi^e-xxi^e siècle*, Paris, 2009, p. 158.
29. J.-P. Gutton, *op. cit.*, p. 102-111.
30. H. Leuwers, « Les avocats et la défense du "pauvre". L'aide judiciaire dans la France du xvii^e siècle », *Le peuple des villes dans l'Europe du Nord-Ouest*, dir. P. Guignet, volume II, Lille, 2001, p. 33-50 ; *idem*, *L'invention...*, *op. cit.*, p. 196-206.
31. ADN, 8B2/518, Règlement de la communauté des avocats de Douai.
32. Délibération du 31 juillet 1789.
33. Les pièces sont reliées entre elles et aucune ne semble manquer.
34. Les seuls témoins de la scène à l'intérieur de la maison sont les fillettes du couple. Elles sont doublement interdites de témoigner, inhabiles puisque leur âge le leur interdit, la plus âgée a 9 ans et qu'en outre, leur qualité de parentes et alliées en fait des témoins « réprochables » exclus par l'article XI, Titre 22, de l'ordonnance civile de 1667.
35. 10 août 1787, procès-verbal de maître Dubois.
36. Réplique de Dubois 28 août 1787.
37. Notons au passage le peu d'intimité qui règne au domicile du procureur où visiblement toute la maisonnée est au courant des menstrues de la domestique.
38. G. Duby et M. Perrot, *Histoire des femmes en Occident*, t. III. xvi^e-xviii^e siècle, dir. N. Zemon Davis et A. Farge, Paris, 1991, p. 407-425.
39. A. Paré, *De la génération* [1573], *Œuvres complètes*, Genève, 1970, p. 753.
40. S. Beauvalet-Boutouyrie, *Les femmes à l'époque moderne*, Paris, 2003, p. 22-30.
41. G. Ther, *La représentation des femmes dans les factums, 1770-1789. Jeux de rôles et de pouvoirs*, Thèse de doctorat de l'université de Bourgogne, 2015 ; C. Regina, *Genre, mœurs et justice. Les Marseillaises et la violence au xviii^e siècle*, Aix-Marseille, 2015.
42. J.-Y. Le Naour et C. Valenti, « Du sang et des femmes. Histoire médicale de la menstruation à la Belle Époque », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, 14, 2001, en ligne : <https://doi.org/10.4000/clio.114>.
43. A. Schwob, *Contribution à l'étude des psychoses menstruelles*, Lyon, Thèse de médecine, 1893, p. 84-85.
44. 14 août 1787, Réplique pour Charlotte.
45. C. McClive, *Menstruation and Procreation in Early Modern France*, Farnham, 2015.
46. Notons que la voie procédurale suivie est civile non pénale, les juges n'auront pas à respecter le système des preuves légales mais à fonder leur opinion à partir du résultat des enquêtes et certificats produits. Ils jugeront en équité.
47. A. Furetière, *Dictionnaire Universel*, La Haye, 1690, au mot « famille ».
48. Ainsi, la qualité de domestique est une circonstance aggravante du vol qui selon la déclaration royale du 4 mars 1724 est puni de mort. Néanmoins le parlement de Flandre, à l'instar des autres cours souveraines, condamne plus volontiers aux galères. M. Vigie, « Justice et criminalité au xviii^e siècle : le cas de la peine de galère », *Histoire, économie et société*, 1985, p. 345-368.
49. Guyot, *op. cit.*, tome VI, p. 99-106, au mot « Domestique ».
50. H. Leuwers, « Les avocats défenseurs des Lumières et de la liberté ? Problèmes d'analyse autour des factums », *Les parlements et les Lumières*, dir. O. Chaline, Pessac, 2012, p. 213-224 ; *id.*, *L'invention...*, *op. cit.*, p. 236-242 ou encore J.-L. Gazzaniga, « Les avocats pendant la période révolutionnaire », *Une autre Justice, Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française (1789-1799)*, dir. R. Badinter, Paris, 1989, p. 207-2019.

51. B. Mercier, *Attitudes devant la mort à Douai d'après les testaments (1680-1790)*, Mémoire de maîtrise Lille 3, 1976 ; et F. Leblon, *L'hôpital général de la Charité de Douai de 1752 à 1789*, Mémoire de maîtrise, Lille 3, 1993.
52. J.-P. Gutton, *Domestiques et serviteurs dans la France de l'ancien régime*, Paris, 1981, p. 170-213.
53. C. Petitfrère, *L'œil du maître, maîtres et serviteurs de l'époque classique au romantisme*, Bruxelles, 1986, p. 86-89.
54. C. Petitfrère (*ibidem*) cite par exemple Sébastien Mercier qui souhaite que la peine de mort soit supprimée pour le vol domestique.
55. Le témoignage de la cuisinière s'accompagne de celui d'une autre domestique qui a servi sept mois chez les époux Dubois et qui a été témoin de la gifle assénée. Elle-même affirme avoir quitté son service pour échapper à la fureur de ses maîtres qui : « voulait me frapper et maltraiter et qui serait sans doute parvenu à leurs fins sans l'intervention d'un parents ».
56. B. Schnapper, « *Testes inhabiles. Les témoins reprochables dans l'ancien droit pénal* », *Voies nouvelles en histoire du droit*, Paris, 1991, p. 145-175.
57. Les docteurs écartèrent néanmoins les témoignages des femmes contre leurs époux afin de préserver l'autorité maritale.
58. V. Demars-Sion, *Femmes séduites...*, *op. cit.*, p. 264-266.
-

RÉSUMÉS

À travers un cas concret de la pratique, cet article interroge les possibilités pour une femme, de surcroît domestique à se défendre en justice contre un maître brutal qui n'hésite pas à mobiliser contre elle des arguments tirés d'une supposée supériorité sociale comme de genre.

Through a concrete case of 18th century practice, this article questions the possibilities for a woman, moreover a domestic, to defend herself in court against a brutal master who does not hesitate to mobilize against her arguments drawn from a supposed social and gender superiority. Old Regime, justice, women, domestic servants, infringement of personal dignity, gender bias

INDEX

Mots-clés : Ancien Régime, justice, femmes, employés de maison, atteinte à la dignité des personnes, biais de genre

AUTEUR

SABRINA MICHEL

Ingénieure d'études

Univ. Lille, UMR 8025 – CHJ – Centre d'histoire judiciaire, F-59000 Lille, France

« Cette femme est coupable moralement et légalement »

L'importance accordée par la justice aux mœurs et à la réputation des accusées d'homicide intrafamilial dans le Brabant (1870-1914)

Mathilde van Ackere

Introduction

- 1 Les attentes liées au genre que nourrit la société de la Belle Époque pénètrent inévitablement le domaine de la justice et influent sur le travail de ses acteurs. Confrontés à un crime, les policiers, magistrats, médecins légistes, procureurs et avocats – pour n'en citer que certains – prennent dès lors en compte, outre la matérialité des faits, des éléments liés à la personnalité de l'auteur du forfait. Lorsque le crime est commis par une femme, une grande importance est accordée à sa réputation et à ses mœurs, notamment à travers une enquête et des débats portant sur sa vie sexuelle, ses vertus maternelles, ses qualités d'épouse mais également sur les émotions et le comportement qu'elle adopte durant la procédure. Le poids de l'ensemble de ces éléments sur la condamnation des accusées laisse apparaître un rapport particulier de la justice aux femmes.
- 2 Notre étude porte sur les accusées d'homicide dans la province du Brabant¹ durant la Belle Époque². Les sources mobilisées sont, au premier plan, les archives judiciaires et, plus précisément, les dossiers de meurtre³, d'assassinat⁴ ou de leur tentative⁵, commis par des femmes sur un membre de leur famille et jugés devant la cour d'assises du Brabant entre 1870 et 1914⁶. Les débats des audiences, en particulier entre le ministère public et la défense, sont quant à eux rapportés par la presse généraliste, qui constitue notre deuxième source.
- 3 L'historiographie belge concernant les accusées d'homicide intrafamilial est peu étoffée. L'étude, sous le prisme du genre, de l'importance donnée à la réputation et aux mœurs de ces accusées permet d'entrer en dialogue avec les travaux sur les mères infanticides⁷. Ces dernières bénéficient d'une certaine clémence en raison de leur

situation de misère et d'isolement⁸. Les autrices d'homicide sur enfant⁹ font, en comparaison, l'objet de commentaires plus défavorables de la part des acteurs de la justice et sont, en outre, moins souvent acquittées, ce qui nous amène à questionner les conséquences de leur réputation sur leur condamnation. Notre contribution vise également à apporter une dimension de genre au travail d'Amandine De Burchgraeve sur le crime de sang devant la cour d'assises du Brabant¹⁰. L'historienne souligne que, pour les crimes passionnels notamment, l'accusation et la défense fondent, entre autres, leurs arguments sur la personnalité et les mœurs des accusés. Ce type d'arguments se retrouve dans les affaires d'homicides intrafamiliaux commis par des femmes. De nombreuses différences émergent cependant, notamment en ce qui concerne la nature des éléments pris en considération par les acteurs de la justice pour appuyer une bonne ou une mauvaise réputation.

- 4 Au vu de la correspondance, en matière pénale, entre les droit et procédure belges et français, il apparaît utile de dire quelques mots de l'historiographie française. Les travaux portant sur les crimes intrafamiliaux et les homicides conjugaux jugés en Cour d'assises au XIX^e siècle¹¹ ainsi que les *Chrysalides* d'Anne-Marie Sohn¹² soulignent, entre autres, la prise en compte des rôles de genre – d'épouse et de mère – lors du jugement des accusées. Nous insisterons sur l'importance accordée par la justice à certains éléments, notamment les relations sexuelles des accusées mais également leurs émotions durant l'enquête.
- 5 L'étude des affaires d'homicide intrafamilial permet de constater que les accusées d'homicide sur enfant présentent un profil très semblable à celui des accusées d'infanticide, tandis que les accusées d'homicide sur mari forment un groupe moins homogène (I). Pour l'ensemble des accusées, des éléments tels que leurs émotions et leurs réputation et mœurs sont pris en considération par les acteurs de la justice durant l'enquête (II). À l'audience, les arguments soulevés par le ministère public ainsi que par la défense se fondent notamment sur les rôles de genre, les mœurs des accusées et des maris victimes et la question de l'irresponsabilité pénale (III).

I. Profil des accusées et caractéristiques des homicides

- 6 Entre 1870 et 1914, 151 accusées sont jugées par la cour d'assises du Brabant dans 133 affaires¹³. Les chefs d'accusation les plus fréquents sont le meurtre, l'assassinat et leur tentative (32)¹⁴. Notre étude porte sur les femmes accusées d'homicide intrafamilial. La définition de la famille que nous retenons est celle du législateur belge du XIX^e siècle : un homme et une femme, mariés, ainsi que leurs enfants, ascendants et collatéraux. Nous excluons dès lors les homicides commis sur l'(ancien) amant de l'accusée ou sur la maîtresse du mari de celle-ci¹⁵ ainsi que les homicides perpétrés en dehors de tout contexte relationnel, notamment en vue de faciliter le vol¹⁶. Notre corpus comprend ainsi 20 dossiers¹⁷ : 12 dossiers d'accusées d'homicide sur leur enfant et 8 dossiers d'accusées d'homicide sur mari. Aucune accusée ne comparait pour homicide sur un autre membre de sa famille (ascendant ou collatéral).
- 7 Les accusées d'homicide sur enfant, d'une part, et sur mari, d'autre part, présentent des profils assez contrastés¹⁸ : les premières sont toutes de jeunes célibataires (leur moyenne d'âge est de 24 ans) et sont en grande majorité servantes¹⁹, tandis que les

deuxièmes forment un groupe plus hétérogène ; elles sont sans profession, ménagères ou exercent des métiers divers et sont plus âgées, leur moyenne d'âge étant de 39 ans.

- 8 Concernant le crime en tant que tel, les homicides sur enfant sont commis sans co-auteur, majoritairement « par submersion », dans des cours d'eau, sur des victimes âgées de 9 jours à 3 ans²⁰. L'autrice du crime ne se livre jamais spontanément à la police mais est néanmoins rapidement identifiée dans toutes les affaires, en général suite au témoignage ou à la dénonciation d'un tiers²¹. Les homicides sur mari sont en revanche systématiquement perpétrés au domicile conjugal, dans la majorité des cas avec un co-auteur masculin²², et la police en est la plupart du temps informée par l'autrice elle-même (ou son co-auteur)²³. Par ailleurs, dans plusieurs affaires, l'inculpée s'est servie d'une arme à feu pour commettre son crime²⁴ et a soulevé comme mobile l'infidélité de son mari²⁵.
- 9 En ce qui concerne les verdicts, ceux des procès pour homicide sur enfant diffèrent de ceux pour homicide sur mari. Les premiers se concluent proportionnellement moins souvent par un acquittement (4 sur 12) que les seconds (4 sur 8). En revanche, pour les accusées d'homicide sur enfant, le jury ne retient presque jamais la circonstance aggravante de la préméditation et la Cour n'inflige jamais la peine maximale ; leurs peines sont donc moins lourdes (réclusion et travaux forcés de six à quinze ans) que les peines infligées aux accusées d'homicide sur mari (travaux forcés de dix à vingt ans et peine de mort commuée).
- 10 Enfin, il nous semble important d'attirer d'emblée l'attention des lecteurs et lectrices sur la différence entre le crime d'homicide et le crime d'infanticide. L'homicide est légalement défini comme le meurtre ou l'assassinat. Les termes « homicide sur enfant » désignent donc le meurtre ou l'assassinat perpétré sur un enfant. L'infanticide est quant à lui légalement défini comme le meurtre commis sur un enfant *au moment de sa naissance ou immédiatement après*²⁶. La distinction légale entre l'homicide sur enfant et l'infanticide tient par conséquent à la durée écoulée entre la naissance de l'enfant et la perpétration de l'homicide. La présente contribution concerne les accusées de meurtre ou d'assassinat d'enfants âgés de 9 jours à 3 ans. Il ne s'agit par conséquent pas d'infanticides. Cependant, dans la grande majorité des affaires d'homicide sur enfant, différents acteurs de la justice font l'amalgame avec le crime d'infanticide. A notre sens, cela s'explique par le très jeune âge des victimes dans ces deux types de crimes, d'une part, mais également par les nombreuses similitudes entre les profils d'accusées d'homicide et d'accusées d'infanticide, d'autre part²⁷. En effet, ces dernières sont jeunes²⁸, indigentes, très majoritairement célibataires²⁹ et un grand nombre d'entre elles sont servantes³⁰ et ont commis seules leur crime³¹.

II. Éléments pris en compte durant l'enquête

- 11 Une grande importance est accordée aux émotions des accusées (A) et à leur réputation et leurs mœurs, et plus précisément à leurs relations sexuelles, leur (in)fidélité et leur rôle maternel (B). La conduite des maris victimes d'homicide est également prise en considération (C). Certaines accusées font en outre l'objet d'un examen médico-mental par des médecins légistes, dont le discours met en évidence la prise en compte d'éléments supplémentaires tels que, par exemple, le physique des accusées ou encore leurs menstruations (D).

A. Les émotions des inculpées

- 12 Les émotions sont le premier élément pris en considération par les acteurs de la justice. Dans un procès-verbal d'interrogatoire rédigé par la police, on peut ainsi lire qu'une suspecte « finit par nous dire *en pleurant* que c'est son enfant qui a été retiré du canal »³². Dans un autre dossier, les policiers remarquent que l'intéressée « se met à sangloter » et qu'« en voyant son amant, gagne une forte crise de larmes »³³. Ils notent encore, concernant une femme dont il est suspecté qu'elle ait jeté son fils dans un ruisseau, qu'elle « se met à pleurer »³⁴. Les émotions des suspects sont ainsi inscrites dans les procès-verbaux au même titre que les questions qui leur sont posées et les réponses qu'elles y apportent. L'absence d'émotion apparente est également consignée. Ainsi, concernant une femme suspectée d'avoir jeté son enfant dans un canal, on peut lire :
- Ayant confronté la prévenue avec son enfant, elle déclare (*sans le moindre repentir*) que c'est précisément le sien³⁵.
- 13 Le juge d'instruction procède de la même manière. Dans la moitié des dossiers, nous retrouvons des observations telles que « la prévenue pleure abondamment »³⁶, « l'inculpée se met à sangloter »³⁷ ou encore « verse un torrent de larmes »³⁸. Augustine Devezon, inculpée pour l'étranglement de sa fille de quatre mois, s'est vue confrontée à sa mère ; il est relevé que « toutes deux sont en proie à une vive émotion »³⁹. Dans l'affaire Marie Mathilde Ruts, inculpée pour le meurtre de sa fille d'un an et demi, le magistrat note qu'elle refuse d'être conduite auprès du cadavre de son enfant « et pleure »⁴⁰. La rédaction des émotions par le magistrat ne semble pas être en rapport avec le sexe des inculpés, puisque nous relevons une observation similaire concernant un co-inculpé masculin : « le prévenu fond en larmes »⁴¹. Il nous semble que le peu de commentaires attachés par le juge aux pleurs des inculpées peut être expliqué par le fait qu'il considère cette émotion comme normale⁴².
- 14 Un autre acteur, le médecin légiste, désigné dans certaines affaires pour procéder à l'examen médico-mental de l'inculpée, relève également, dans son rapport, les pleurs et sanglots de cette dernière. Néanmoins, il ne s'agit pas, comme c'est le cas pour la police ou le magistrat, de relever cette émotion sans en tirer une conclusion pour le rapport d'expertise. Les pleurs sont tantôt identifiés comme une prise de conscience de la gravité du crime et une réapparition de l'émotivité, laquelle était par ailleurs absente en début d'expertise et démontrait une sévère oblitération du sens moral⁴³. Ils sont tantôt décrits comme la conséquence d'une exacerbation des sentiments aux « époques menstruelles »⁴⁴. Excepté cette dernière observation, nous ne constatons pas, au niveau des remarques formulées par les médecins au sujet des pleurs, de différence entre les inculpées et les co-inculpés masculins. Ainsi, les pleurs de l'inculpé Léon Bauwens sont également décrits comme étant la conséquence du réveil du sens moral et de la prise de conscience de l'horreur du crime⁴⁵.
- 15 Contrairement aux pleurs, les rires et sourires, lorsqu'ils sont consignés, font l'objet de remarques négatives. À propos de Séraphine Schelfhout, inculpée pour avoir jeté sa fille de trois mois dans un ruisseau, le juge écrit qu'elle « nous nargue en souriant » et qu'elle « a d'ailleurs souri plusieurs fois au cours de son interrogatoire »⁴⁶. Les médecins légistes associent quant à eux les rires et sourires à un défaut de sens moral concernant Augustine Devezon, d'une part, et les filles co-inculpées de Marie Jacobs, Louise et Justine Bauwens, d'autre part. Les rapports de ces inculpées ont été rédigés à cinq

années d'intervalle, par les mêmes médecins, les docteurs Lebrun et De Boeck. On y retrouve, presque mot pour mot, les mêmes observations. Le rapport au sujet d'Augustine Devezon mentionne que :

*Ce qui frappe particulièrement chez elle, c'est l'absence quasi absolue de sens moral [...] c'est en riant qu'elle en parle, sans en ressentir, c'est évident, le moindre remord ni le moindre respect*⁴⁷.

16 Les rapports concernant Louise et Justine Bauwens soulignent que :

*Nous avons été frappés tout de suite du défaut de sens moral que [Louise] présente [...]. Au début, et actuellement encore, c'est le sourire aux lèvres qu'elle répond à nos questions relatives à ce crime. Comme [Louise], [Justine] ne cesse de sourire, de rire, lorsqu'on lui parle [...]. Quant au crime lui-même, elle en parle en riant*⁴⁸.

17 Il ressort de ces rapports que les sourires et rires des inculpées font l'objet de remarques défavorables de la part des médecins légistes et du juge d'instruction. Notons que les sœurs Bauwens ont été déclarées irresponsables et ensuite colloquées, c'est-à-dire placées dans un asile. Le sourire a, dans leur cas, été également associé à la débilité d'esprit. Ainsi, concernant Louise Bauwens, les médecins écrivent qu'elle :

*présente l'allure et l'aspect d'une débile d'esprit, d'une imbécile, la mine souriante, elle se met généralement, quand on lui parle, à lancer des regards furtifs*⁴⁹.

18 Le rire fait l'objet de remarques différentes en ce qui concerne leur frère et co-inceulpé masculin, Léon Bauwens. Loin d'être associé à un défaut de moralité ou d'intelligence, le rire de l'inceulpé est associé par les médecins à l'amabilité et à la prévenance. On peut ainsi lire dans le rapport le concernant qu'il a « pris de l'embonpoint, de la vivacité, il se montre aimable, prévenant. Il rit beaucoup »⁵⁰. Il est précisé que son « sens moral est normal »⁵¹. La différence entre les commentaires des médecins à l'égard du rire des inculpées, d'une part, et de celui du co-inceulpé, d'autre part, mérite d'être soulignée tellement elle semble caricaturale.

B. La réputation et les mœurs des inculpées

19 L'instruction porte également sur la réputation et les mœurs des inculpées. Bien que toute information à ce sujet revête une certaine importance aux yeux de la police et du magistrat, leurs observations ainsi que les questions posées aux témoins et aux inculpées portent principalement sur la vie sexuelle et la fidélité de ces dernières ainsi que sur leur rôle de mère. La feuille de renseignements jointe à chaque dossier contient une section consacrée à la religion, la conduite antérieure et la réputation de l'inceulpée. Il y est noté si elle est « notoirement adonné[e] à l'ivrognerie, au libertinage », si elle vit « en concubinage, en prostitution »⁵² et, enfin, s'il existe d'« autres particularités propres à faire apprécier sa moralité »⁵³.

1. Les relations sexuelles et la fidélité des inculpées

20 La question des relations sexuelles revêt une importance particulière aux yeux du magistrat instructeur. Il pose lui-même certaines questions relatives à la vie sexuelle des inculpées lors des interrogatoires et charge également la police de récolter des informations à cet égard. Dans l'affaire Barbe Vander Elst, inculpée pour avoir noyé son fils de trois ans, la police relève qu'elle s'est « toujours fait respecter », qu'elle « n'aimait que le père de son enfant » et qu'elle n'a jamais « permis la moindre plaisanterie de la part de quelque jeune gens, autre que son amant »⁵⁴. Le juge interroge

ensuite l'inculpée sur la quantité de ses rapports ; il lui demande ainsi si elle a eu « plusieurs fois des rapports sexuels avec Paul Dietz ? »⁵⁵ et ajoute encore :

Comment vos parents vous ont-ils laissé [sic] ainsi seule dans votre chambre avec un jeune homme qui vous faisait la cour, ce qu'ils n'ignoraient pas⁵⁶?

- 21 Concernant Anne Vanderwaarden, inculpée pour avoir noyé sa fille de 5 mois, il est noté qu'elle « vivait en concubinage avec un homme marié »⁵⁷. À propos de Léonie Van Wymeersch, inculpée pour l'assassinat de son fils dans une fosse d'aisance, il est relevé qu'elle serait « de mœurs légères d'après les renseignements obtenus aux adresses qu'elle a habité [sic] »⁵⁸. De Marie Mathilde Ruts, inculpée pour avoir étouffé sa fille de 18 mois, il est dit qu'elle fait preuve d'un « libertinage douteux »⁵⁹. Melly Martin, inculpée pour avoir noyé sa fille de 9 jours, serait une prostituée clandestine aux moyens d'existence inavouables, vivant en libertinage⁶⁰. Enfin, d'Euphémie Rigaux, inculpée pour avoir étouffé son fils de 10 jours, il est noté que :

Sa conduite et sa réputation étaient bonnes avant d'avoir fait la connaissance de joueuses d'orchestration (dit viole populairement) dans des cabarets à Gembloux où elle allait se perdre⁶¹.

- 22 Certaines questions tendent à établir un lien entre l'existence d'un amant et le crime perpétré. Le juge demande ainsi à Augustine Devezon si l'idée de tuer sa fille lui est venue parce que son enfant constituait un obstacle à ses rendez-vous avec son amant, et « tout particulièrement ce jour où [elle] devait coucher avec lui »⁶². Cette perception, par le juge, de l'enfant représentant un obstacle se retrouve dans plusieurs dossiers. Les questions du magistrat laissent apparaître qu'il considère que l'enfant pouvait, dans le chef de l'amant, constituer un motif de rupture avec l'accusée. En effet, dans le cas où ce dernier était le père de l'enfant, il aurait pu ne pas vouloir en assumer la charge et, dans le cas où le père était un autre homme, il aurait pu délaisser l'accusée pour le motif que celle-ci était trop « coureuse ». La peur de l'abandon constitue ainsi le motif de l'homicide commis par l'accusée.
- 23 Une série de témoins sont auditionnés à propos du comportement des inculpées. C'est ainsi qu'un ancien amant d'Augustine Devezon déclare qu'elle riait avec le premier venu et qu'elle « n'était pas difficile pour accompagner un homme dans l'un ou l'autre hôtel »⁶³. Une ancienne patronne d'Euphémie Rigaux, déclare qu'elle « est encline à la débauche, [...] menteuse et de mauvaise foi »⁶⁴. Concernant Marie Mathilde Ruts, son ancien maître déclare qu'elle était une « bonne travailleuse », mais qu'« elle était un peu folle après les hommes »⁶⁵. L'un de ses voisins estime qu'elle « courait beaucoup » et « aimait fort les hommes », et précise encore qu'elle « a eu des relations avec beaucoup de jeunes gens »⁶⁶. Son ancien amant explique quant à lui :
- Elle ne m'a jamais dit qu'elle était devenue enceinte et j'ignore si c'est de moi ou d'un autre qu'elle l'a été. Je ne serais pas étonné qu'il lui fût à elle-même impossible de le savoir car, à mon avis, elle était un peu coureuse⁶⁷.
- 24 De manière semblable, l'ancien amant de l'inculpée Léonie Van Wymeersch explique qu'il a remarqué qu'elle « courait avec d'autres hommes » et ajoute que, dans le village, on ignorait qui était le père de son enfant « car on savait qu'elle couchait avec tout le monde »⁶⁸. Dans cette affaire, deux anciennes maîtresses de l'inculpée sont également interrogées au sujet de ses relations. La première explique que cette servante sortait tard le soir et la seconde explique que l'on disait « qu'elle courait avec l'un et l'autre » et que l'inculpée elle-même nommait certains hommes « en disant que c'étaient ses amants »⁶⁹.

- 25 Il ressort de ces dépositions que le fait pour une femme d'avoir des relations sexuelles hors-mariage fait l'objet de critiques plus ou moins vives de la part de leurs patrons et patronnes mais également de la part des hommes avec qui elles ont entretenu ces relations. Les critiques sont d'autant plus importantes envers les accusées dont on considère qu'elles ont eu plus d'un amant⁷⁰.
- 26 L'enquête sur la vie sexuelle des inculpées s'accompagne de questions sur leur fidélité ou infidélité, tant dans les dossiers d'homicide sur mari que dans les dossiers d'homicide sur enfant, dans lesquels les inculpées sont toutes célibataires⁷¹. On peut s'étonner du fait que le magistrat emploie le terme de « fidélité » concernant les femmes non mariées, ce devoir découlant des liens du mariage. À notre sens, il s'agit d'une manière de mettre l'emphase sur la mauvaise conduite sexuelle de ces inculpées. Ainsi, le juge d'instruction, interrogeant l'amant de Barbe Vander Elst, lui demande s'il n'a jamais eu de reproches à faire à l'inculpée « au sujet de sa fidélité et de son affection à l'époque où elle était [sa] maitresse »⁷². Dans l'affaire Léontine Rivière, inculpée pour l'assassinat de son mari, le magistrat demande si elle avait « des relations avec d'autres hommes »⁷³ et souhaite que soient interrogés certains témoins sur la question de savoir si « Vandermeersch était l'amant de Léontine Rivière » et quels renseignements peuvent être donnés sur ces relations⁷⁴. De Maria Cochez, également inculpée pour l'assassinat de son mari, il est dit qu'elle aurait, « tout en étant mariée, [entretenu] des relations avec d'autres jeunes gens »⁷⁵.
- 27 Dans la moitié des dossiers d'homicide sur mari, les inculpées avaient, en réalité ou prétendument, un amant. Nous n'avons pas constaté de présomption systématique d'adultère dans le chef de l'accusée. C'est avant tout la « rumeur publique », arrivée aux oreilles du commissaire de police ou du bourgmestre puis communiquée au juge d'instruction, qui lance la machine des interrogatoires concernant l'infidélité. Ainsi, dans l'affaire Marie Ronsen, le commissaire adjoint note qu'il « résulte de nos renseignements que des relations ont existé entre les deux prévenus », que ces derniers sont « sortis ensemble le jour du crime » et que quelques jours auparavant ils « sont allés danser ensemble »⁷⁶. Il est encore rapporté que ses conduite antérieure et réputation étaient mauvaises, qu'elle vivait en libertinage, se prostituait, avait vécu avec un homme marié avant son propre mariage et était une femme légère⁷⁷. La mère du mari victime de l'homicide rapporte en outre que la famille avait déconseillé à son fils de se marier avec l'inculpée, car c'était « une mauvaise fille »⁷⁸. Dans le dossier de Maria Cochez, le juge d'instruction note :
- Nous apprenons alors, tant par le garde champêtre que par le commandant de gendarmerie qu'il est de notoriété publique que l'épouse Jacobs a pour amant le nommé Vranckx Louis et que la rumeur publique accuse Cochez Marie Elisabeth, épouse Jacobs et Vranckx Louis d'avoir concerté et exécuté le meurtre de Jacobs Joseph pour pouvoir se marier⁷⁹.
- 28 Les questions concernant les relations sexuelles (adultères ou non) ne sont pas davantage posées aux inculpées qu'à leurs co-inceulpés. En effet, dans l'affaire Marie Vanderveysgaert, cette dernière et son amant étaient tous deux inculpés du meurtre de son mari. Les questions ayant trait à leurs relations ont été davantage posées à son amant⁸⁰. Ceci peut s'expliquer par le fait que ce dernier s'est montré plus loquace à ce sujet que l'inculpée.
- 29 La majorité des inculpées d'homicide sur mari ont un ou plusieurs co-inceulpés, dont la conduite antérieure et la réputation sont également consignées dans une feuille de

renseignements⁸¹. Dans l'affaire Marie Tordeur, il est noté que son fils co-inculpé a de bonnes conduite antérieure et réputation⁸². Il en est de même concernant Henri Gilis (amant et co-inculpé de Marie Ronsen) et Charles Van Eeckhoudt (amant et co-inculpé de Marie Vanderveysgaert)⁸³. En ce qui concerne Louis Vranckx, amant et co-inculpé de Maria Cochez, il est dit que sa conduite antérieure et sa réputation sont « relativement bonnes » mais qu'il « avait des relations avec une femme mariée »⁸⁴. Enfin, Marie Jacobs est dans un premier temps inculpée avec quatre de ses enfants, deux fils et deux filles. Tandis que les conduite antérieure et réputation des premiers sont jugées bonnes et qu'il est même précisé pour l'un deux qu'il « était rangé et ne buvait pas » et qu'il « avait de bonnes relations avec ses camarades, était doux et très dévoué »⁸⁵, il est au contraire dit de l'une des filles qu'elle était de mœurs légères et avait à plusieurs reprises quitté la maison paternelle, et de l'autre qu'elle avait une mauvaise réputation et qu'elle était adonnée au libertinage⁸⁶.

- 30 Il ressort des questions posées aux inculpées au sujet de leurs rapports sexuels et/ou de leur fidélité ou infidélité à leur amant ou mari que le juge d'instruction accorde une grande importance à cet aspect de leur vie. Il est enquêté sur le crime commis, d'une part, et sur la conduite habituelle des inculpées, d'autre part. En outre, l'existence d'un amant peut expliquer, aux yeux du magistrat, la perpétration du crime. L'amant peut constituer un mobile⁸⁷. En effet, tant un jeune enfant qu'un mari peuvent représenter un obstacle à une relation avec un amant⁸⁸. Le mobile du crime revêt donc une importance non seulement en ce qui concerne la charge de la preuve (il est en effet plus aisé de convaincre un jury de la culpabilité de l'accusée lorsque cette dernière avait une raison de commettre le crime) mais les motivations qui ont poussé à l'homicide contribuent également à forger l'image de son autrice. Un meurtre commis sur un enfant par une femme plongée dans la misère et abandonnée de tous ou sur un mari par une femme trompée et maltraitée ne sera évidemment perçu de la même manière qu'un assassinat perpétré sur un enfant ou un mari pour vivre pleinement une histoire avec un amant.

2. Le rôle maternel des inculpées

- 31 Nombre de recherches sont menées par la police et le juge d'instruction sur la conformité de l'inculpée à son rôle de mère. Dans le dossier d'Anne Vanderwaarden, inculpée pour le meurtre de sa fille de cinq mois, la police note que, d'après les dires d'un témoin, « elle peut être considérée comme une bonne mère »⁸⁹. Dans l'affaire Barbe Vander Elst, inculpée pour avoir jeté son fils de trois ans dans un canal, le juge apprend que, peu de temps après avoir accouché, l'inculpée a placé son enfant en nourrice. Durant son interrogatoire, elle explique au magistrat que lorsqu'elle est venue voir son fils, ce dernier a commencé à pleurer et ne souhaitait pas repartir avec elle. Elle poursuit que « c'était trop fort d'être non seulement abandonnée du père mais encore oubliée de l'enfant »⁹⁰. À cela, le juge rétorque :

Il n'est pas bien étonnant que votre enfant vous ait oubliée ; pendant toute l'année qu'il a passée à Montaignu chez Smets, vous n'avez été le voir qu'une seule fois. Vous n'avez jamais écrit pour demander de ses nouvelles ? [...] En réalité vous l'aviez abandonné ; moralement au moins et il n'y avait rien d'étonnant dans ces conditions que l'enfant ait eu peur de vous comme d'une étrangère, vous n'aviez pas à vous froisser de cela⁹¹.

- 32 Dans le dossier de Léontine Rivière, le juge d'instruction prépare certaines questions à poser aux témoins et, notamment, celle-ci : l'inculpée « se conduisait-elle comme une

mère irréprochable ? »⁹² Notons que dans cette affaire, contrairement à celle de Barbe Vander Elst, l'instruction ne porte pas sur le fait de déterminer comment l'inculpée s'occupait de son enfant. Il s'agit d'un dossier d'homicide sur mari dans lequel le rôle de mère de l'inculpée n'est soulevé par aucun témoin. Bien au contraire, ses deux enfants, majeurs, s'attachent à démontrer, dans leurs témoignages ainsi que par de nombreuses lettres envoyées au procureur du roi, que l'inculpée est une mère exemplaire. On peut dès lors s'étonner de ce que, dans ce dossier, le juge d'instruction requière que soit posée aux témoins une question concernant le rôle maternel de cette dernière. Nous avons relevé plus haut que, dans la même affaire, le magistrat requiert que soient posées des questions liées cette fois non pas au rôle de mère de l'inculpée, mais bien à sa fidélité : « Léontine Rivière était-elle fidèle à son mari ? » ou encore « avait-elle des relations avec d'autres hommes ? »⁹³. La question du rôle maternel irait donc de pair avec celle du rôle d'épouse. Cette hypothèse se confirme dans le dossier de Barbe Vander Elst, le magistrat interrogeant son amant aux fins de savoir si elle lui était fidèle, après avoir posé à l'inculpée des questions ayant trait à son rôle de mère⁹⁴.

- 33 Dans de nombreux dossiers d'homicide sur enfant, des témoins décrivent l'attitude de l'inculpée vis-à-vis de son enfant avant le crime, parfois sur demande du juge d'instruction qui, notamment dans l'affaire Léonie Van Wymeersch, demande que soit vérifié « si Léonie est venue souvent voir son enfant, si elle paraissait l'aimer »⁹⁵. Si certaines vertus de l'inculpée sont quelquefois rapportées – Marie Colette Haemelinck venant voir son enfant tous les jours et lui témoignant beaucoup d'affection, selon le témoin qui le gardait⁹⁶ –, les témoignages soulignent le plus souvent certains manquements de l'inculpée. C'est ainsi que dans l'affaire Melly Martin, l'un de ses voisins raconte qu'elle « n'avait pas l'air de se soucier beaucoup du sort de l'enfant, qu'elle devait mettre au monde »⁹⁷. Dans la même affaire, ainsi que dans l'affaire Marie Verhaegen, le magistrat entend les servantes de l'hôpital, qui expliquent avoir « adressé des reproches très vifs » et « grondé » les inculpées, la première parce qu'elle « avait peu de cœur à nourrir son enfant » et « n'avait aucun effet d'habillement pour celui-ci »⁹⁸, et la seconde parce que « la bande du nombril de son enfant était détachée »⁹⁹. Les inculpées ont toutes deux demandé à laisser leur enfant à l'hôpital, ce à quoi il leur a été répondu que c'était impossible. Dans l'affaire Léonie Van Wymeersch, la nourrice de l'enfant victime estime que :

Léonie ne paraissait guère aimer son enfant : en quatre semaines de temps elle est venue le voir une fois seulement. Elle n'a jamais acheté de layette pour son enfant, pas même une petite blouse que je réclamais¹⁰⁰.

- 34 Dans la même affaire, la nourrice de l'autre enfant de l'inculpée, une fille âgée de 2 ans, explique qu'elle ne sait pas si Léonie Van Wymeersch aimait son enfant, en ajoutant : « toutefois elle n'a pas pleuré ni quand elle est arrivée près d'elle, ni quand elle l'a quittée »¹⁰¹. À l'inverse, la dame chez qui l'inculpée a accouché est d'avis que cette dernière « paraissait bien soigner son enfant »¹⁰². Concernant Anne Vanderwaarden, inculpée d'avoir tenté de noyer son enfant dans la Senne, le juge entend l'un des témoins qui l'a retirée de l'eau. Il déclare :

Pendant que j'emportais l'enfant au commissariat, je remarquais qu'il avait les yeux ouverts et j'en fis l'observation. La prévenue dit alors : « N'est-il pas encore mort ? ». Il me paraissait qu'elle aurait été charmée qu'il fut mort¹⁰³.

- 35 En définitive, le rôle de la « bonne mère » semble, aux yeux du magistrat, se construire tant autour de l'affection donnée à l'enfant que des actes matériels posés pour son entretien¹⁰⁴. Dans les affaires d'homicide sur enfant dans lesquelles la victime a été

placée en nourrice avant l'homicide, l'amour maternel semble « mesurable », entre autres, à la quantité de visites effectuées. Dans plusieurs affaires, la question se pose de savoir si la mère avait préparé la layette pour l'arrivée de son enfant. À travers leurs témoignages, servantes de l'hôpital, nourrices, voisines et voisins, fournissent au juge des éléments qui dépeignent une inculpée faisant preuve, ou non, des vertus maternelles attendues.

3. Mise en parallèle avec la réputation est les mœurs des inculpées d'infanticide

- 36 Étonnamment, alors que les conduite antérieure et réputation des accusées d'homicide sur enfant sont, sur la base de leur feuille de renseignements, majoritairement mauvaises, celles des accusées d'infanticide sont majoritairement bonnes¹⁰⁵. Nous avons souligné les nombreuses similitudes relevées entre le profil de ces deux ensembles d'accusées et avons attiré l'attention des lectrices et lecteurs sur l'amalgame fait par les différents acteurs de la justice entre homicide sur enfant et infanticide¹⁰⁶. En effet, le juge, notamment, étend la qualification d'infanticide au-delà de son acception légale. Cela laisse à penser qu'à ses yeux, l'infanticide englobe plus de cas que ceux prévus par la loi.
- 37 Comment justifier dès lors cette différence dans l'appréciation de la conduite des accusées d'homicide sur enfant, d'une part, et des accusées d'infanticide, d'autre part ? Il nous semble que ce contraste tient au fait que les accusées d'infanticide ne peuvent pas être qualifiées de mauvaises mères. En effet, ayant tué leur enfant *immédiatement* après la naissance, elles sont considérées comme n'ayant pas été mères, contrairement aux accusées d'homicide sur enfant. En outre, tandis que la mère infanticide peut justifier son crime par son désespoir ainsi que son état d'indigence, la mère qui commet un homicide sur son enfant plus âgé doit expliquer pourquoi, après autant de mois ou années, elle a finalement décidé de mettre fin aux jours de son enfant. Comment soutenir le motif du désespoir ou de l'indigence pour l'homicide d'un enfant dont elle a su s'occuper un temps ? Le magistrat a tendance à attribuer à ce crime d'autres motifs, tels que l'envie de vivre une « vie de plaisirs » ou encore le besoin de se débarrasser d'un « obstacle » en vue d'un mariage avec un amant.

C. La réputation et les mœurs du mari victime d'homicide

- 38 Dans la moitié des affaires d'homicide sur mari, le magistrat s'interroge sur la conduite adoptée par ce dernier envers l'inculpée avant le crime. Le juge cherche notamment à découvrir si la victime maltraitait sa femme et dans quelle mesure. Dans les affaires Anne-Sophie Van Hove, Marie Tordeur et Léontine Rivière, le juge demande que des renseignements soient pris, de manière plus ou moins approfondie, sur la conduite du mari¹⁰⁷. Dans le dossier de Marie Jacobs et de ses deux fils, co-inceulpés d'avoir assassiné le père de famille, tous trois finissent par admettre leur crime, en expliquant que la victime était brutale et cruelle envers eux¹⁰⁸. Le dossier de procédure révèle que, dès ce moment, l'instruction a porté en grande partie sur les accusations portées, par l'inculpée et ses fils, envers la victime. Est ainsi créé, au sein du premier, un second dossier, contenant notamment les interrogatoires de l'inculpée et de ses fils, les auditions des témoins et les rapports des médecins légistes chargés de rechercher des traces de violences sur le corps de l'inculpée ou encore de déterminer si celle-ci a perdu l'ouïe à la suite des violences de la victime. Le juge d'instruction demande, entre autres,

que soit interrogé le médecin de famille afin de savoir si ce dernier a eu à soigner l'inculpée suite à des coups qu'elle aurait reçus. Dans ce dossier, le magistrat estime que les violences du mari victime peuvent expliquer que l'inculpée et ses fils se soient sentis « poussés à bout », « exaspérés », et que c'est peut-être dans cette situation qu'ils ont commis leur forfait¹⁰⁹. Les violences subies par l'inculpée sont donc, dans une certaine mesure à tout le moins, prises en compte par le juge.

- 39 Ces violences, dans les dossiers de notre corpus, vont de pair avec une consommation d'alcool jugée excessive. Dans les dossiers de Marie Jacobs et ses fils, de Léontine Rivière et de Marie Tordeur, le juge d'instruction demande au commissaire de faire interroger certains témoins au sujet des habitudes du mari assassiné : A-t-il parfois été aperçu ivre¹¹⁰? Se livrait-il à des excès alcooliques et maltraitait-il ou négligeait-il sa femme et ses enfants¹¹¹? Est-il vrai qu'il dépensait la quasi-totalité de son salaire dans les cafés¹¹²? Est-il exact qu'il rentrait ivre tous les soirs¹¹³?
- 40 Enfin, certaines interrogations du magistrat portent sur la fidélité – ou l'infidélité – du mari victime. Dans l'affaire Rosalie Debroux, il demande au commissaire de faire préciser « à quelle heure [le mari] se rendait d'habitude à son travail et à quelle heure il en revenait » et de rechercher s'il a été remarqué « qu'il eut une conduite légère ? »¹¹⁴ Dans le dossier de Léontine Rivière, le juge demande que soit en outre précisée l'identité ainsi que la conduite habituelle de la femme avec qui la victime entretenait une relation adultère¹¹⁵. Dans ces deux dossiers, le juge demande explicitement des renseignements quant à la fidélité du mari car les inculpées allèguent avoir subi une infidélité. Dans un troisième dossier, celui d'Anne-Sophie Van Hove, aucune demande d'enquête sur la fidélité du mari n'est formulée, alors que l'inculpée avoue le crime ainsi que la préméditation et donne pour motif l'infidélité de son mari¹¹⁶. Notons que dans ces trois dossiers, les inculpées se sont spontanément présentées au commissariat de police après avoir accompli leur forfait. Les procès-verbaux d'interrogatoires révèlent qu'elles répondent à toutes les questions du juge d'instruction, en expliquant leur geste par la colère ressentie à la suite de l'inconduite de leur mari.

D. L'examen médico-mental effectué par les médecins légistes

- 41 Les médecins légistes sont désignés par le magistrat afin de procéder à certains devoirs médicaux, notamment l'autopsie et/ou la visite corporelle de l'inculpée. Dans certaines affaires, il leur est également demandé d'effectuer un examen dit « médico-mental ». Un tel examen vise à déterminer si l'inculpée doit être considérée comme pénalement responsable de son crime. Légalement, il n'y a ni crime ni délit s'il a été commis en état de démence ou si celui ou celle qui l'a commis a été contraint ou contrainte par une force à laquelle il ou elle n'a pas pu résister¹¹⁷. Ce principe d'irresponsabilité pénale revêt une importance fondamentale au XIX^e siècle¹¹⁸.
- 42 Un examen médico-mental a été requis dans un tiers des dossiers, homicides sur enfant et homicides sur mari confondus¹¹⁹. Ces dossiers contiennent parfois une lettre adressée par l'avocat de l'inculpée au juge d'instruction, demandant de faire expertiser sa cliente du point de vue mental. L'avocat justifie cette demande par le fait qu'il a lui-même des doutes sur la santé mentale de sa cliente, en raison, par exemple, de son « attitude absolument étrange » ou de ses « explications incohérentes »¹²⁰. Cela ne signifie pas que, dans l'autre moitié des dossiers, la demande d'expertise mentale n'émane pas de la défense : la lettre peut n'avoir pas été jointe au dossier. Il est important d'insister

d'emblée sur le fait que cette demande de l'avocat peut consister en une stratégie de défense. Cette hypothèse peut être formulée en particulier pour les dossiers dans lesquels la demande d'examen est formulée en toute fin d'instruction ou après sa clôture, et peut donc être apparentée à une ultime tentative d'échapper à une lourde condamnation – le meurtre étant puni des travaux forcés à perpétuité et l'assassinat de la peine de mort – en plaidant l'irresponsabilité pénale¹²¹.

- 43 Si la demande d'expertise mentale peut s'avérer être une stratégie de l'avocat, certaines inculpées elles-mêmes – ainsi que leurs co-accusés – semblent mettre à profit le temps de leur « observation » par les médecins afin de poursuivre ce stratagème fondé sur l'irresponsabilité pénale. Ainsi, après avoir dans un premier temps affirmé n'avoir jamais été prise de crises nerveuses ou d'accidents nerveux, Marie Jacobs se plaint d'être « sujette à des crises de nerfs »¹²² accompagnées ou non de pertes de connaissance. L'un de ses deux fils co-accusé, Charles Bauwens, explique quant à lui avoir été pris, au moment du crime, de vertige, de tournoiement de tête et s'être trouvé « dans un état de perte de connaissance complète, d'automatisme »¹²³. Séraphine Schelfhout affirme elle aussi être sujette à des crises nerveuses¹²⁴. Nous remarquons le caractère conscient de ces inculpées et co-accusé par rapport à la portée de l'irresponsabilité pénale et aux symptômes qu'il paraît judicieux de soulever¹²⁵. Dans ces deux dossiers, les médecins font part, dans leur rapport, de leur impression que ces troubles sont soulevés pour les besoins de la défense. On peut ainsi lire, concernant Séraphine Schelfhout, qu'il n'est « nullement établi qu'elle soit, comme elle le prétend, sujette à des crises nerveuses »¹²⁶ et qu'elle ait été prise d'une telle crise au moment du crime. De manière plus explicite, le rapport au sujet de Charles Bauwens mentionne que « ce sont là des symptômes pathologiques inventés pour les besoins de la cause »¹²⁷. Les experts médicaux restent donc vigilants par rapport aux dires des inculpées et co-accusés.
- 44 Le rapport sur l'examen mental, rédigé par les médecins légistes après avoir observé et s'être entretenus avec l'inculpée et, le cas échéant, son ou ses co-accusé(s), contient une description physique plus ou moins longue. Il s'agit de ce que les médecins appellent l'« examen physique ». Le but de cet examen est de vérifier que l'inculpée est bien portante et ne présente pas de trouble physique et de déterminer si elle montre des « stigmates de dégénérescence », tels qu'un crâne jugé trop petit, un front trop bas, un strabisme ou un visage très asymétrique¹²⁸. Certaines observations qui semblent liées au sexe sont formulées dans certains dossiers. On peut ainsi lire, concernant Marie Jacobs, qu'elle ne porte guère son âge en dépit de l'abondance de ses grossesses¹²⁹, tandis que de l'un de ses co-accusés, son fils Charles Bauwens, il est dit qu'il est « solidement constitué, bien bâti »¹³⁰.
- 45 Le rapport contient également des observations quant à l'attitude dont font preuve l'inculpée et ses éventuels co-accusés. Il est ainsi souligné que l'attitude de Marie Mathilde Ruts est « fort correcte »¹³¹ et que celle de Charles Bauwens est mesurée¹³². Au contraire, il est précisé que Séraphine Schelfhout se montre « impertinente »¹³³, que Marie Jacobs a un aspect « assez surnois »¹³⁴ et que Marie Vanderveygaert prend un ton « arrogant »¹³⁵. Dans l'affaire Marie Jacobs, il est dit de l'une de ses filles co-accusée, Louise Bauwens, qu'elle se livre « à de petites coquetteries » et qu'elle affiche « des attitudes maniérées »¹³⁶. On ne retrouve pas le même type de commentaire à connotation négative concernant les co-accusés masculins. Ces observations font partie intégrante du rapport sur l'examen médical des inculpées. Les remarques

formulées par les médecins légistes concernent donc tant l'état physique et mental des inculpées que leur comportement¹³⁷.

- 46 Les rapports soulignent en outre les troubles de l'humeur que présentent, selon les médecins, certaines inculpées. Concernant Augustine Devezon, ils se contentent de souligner des modifications de l'humeur, sans davantage préciser cette observation¹³⁸, tandis que chez Séraphine Schelfhout, ils affirment avoir retrouvé « les particularités ou pour mieux dire, les anomalies de l'humeur, du caractère et de l'émotivité »¹³⁹. Il est dit de l'inculpée qu'elle est :

susceptible, irritable, nerveux [sic], vive ; assez prétentieuse et souvent impertinente [...] ; elle est d'humeur variable et passe rapidement de la tristesse au rire¹⁴⁰.

- 47 Les experts concluent que l'inculpée est une *hystérique* et que les anomalies du caractère et de l'humeur qu'elle manifeste sont démonstratives de ce point de vue¹⁴¹. Chez ces deux inculpées, ces troubles de l'humeur vont de pair avec une certaine nervosité, une irritabilité ou encore une impulsivité spéciale¹⁴². Ni les troubles de l'humeur ni l'hystérie ne sont rapportés concernant des co-inceulpés masculins¹⁴³.

- 48 D'autres observations concernent les menstruations des inculpées. Si les menstruations de Marie Vanderveysgaert ne sont mentionnées que pour souligner les maux de tête qu'elles entraînent¹⁴⁴, celles d'Anne-Sophie Van Hove préoccupent d'avantage le médecin légiste, qui s'inquiète de leur irrégularité. Il estime que l'« exaltation nerveuse » de la prévenue pourrait dépasser les limites physiologiques en cas de transfert vers la prison, « surtout pendant l'époque menstruelle »¹⁴⁵. Les menstruations de Léontine Rivière prennent quant à elles une dimension encore plus importante, en ce que les médecins relèvent qu'au moment de l'assassinat de son mari, elle avait ses « époques menstruelles » :

Chez certaines femmes nerveuses, l'époque menstruelle s'accompagne d'une *surexcitabilité nerveuse* telle qu'elle affecte un *véritable caractère pathologique* [...]. Nous avons constaté également chez elle, à ce moment, plus d'émotivité et plus d'agitation [...] il y a lieu de considérer [l'inculpée] comme particulièrement nerveuse et émotionnable, d'admettre qu'elle a commis le crime [...] à une époque où sa jalousie naturelle, sa nervosité et son émotivité étaient tout particulièrement exagérées par la période menstruelle¹⁴⁶.

- 49 Les médecins concluent que l'inculpée n'avait, au moment de son forfait, pas la pleine possession de ses facultés et de ses moyens de résistance. Par conséquent, ils estiment que sa responsabilité n'est pas entière. Le rapport sur l'examen mental de Léontine Rivière est rédigé en 1913. Le discours médical concluant à une responsabilité atténuée à l'époque des menstruations est déjà bien connu par les professionnels. En effet, le médecin-professeur M. A. Hamon, donne, en 1897, un cours « sur la responsabilité » à l'Université Nouvelle. Il y déclare que :

[certaines] causes d'irresponsabilité, prouvées par la science, et acceptées par les tribunaux... quelquefois seulement, sont les troubles psychiques déterminés par la menstruation¹⁴⁷.

- 50 Afin d'appuyer la thèse du lien entre menstruations et troubles psychiques, il cite notamment les travaux du docteur S. Icard, qui a, en 1890, publié un ouvrage intitulé *La femme pendant la période menstruelle*, dans lequel il analyse toute une série d'homicides commis durant les menstruations, notamment sur de très jeunes enfants et explique qu'il a été observé que, deux ou trois jours avant l'arrivée des « époques », certaines femmes étaient plus animées, que leurs mouvements et leurs paroles étaient plus

rapides et qu'elles dormaient alors « plus mal qu'à l'ordinaire »¹⁴⁸. Le rapport d'examen mental de Léontine Rivière contient les mêmes observations et n'est donc pas une exception : ce discours traverse tout le XIX^e et le début du XX^e siècle. Notons que dans une seule affaire, celle de Marie Mathilde Ruts, ce ne sont pas les médecins mais bien le juge d'instruction qui demande au commissaire de police si l'inculpée s'était déjà plainte à sa famille ou à d'autres « de ce qu'elle avait des vertiges à l'époque de ses règles »¹⁴⁹.

- 51 Une dernière observation formulée par les médecins, concernant Louise et Justine Bauwens, est également liée au corps de la femme, mais concerne cette fois ses pulsions. Les médecins, au cours de l'examen de Louise Bauwens, notent que, depuis le début de l'observation, il existe « un certain état d'excitation génitale »¹⁵⁰. Ils expliquent que l'inculpée a souligné l'amabilité des gendarmes et le plaisir qu'elle a eu à aller avec eux à la reconstitution des faits. Concernant Justine Bauwens, les médecins ne notent pas cet état d'excitation génitale mais relèvent que sa seule préoccupation est de savoir si elle pourra « prendre comme amoureux »¹⁵¹ l'un des gendarmes. Ils concluent que les deux sœurs sont « incapables de résister à leurs impulsions et à leurs instincts »¹⁵².
- 52 En définitive, sur six inculpées et deux co-incipuées féminines soumises à l'examen médical, seules les deux dernières ont été déclarées irresponsables. Cependant, sur les six inculpées, seules trois – Marie Mathilde Ruts, Marie Jacobs et Marie Vanderveygart – ont été déclarées pleinement responsables de leurs actes. Pour deux autres inculpées, la responsabilité a été considérée atténuée, Séraphine Schelfhout en raison de son hystérie, et Léontine Rivière en raison du fait qu'elle avait ses menstruations au moment du crime. Pour la sixième inculpée, Augustine Devezon, la responsabilité a été considérée comme étant largement atténuée en raison du fait qu'elle a cédé à un moment de colère, que son impulsivité n'a pu trouver le frein nécessaire. Elle était selon les médecins atteinte d'insuffisance mentale « et surtout morale »¹⁵³, ainsi que de dégénérescence.

III. Éléments soulevés lors du procès

- 53 Si le but de l'instruction est la manifestation de la vérité, le but de l'audience est tout autre : le ministère public et l'avocat de la défense essaient respectivement de convaincre le jury de la culpabilité ou de l'innocence des accusées¹⁵⁴. Pour ce faire, ils fondent principalement leurs arguments sur les rôles de genre (A), les mœurs des accusées (B) et des maris victimes (C) ainsi que sur leur (ir)responsabilité pénale (D).

A. Les rôles de genre : les accusées mères et épouses

- 54 La grande majorité des accusées d'homicide sur enfant comparaissent pour assassinat. Le ministère public a pour mission de convaincre le jury de ce que le crime était prémédité. Concernant les victimes âgées d'une dizaine de jours, il insiste sur le fait que les accusées n'avaient rien préparé pour leur arrivée, qu'elles ne s'étaient pas munies de linges pour les couvrir¹⁵⁵. Dans d'autres dossiers, le ministère public souligne que le crime a été prémédité « de longue main »¹⁵⁶, exécuté « froidement »¹⁵⁷ et « sans remords »¹⁵⁸, « avec le plus grand sang-froid »¹⁵⁹ puis raconté « sans émotion apparente »¹⁶⁰. La circonstance aggravante de la préméditation est donc mise en lien

avec le sang-froid et le défaut d'émotions apparent des accusées. L'accusation souligne parfois, outre le manque de préparatifs entourant l'arrivée de l'enfant, certains éléments qui ont trait à l'instinct ou à l'amour maternel des accusées. Concernant Barbe Vander Elst, le ministère public relève qu'elle n'a rendu visite à son fils qu'une seule fois en l'espace d'un an¹⁶¹ ; Léonie Van Wymeersh n'aurait été voir le sien qu'une fois sur le mois¹⁶². Dans l'affaire Euphémie Rigaux, il considère que « les instincts de paresse et de débauche ont étouffé dans son cœur tout amour maternel »¹⁶³.

- 55 Une importance toute particulière doit par ailleurs être accordée aux termes minutieusement choisis par le ministère public dans son acte d'accusation. Dans la majorité des dossiers d'homicide sur enfant, les victimes sont désignées par le terme de « pauvre petit être » ou une variante similaire, telle que « pauvre petit », « être innocent » ou encore « petit cadavre », et il est dit de l'accusée qu'elle souhaitait se « débarrasser » de son enfant, le « supprimer » ou encore « le faire disparaître ». Dans deux affaires, le terme d'« obstacle » est employé pour désigner la victime. Il est dit que l'enfant d'Euphémie Rigaux représentait un obstacle à des relations qu'elle souhaitait nouer avec un homme à qui elle avait toujours laissé ignorer sa grossesse¹⁶⁴. Le ministère public ajoute qu'elle était « rebelle au travail » et qu'elle n'a pas eu le courage d'assumer la charge que représentait son enfant¹⁶⁵.
- 56 Ces arguments fondés sur le rôle de mère des accusées sont également soulevés par la défense. Ainsi, l'avocat d'Anne Vanderwaarden, accusée du meurtre de sa fille de cinq mois, explique aux jurés que sa cliente était une bonne mère puisqu'elle a soigné et chéri ses deux enfants et qu'elle se laissait mourir de faim pour les nourrir¹⁶⁶. De même, la défense d'Augustine Devezon, déclare qu'elle est devenue serveuse dans le seul but de gagner plus d'argent « pour entretenir son enfant »¹⁶⁷.
- 57 Dans les dossiers d'homicide sur mari, l'accusation soulève, outre le rôle de mère, le rôle d'épouse des accusées¹⁶⁸. Il est par exemple question de bonne tenue du ménage ou, au contraire, de négligence. Le mari victime est quant à lui décrit comme assidu au travail ou, à l'inverse, comme ne subvenant pas aux besoins du ménage. Ces éléments sont énoncés par le ministère public pour dresser un portrait tantôt négatif, tantôt positif, de l'accusée ou de son mari. Si l'on comprend aisément l'intérêt de l'accusation à dépeindre de manière négative l'accusée et de façon positive la victime, le contraire n'est pas évident. Dans l'affaire Anne-Sophie Van Hove, après avoir insisté sur la mauvaise conduite du mari – notamment les menaces de mort proférées envers sa femme –, le ministère public décrit l'accusée comme « n'écoulant que les aspirations de son cœur » et étant « guidée par l'intérêt de sa fille », ce qui l'a plusieurs fois poussée à « pardonner un mari qu'elle aimait »¹⁶⁹. Il évoque ensuite son « instinctive douceur » et sa « nature généreuse »¹⁷⁰. Enfin, il explique qu'un témoin, à qui l'accusée se serait confiée avant de commettre son forfait, n'a pas pris les dires de celle-ci en considération, les attribuant à « l'irritation naturelle d'une femme froissée dans ses légitimes susceptibilités d'épouse et de mère »¹⁷¹. Ces éléments soulignent la conformité de la conduite de l'accusée à ce qu'elle est avant toute chose : une épouse et une mère. Une seconde affaire, celle de Rosalie Debroux, permet de saisir, outre la bonne conformité de l'accusée à son rôle de genre, celle de son mari. L'acte d'accusation souligne que l'accusée et la victime formaient un « ménage modèle »¹⁷² : le mari travaillait assidûment et était très bon pour ses enfants et sa femme qui, de son côté, soignait bien son intérieur. Contrairement à l'acte d'accusation d'Anne-Sophie Van Hove, celui de Rosalie Debroux souligne néanmoins qu'elle était d'une jalousie

excessive et qu'elle avait un caractère emporté, ce qui explique l'assassinat de son mari infidèle.

58 Concernant les termes étonnamment élogieux qu'emploie l'accusation pour dépeindre certaines (rares) accusées, une différence significative est à souligner avec les dossiers d'hommes accusés d'homicide sur leur femme¹⁷³. En effet, lorsque ces derniers jouissent d'une bonne réputation selon le ministère public, celui-ci en dresse des portraits positifs mais se prononce, en outre, en faveur de la clémence du jury. Ainsi, dans l'affaire Oscar Penninckx, il dit espérer que l'on traitera l'accusé avec bonté¹⁷⁴. En ce qui concerne Gustave Vanderwiele, le procureur insiste sur la « vie fort mouvementée de la victime » et estime que l'accusé est un homme « honnête, sage et correct qui mérite la compassion des jurés et de la cour »¹⁷⁵. A propos de l'accusé Auguste-Léonard Wartel, il explique qu'il n'a aucun désir de voir cet homme jugé en cour d'assises et qu'il avait d'ailleurs demandé à correctionnaliser le crime car ce dernier a été « provoqué par l'inconduite de la victime »¹⁷⁶. Au contraire, dans les affaires d'accusées d'homicide sur mari, le ministère public ne fait jamais appel à la compassion du jury, même lorsqu'il juge irréprochable l'attitude des accusées et critiquable le comportement de leur mari, comme c'est le cas dans l'affaire Anne-Sophie Van Hove¹⁷⁷.

59 Dans d'autres dossiers d'homicide sur mari, ceux de Marie Jacobs et Léontine Rivière, les actes d'accusation soulignent ce que nous qualifions de « transgressions de genre ». Dans le premier, le ministère public explique que le ménage n'était pas heureux : Marie Jacobs était une femme négligente, ses enfants étaient difficiles et lorsque le père Bauwens, la victime, cherchait à les corriger, sa femme s'interposait. Le ministère public affirme que le mobile du crime était de « briser cette autorité gênante »¹⁷⁸. Cet acte d'accusation souligne le droit de correction paternelle, un droit dont dispose uniquement le père de famille, dans une certaine mesure. Il n'appartient pas à son épouse d'affaiblir cette autorité. L'acte d'accusation de Léontine Rivière énonce qu'aucun des époux n'avait fait preuve « des vertus domestiques nécessaires pour faire régner la paix et le bonheur » au sein du foyer conjugal¹⁷⁹. Du mari de l'accusée, il est dit que, bien que régulier et même zélé au travail, il ne subvenait pas suffisamment aux besoins du ménage et ne s'occupait pas de l'éducation des enfants. Le ministère public poursuit, soutenant que :

Des torts plus graves de la femme expliquent peut-être le manque d'égards et même le dédain [que son mari] paraissait témoigner envers celle-ci. Au témoignage de nombreuses personnes, en effet, l'accusée n'avait pas gardé la fidélité au mariage¹⁸⁰.

60 Ces différents actes d'accusation décrivent tant le crime que les habitudes des accusées et de leur mari : le mode de vie d'une épouse, d'une mère, d'un père, d'un mari, d'un ménage, d'une famille, sont exposés au jury. Il ressort de l'acte d'accusation que le père de famille, le mari, détient le rôle de chef dans la sphère familiale. En effet, selon la volonté du Code Napoléon, il est une figure autoritaire : il a l'ascendant sur sa femme ainsi que sur ses enfants¹⁸¹. Il est de son devoir de subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants¹⁸². Il ne peut se désintéresser de l'éducation de ces derniers, bien que leurs soin et éducation soient dévolus en premier chef à leur mère, à laquelle il appartient également d'entretenir son intérieur. Les époux se doivent fidélité, mais il ressort de certains actes d'accusation, tel que celui de Léontine Rivière, que le ministère public est plus regardant concernant la fidélité de la femme que celle du mari. En effet, l'infidélité de Léontine Rivière est décrite comme un tort « plus grave » que les manquements de son mari (excès alcooliques, désintérêt pour l'éducation de ses enfants et défaut de moyens apportés au ménage). Si l'accusation évoque l'infidélité du

mari, c'est pour souligner la « jalousie tyrannique »¹⁸³ de l'accusée. Le ministère public s'attache ainsi le plus souvent à démontrer que cette dernière avait adopté des attitudes qui transgressaient les normes de genre.

- 61 Enfin, les arguments liés au rôle d'épouse sont également soulevés par la défense. L'avocat de Marie Vanderveygaert, accusée de l'assassinat de son mari, explique ainsi qu'elle s'intéressait aux questions financières de ce dernier pour l'alléger, pour le dégager de ses soucis, et que c'était là simplement le fait d'une bonne épouse, d'une associée dévouée¹⁸⁴. On remarque donc que les attentes de la société – et donc des jurés – envers les accusées sont mobilisées tant par l'accusation que par la défense. En effet, si la transgression de certaines normes est pointée du doigt afin de faciliter une condamnation, la conformité à ces mêmes normes est soulignée afin d'alléger la peine, voire d'obtenir l'acquittement de l'accusée.

B. Les mœurs et relations sexuelles des accusées

- 62 Dans plus de la moitié des affaires d'homicide sur enfant, le ministère public souligne les mauvaises mœurs de l'accusée. Il relève ainsi que les accusées avaient un, plusieurs ou encore « de nombreux » amants ou qu'elles étaient les maîtresses d'hommes mariés¹⁸⁵. De Marie Colette Haemelinck, il est dit qu'elle a attribué la paternité de son enfant à plusieurs hommes¹⁸⁶. À propos d'Euphémie Rigaux, le ministère public explique qu'elle était « de mœurs légères » et paraissait, « quoique jeune encore, avoir eu plusieurs amants », qu'elle aimait le plaisir et qu'après son crime, « reprenant d'anciennes habitudes, elle allait à Gembloux, danser dans un cabaret »¹⁸⁷. Il est soutenu que la conduite de Cécile Loor n'a pas toujours été exempte de reproches et qu'elle rentrait fort tard chez elle, « parfois à deux ou trois heures de la nuit »¹⁸⁸. Quant à Augustine Devezon, l'accusation souligne qu'entre la perpétration de son crime et son arrestation, elle a passé toutes les nuits « avec un individu dont elle avait fait la connaissance depuis une quinzaine de jours »¹⁸⁹. L'acte d'accusation concernant Marie Mathilde Ruts énonce que l'accusée avait une moralité déplorable :

A l'époque où le crime a été commis, non seulement elle avait déjà eu deux enfants naturels provenant de ses rapports avec deux individus différents, mais elle entretenait aussi des relations avec un homme marié, père de 5 enfants [...] Elle s'est accouchée d'un troisième enfant [...] a encore eu pour amant un autre individu¹⁹⁰.

- 63 Les relations sexuelles des accusées sont au contraire soulignées par la défense pour démontrer leurs bonnes mœurs. L'avocat d'Augustine Devezon précise ainsi que sa cliente, accusée du meurtre de sa fille de quatre mois, n'avait « pas de mauvais instincts »¹⁹¹. Il ajoute qu'elle n'était pas « une femme de mœurs faciles » et qu'elle était « innocente »¹⁹² lorsqu'elle connut son amant. Dans l'affaire Léontine Rivière, l'avocat s'attache à réfuter les témoignages accusant sa cliente d'avoir eu des « relations coupables »¹⁹³. Il conclut qu'il « ne reste donc rien des accusations émises contre l'accusée »¹⁹⁴. Outre le fait que l'on remarque, à travers ces arguments, l'importance accordée par la défense à convaincre le jury des bonnes mœurs des accusées, il en ressort également que les relations adultères constituent, bien plus qu'une faute, une importante transgression. En effet, l'avocat, après avoir insisté sur l'absence de relations coupables dans le chef de sa cliente, estime qu'il ne reste plus rien des accusations portées contre elle. Il en découle que cette dernière, jugée pour l'assassinat de son mari, est en outre jugée pour son infidélité à ce dernier. L'adultère de l'accusée

ne représente pas seulement une faute, il s'agit d'un chef d'accusation moral, qui vient s'ajouter au chef d'accusation pénal. Le ministère public déclare ainsi, dans l'affaire Marie Vanderveygaert, que si les jurés déclarent les accusés non coupables, ils donneront « une prime à l'adultère et à l'assassinat »¹⁹⁵.

- 64 Par ailleurs, dans les affaires d'homicide sur mari dans lesquelles l'accusée avait un ou plusieurs co-auteurs, elle est seule considérée comme l'instigatrice du crime. L'amant de Marie Vanderveygaert n'était ainsi, selon l'accusation « que l'instrument, non pas inconscient, mais faible » du crime¹⁹⁶. Maria Cochez n'a, quant à elle, pas tardé à prendre l'ascendant sur son jeune amant, qui n'avait que seize ans lorsqu'elle l'a rencontré¹⁹⁷ : elle a mis entre ses mains le revolver, elle l'a détourné et débauché¹⁹⁸. Dans ce dossier également, l'accusation condamne tant le crime que la relation entre l'accusée et son amant. Lorsque le co-auteur de l'accusée se trouve être son amant (réel ou présumé), elle est, en plus d'être décrite comme la tête pensante du crime, dépeinte comme une femme adultère qui se sert de son amant pour se débarrasser de ce que le ministère public qualifie d'« obstacle » dans le dossier de Maria Cochez : obstacle à une vie sans retenue, à une union possible avec son amant. C'est ainsi que, dans le même dossier, l'accusation ajoute encore : « Cette femme est coupable moralement et légalement »¹⁹⁹. Enfin, dans une affaire où l'accusée n'avait pas d'amant, celle de Marie Jacobs et de ses fils, Léon et Charles Bauwens, l'accusation insiste également sur le rôle central joué par l'accusée. Il est ainsi dit que « la grande coupable, c'est la mère »²⁰⁰, que c'est bien elle qui a commis le crime, avec la coopération de ses fils²⁰¹.

C. La réputation et les mœurs du mari victime d'homicide

- 65 Dans certaines affaires d'homicide sur mari, l'acte d'accusation souligne la mauvaise conduite qu'avait le mari de l'accusée avant l'homicide ou sa tentative²⁰². Le mari d'Anne-Sophie Van Hove la menaçait de mort et avait une conduite violente envers elle²⁰³ ; celui de Léontine Rivière ne subvenait pas aux besoins du ménage et ne s'occupait pas de l'éducation de ses enfants²⁰⁴ ; enfin, celui de Marie Tordeur était d'un caractère jaloux et emporté, il était brutal et violent et sa conduite morale laissait beaucoup à désirer²⁰⁵. En ce qui concerne ces deux dernières affaires, l'accusation s'attache cependant, dans son réquisitoire – c'est-à-dire lors de sa prise de parole en fin d'audience – à minimiser, voire à contredire les faits qu'elle énonce dans son acte d'accusation, en début d'audience. Concernant Léontine Rivière, le ministère public estime que le jury ne doit pas tenir compte des à-côtés du dossier, qu'il faut « se garder de l'histoire de la femme martyre, qui n'est qu'une pure légende »²⁰⁶. Pour ce qui est de Marie Tordeur et de son fils, co-accusé, ils ont tué le chef de famille « sans nécessité », poussés par des « sentiments mauvais »²⁰⁷. Notons néanmoins que l'accusation estime, dans cette affaire, que les circonstances du crime appellent en faveur des accusés « une large atténuation de responsabilité »²⁰⁸. Concernant une autre accusée, Marie Jacobs, qui allègue, ainsi que ses fils, co-accusés, que son mari était violent, le procureur général estime que nul n'a assisté à ces violences²⁰⁹. Il explique que la défense a exagéré tous les actes de brutalité attribués à la victime²¹⁰.
- 66 Anne-Sophie Van Hove et Léontine Rivière expliquent avoir commis leur crime en raison de l'infidélité de leur mari. Ces deux accusées se sont rendues elles-mêmes au commissariat afin de faire des aveux complets et circonstanciés, ce qui est souligné par le ministère public. Anne-Sophie Van Hove est décrite comme ayant été, au moment où

elle a surpris son mari sur le fait, émue et indignée²¹¹. Léontine Rivière a quant à elle été prise d'une « jalousie tyrannique »²¹² lorsqu'elle a soupçonné son mari d'entretenir une relation adultère. Dans le dossier de Rosalie Debroux, le ministère public ne semble pas admettre que l'infidélité du mari soit établie : l'accusée est décrite comme ayant un caractère emporté et étant d'une « jalousie excessive »²¹³.

- 67 On constate donc que, dans la majorité des affaires d'homicide sur mari, les accusées allèguent avoir subi des violences et/ou des infidélités²¹⁴. Le ministère public n'évoque ces dernières que dans certaines affaires, estimant qu'elles sont « exagérées » dans les autres. Lorsqu'il aborde ces violences et/ou infidélités, il remet ensuite en question leur véracité ou leur ampleur.
- 68 Enfin, notons que le comportement de la victime est également soulevé dans les affaires d'accusés d'homicide sur leur femme. Dans l'affaire Louis Van Hoorde, notamment, le ministère public anticipe l'argument du « crime passionnel » qui pourrait être soulevé par la défense. Il insiste ainsi sur les bonnes mœurs de la femme victime ; il explique que c'était une « brave femme », qu'elle n'était « pas de mauvaise réputation », qu'elle était « bonne ménagère » et, pour finir, que l'accusé n'avait « aucune raison de lui en vouloir »²¹⁵. En insistant sur le fait que la victime avait adopté un comportement en adéquation avec les attentes de la société, le procureur tente ainsi d'éviter que les jurés considèrent le crime comme acceptable²¹⁶.

D. L'irresponsabilité pénale

- 69 Dans la moitié des dossiers – homicides sur enfant et sur mari confondus – les avocats de la défense soulèvent des arguments liés à l'irresponsabilité ou à la responsabilité (très) limitée de leur cliente, peu importe que cette dernière ait fait l'objet d'un examen médico-mental, qu'elle ait été déclarée totalement ou partiellement responsable par les médecins légistes. Sont ainsi soulevés « l'état de trouble »²¹⁷ dans lequel se trouvait l'accusée à la suite de ses malheurs, l'irresponsabilité de l'accusée²¹⁸, la façon inconsciente dont l'accusée a agi²¹⁹, son état d'effolement²²⁰, sa pitoyable jeunesse et le fait qu'elle ait été contrainte par une force à laquelle elle n'a pas pu résister²²¹ ou encore son impulsivité et le fait qu'elle n'ait pas rencontré « le frein nécessaire »²²². En ce qui concerne Maria Cochez, dont le ministère public avait souligné l'immoralité²²³, son avocat plaide que c'est « une érotique » à la mentalité anormale. Il lit aux jurés des extraits d'ouvrages scientifiques expliquant l'état d'esprit de « ces êtres anormaux »²²⁴ et ajoute que sa cliente ne peut être déclarée juridiquement coupable²²⁵. Enfin, l'avocat de Léontine Rivière plaide que l'assassinat de son mari n'était que l'aboutissement normal de la jalousie, de l'énervement, du tempérament névropathique ainsi que de l'« état particulier » de l'accusée au moment des faits²²⁶. Cet état particulier désigne les menstruations de l'accusée. Dans le dossier de Marie Jacobs et ses fils co-accusés, l'avocat de la défense déclare que deux des sœurs des accusés, Louise et Justine Bauwens, ont également participé au crime et ont été déclarées irresponsables et internées :

Les accusés [sont] aussi fous que celles qui, pour ce motif, ont été internées. A qui donc fera-t-on admettre que Charles et Léon sont responsables alors que leurs sœurs ne le sont pas²²⁷?

Conclusion

- 70 Les rôles de genre dictés par la société patriarcale de la Belle Époque traversent tous les champs de la sphère publique et privée et pénètrent donc « naturellement » le domaine de la justice. Une importance significative est accordée à la réputation et aux mœurs des accusées par les différents acteurs de cette justice, tant durant l'enquête que pendant la phase de jugement.
- 71 Quelle que soit la situation maritale des accusées, leurs relations sexuelles font l'objet d'une attention particulière. Célibataires, on leur demande si elles ont un ou plusieurs amants, à d'autres on demande la fréquence de leurs rapports. Mariées, on cherche à savoir si elles sont infidèles. L'adultère est considéré, par les acteurs de la justice, comme la faute ultime : l'accusée qui a – réellement ou supposément – été infidèle à son mari a désobéi aux règles les plus essentielles de l'ordre des familles. Le ministère public requiert dans ce cas une condamnation tant pour le crime d'homicide que pour la faute adultère. À l'inverse, lorsque l'accusée allègue une infidélité dans le chef de son mari, ses dires sont discrédités ou elle est qualifiée de « jalouse tyrannique ». La qualité de victime du mari peut expliquer que le ministère public atténue ses écarts. Toutefois, en comparaison, dans les dossiers d'hommes accusés d'homicide sur leur femme jugée « mauvaise » ou « infidèle », une telle atténuation des fautes de la victime n'est pas constatée ; il arrive que le ministère public sollicite, au contraire, la clémence du jury envers l'accusé.
- 72 Outre la vie sexuelle des accusées, les qualités maternelles que l'on attend de ces dernières sont au cœur des recherches et des débats. Les dossiers d'homicide sur enfant laissent apparaître qu'il s'agit, tout comme l'infanticide, d'un crime propre à la domesticité. À côté des nombreuses autres similitudes entre ces deux crimes, nous avons souligné une différence majeure : tandis que, d'après les feuilles de renseignements, la réputation et les mœurs des accusées d'infanticide sont majoritairement bonnes, celles des accusées d'homicide sur enfant sont mauvaises. Ce contraste s'explique selon nous par le fait que, contrairement aux accusées d'infanticide qui ont commis leur forfait juste après la naissance de l'enfant, les accusées d'homicide sur enfant ont été mères pendant quelques jours, mois, voire années. Leur comportement envers leur enfant a donc été observé par leur famille, leur employeur, leurs voisins et voisines, leur amant, et bien d'autres témoins, que le juge a ensuite l'occasion d'auditionner concernant la conduite des accusées. Fréquenter un ou plusieurs amants, sortir danser le soir ou encore ne rendre que rarement visite à son enfant placé en nourrice sont tant d'éléments – consignés au dossier et exposés aux jurés – permettant de dresser le portrait d'une mère défaillante. Il est à cet égard parlant que la dernière femme exécutée de droit commun en Belgique soit une condamnée pour homicide sur enfant. Accusée d'avoir assassiné sa fille de deux ans en l'étouffant avec des morceaux de pain (après lui avoir notamment cassé les bras et brûlé le dos, les fesses et les pieds, durant les mois qui précédèrent), Euphrasie Deroux, servante et fileuse de 33 ans, a été guillotinée à Mons en 1846. Cette exécution appuie la thèse de l'impact, sur la condamnation, d'une réputation et de mœurs considérées comme mauvaises. En effet, aucune accusée d'infanticide – dont les dossiers révèlent que leurs réputation et mœurs sont considérées comme meilleures que celles des accusées d'homicide sur enfant – n'est exécutée après 1810.

73 Les comportements considérés comme témoignant d'une démission des rôles de mère et d'épouse ne sont, dans l'acte d'accusation, pas toujours mis en relation avec le mobile du crime. Il s'agit plutôt pour le ministère public de démontrer qu'outre la loi pénale, c'est la loi morale qui a été bafouée. Ainsi, au premier forfait vient s'en ajouter un second, lié à la transgression d'un rôle social, la transgression des attentes liées au genre féminin. Les éléments soulevés par la défense pour convaincre le jury de l'innocence de l'accusée appartiennent au même registre. Ainsi, l'avocat insiste sur les vertus maternelles de sa cliente ou souligne l'« innocence » de celle-ci, non quant à son crime, mais concernant ses mœurs. Se déroule par conséquent, en marge du procès pénal, un procès moral, qui ne concerne pas le crime de l'accusée, mais bien sa capacité à se conformer à son rôle de genre.

ANNEXES

Tableau récapitulatif

	Date de l'arrêt	Nom de l'accusée	Âge	Profession	Chef d'accusation	Verdict – peine
1	22/07/1871	Martin Melly	22 ans	Sans profession	Assassinat sur sa fille de 9 jours	Coupable de meurtre – 10 ans TF ²²⁸
2	28/07/1874	Verhaegen Marie Sidonie	20 ans	Servante	Tent. d'assassinat sur son fils d'une dizaine de jours	Coupable de tentative de meurtre – 6 ans de réclusion
3	03/11/1879	Van Hove Anne-Sophie	38 ans	Sans profession	Tent. d'assassinat sur son mari	Acquittement
4	19/01/1884	Vanderwaarden Anne	22 ans	Servante	Meurtre sur sa fille de 5 mois	Acquittement
5	28/07/1885	Haemelinck Marie Colette	32 ans	Servante	Assassinat de son fils de 11 jours	Acquittement
6	27/10/1885	Ruts Marie Mathilde	27 ans	Servante	Assassinat de sa fille de 18 mois	Coupable de meurtre – 10 ans TF
7	29/04/1890	Van Wymeersch Léonie	24 ans	Servante	Assassinat de son fils de 4 mois	Coupable d'assassinat – 15 ans TF

8	10/03/1893	Vander Elst Barbe	27 ans	Négociante	Assassinat de son fils de 3 ans	Coupable de meurtre – 12 ans TF
9	24/07/1893	Rigaux Euphémie	21 ans	Servante	Assassinat de son fils de 10 jours	Coupable de meurtre – 10 ans TF
10	23/10/1894	Verloo Marie Elodie	26 ans	Servante	Assassinat de son fils de 5 mois	Coupable de meurtre – 10 ans TF
11	23/01/1901	Loor Cécile Hubertine	21 ans	Servante	Assassinat de sa fille de 5 mois	Acquittement
12	29/01/1901	Debroux Rosalie	27 ans	Teinturière	Assassinat de son mari	Coupable de meurtre – 10 ans TF
13	03/05/1904	Tordeur Marie	48 ans	Ménagère	Assassinat de son mari	Acquittement
14	10/05/1904	Ronsen Marie	27 ans	Cabaretière	Meurtre de son mari	Coupable de meurtre – 20 ans TF
15	03/02/1906	Jacobs Marie	45 ans	Cultivatrice/ ménagère	Assassinat de son mari	Coupable d'assassinat – peine de mort
16	02/05/1906	Schelfhout Séraphine	24 ans	Servante	Assassinat de sa fille de 3 mois	Coupable de meurtre – 10 ans TF
17	08/03/1911	Devezon Augustine	19 ans	Servante	Meurtre de sa fille de 4 mois	Acquittement
18	22/06/1912	Vanderveygaert Marie	49 ans	Ménagère	Assassinat de son mari	Acquittement
19	19/12/1912	Cochez Maria	33 ans	Aubergiste	Assassinat de son mari	Coupable d'assassinat – peine de mort
20	29/07/1913	Rivière Léontine	42 ans	Tailleuse	Assassinat de son mari	Acquittement

NOTES

1. La province du Brabant comprend des espaces urbains (la capitale du pays) ainsi que des espaces ruraux (wallons et flamands) et connaît des crimes commis dans ses trois arrondissements judiciaires, à savoir Bruxelles, Louvain et Nivelles. L'activité de la cour d'assises du Brabant offre dès lors une bonne représentativité de la situation belge. Notons que la présente contribution s'inscrit dans une thèse en cours, provisoirement intitulée « Les violences intrafamiliales saisies par le droit et la justice dans la province du Brabant (1870-1914) ».

2. La Belle Époque, qui suit l'entrée en vigueur du Code pénal de 1867, voit tout d'abord la naissance d'importants mouvements féministes, mais également l'adoption des premières lois

protectrices des enfants. Elle est en outre marquée par le développement de la criminologie ainsi que des techniques de médecine légale.

3. Code pénal, art. 393 ancien et actuel. Ce crime était puni des travaux forcés à perpétuité.
4. Code pénal, art. 394 ancien et actuel. Les assassinats sont légalement définis comme étant les meurtres commis avec préméditation. Ce crime était puni de la peine de mort.
5. Code pénal, art. 51 ancien et actuel. La tentative de meurtre était punie des travaux forcés de 10 à 15 ans ou de 15 à 20 ans et la tentative d'assassinat était punie des travaux forcés de 15 à 20 ans ou à perpétuité.
6. Identifiés sur la base de : Inventaire des archives de la cour d'assises du Brabant (dossiers 1905-1950 et registres 1834-1954), Versement de 1998, Rôle des causes en état d'être jugées, 16 février 1834 – 16 juillet 1894, I39-370, 22 octobre 1894 – 31 décembre 1922, I39-371 et Minutes des arrêts et ordonnances, 1871 à 1941, I39-350 à 363.
7. M.-S. Dupont-Bouchat, « Victimes ou coupables ? La loi et la justice face à l'infanticide en Belgique au XIX^e siècle », *Femmes et justice pénale : XIX^e-XX^e siècles*, dir. C. Bard et al., Rennes, PUR, 2002, p. 75-96 ; R. Leboutte, « L'infanticide dans l'est de la Belgique aux XVIII^e-XIX^e siècles : une réalité », *Annales de démographie historique. Mères et nourrissons*, 1983, p. 163-192 ; C. Schoukens, *L'infanticide devant la Cour d'assises du Brabant au XIX^e siècle (1811-1914)*, Mémoire en histoire, UCL, 1994.
8. Code pénal, art. 396 ancien et actuel. L'infanticide est légalement défini comme le meurtre commis sur un enfant au moment de sa naissance ou immédiatement après. Ce crime était puni, selon les circonstances, comme meurtre (travaux forcés à perpétuité) ou comme assassinat (peine de mort).
9. Il importe de ne pas confondre l'infanticide et l'homicide sur enfant ; v. §10.
10. A. De Burchgraeve, *Le crime de sang à la cour d'assises de Brabant (1893-1913) : une histoire judiciaire, politique et médiatique*, Thèse en histoire, UCL, 2018.
11. Sans prétention d'exhaustivité : F. Chauvaud, « Le fantôme de crêpe et la femme à poigne. Veuves criminelles en cour d'assises (1880-1940) », *Sociétés & Représentations*, 46/2, 2018, p. 13-28 ; M.-Y. Crépin, « L'homicide du conjoint en Bretagne aux XVIII^e et XIX^e siècles : permanence d'un crime familial », *Annales de démographie historique*, 130/2, 2015, p. 51-68 ; G. Gagnon, « L'homicide conjugal et la justice française au XIX^e siècle », *Femmes et justice pénale : XIX^e-XX^e siècles*, dir. C. Bard et al., Rennes, PUR, 2002, p. 137-149.
12. A.-M. Sohn, *Chrysalides. Volumes I et II : Femmes dans la vie privée (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, Éd. de la Sorbonne, 1996.
13. Durant la même période devant la même cour, tous chefs d'accusation confondus, 1047 hommes sont jugés dans 836 affaires.
14. Les autres accusées comparaissent pour infanticide (26), vol et/ou le recel (22), incendie (16), avortement (14), empoisonnement ou sa tentative (11), distribution d'écrits contraires aux bonnes mœurs (11) et banqueroute (9). Le reste des accusées, moins nombreuses, sont jugées pour émission de monnaies d'argent contrefaites, recel de cadavres, contrefaçon, faux en écriture, fraude en matière électorale, calomnie ou encore délit de presse.
15. Ces homicides sont au nombre de 8.
16. Ces homicides sont au nombre de 4.
17. Les nom, profession, chef d'accusation, date de la décision, verdict et peine concernant ces 20 accusées sont repris dans un tableau récapitulatif, en annexe I.
18. Renseignements issus des « feuilles de renseignements » contenues dans chaque dossier.
19. 10 accusées sur 12.
20. La mort est causée par submersion dans 8 affaires sur 12. Deux homicides sont commis par étranglement/étouffement et dans deux autres cas, la mort est due à un abandon dans les latrines.
21. Dans 8 dossiers sur 12.

22. Dans 5 affaires sur 8.
23. V. M.-Y. Crépin, *op. cit.*, p. 52 et 57 et G. Gagnon, *op. cit.*, §12 pour des constats similaires respectivement en Bretagne et en Seine-Inférieure.
24. V. G. Gagnon, *op. cit.*, §35, qui souligne également l'usage du revolver pour l'homicide du conjoint en Seine-Inférieure, et M.-Y. Crépin, *op. cit.*, p. 54, qui, au contraire, remarque que cette arme est rarement utilisée dans ce contexte en Bretagne.
25. Dans 3 affaires sur 8.
26. C. pénal, art. 396 ancien et actuel.
27. 26 accusées (et 6 co-auteurs) comparaissent pour infanticide devant la cour d'assises du Brabant entre 1870 et 1914. Données issues des archives judiciaires suivantes : Inventaire des archives de la cour d'assises du Brabant (dossiers 1905-1950 et registres 1834-1954), Versement de 1998, Rôle des causes en état d'être jugées, 16 février 1834 – 16 juillet 1894, I39-370, 22 octobre 1894 – 31 décembre 1922, I39-371 et Minutes des arrêts et ordonnances de la cour d'assises, sessions 1871 à 1941, I39-350 à 363.
28. La moyenne d'âge des accusées d'infanticide est de 24 ans, tout comme celle des accusées d'homicide sur enfant.
29. Elles ont donc commis leur crime sur un enfant illégitime, de même que les accusées d'homicide sur enfant.
30. 9 sur 26 accusées d'infanticide sont servantes.
31. C. Schoukens, *op. cit.*, p. 111, 122 et 135 ; v. R. Leboutte, *op. cit.*, p. 181, pour un constat similaire concernant les accusées d'infanticides à Liège aux XVIII^e et XIX^e siècles.
32. Archives de l'État à Forêt [désormais « AEF »], cour d'assises du Brabant [désormais « C. ass. Brabant »], 1284.
33. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
34. AEF, C. ass. Brabant, 1168.
35. AEF, C. ass. Brabant, 1021. Nous mettons en italique.
36. AEF, C. ass. Brabant, 1168.
37. AEF, C. ass. Brabant, 1238.
38. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
39. AEF, C. ass. Brabant, 1353.
40. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
41. AEF, C. ass. Brabant, 1160.
42. Pour une conclusion similaire en ce qui concerne les pleurs relevés par les magistrats auprès des mères infanticides en France aux XIX^e et XX^e siècles, v. A.-M. Sohn, *op. cit.*, chap. 1, §47.
43. AEF, C. ass. Brabant, 1353.
44. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
45. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
46. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
47. AEF, C. ass. Brabant, 1353. Nous mettons en italique.
48. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309. Nous mettons en italique.
49. *Ibid.* Nous mettons en italique.
50. *Ibid.*
51. *Ibid.*
52. À propos de cette question contenue dans les feuilles de renseignements, v. M. Septon, *La femme criminelle et le poison. L'empoisonnement devant les cours d'assises en Belgique au XIX^e siècle*, Thèse en histoire, Marquette University, 1995-1996, p. 460. L'historienne relève très justement que l'association du concubinage et de la prostitution, leur juxtaposition sur le même niveau, reflètent l'état d'esprit qui correspond aux normes de l'époque.
53. Feuille de renseignements, contenue dans chacun des dossiers de notre corpus.
54. AEF, C. ass. Brabant, 1233.

55. *Ibid.*
56. *Ibid.*
57. AEF, C. ass. Brabant, 1160.
58. AEF, C. ass. Brabant, 1209.
59. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
60. AEF, C. ass. Brabant, 1021.
61. AEF, C. ass. Brabant, 1227.
62. AEF, C. ass. Brabant, 1353.
63. *Ibid.*
64. AEF, C. ass. Brabant, 1227.
65. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
66. *Ibid.*
67. *Ibid.*
68. AEF, C. ass. Brabant, 1209.
69. *Ibid.*
70. V., sur l'importance accordée par la société au comportement sexuel des jeunes filles et femmes en France, A.-M. Sohn, *op. cit.*, chap. 2, §39.
71. Rappelons que l'adultère de la femme – à savoir, les relations sexuelles entretenues avec une autre personne que son mari – était un délit punissable de trois mois à deux ans d'emprisonnement (Code pénal, article 387, abrogé en 1987). Ajoutons que l'adultère du mari – défini, de manière plus stricte, comme les relations sexuelles régulières entretenues avec une autre personne que sa femme dans la maison conjugale – était un délit punissable d'un mois à un an d'emprisonnement (Code pénal, article 389, abrogé en 1987).
72. AEF, C. ass. Brabant, 1233.
73. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
74. *Ibid.*
75. AEF, C. ass. Brabant, 1360bis.
76. AEF, C. ass. Brabant, 1298.
77. *Ibid.*
78. *Ibid.*
79. AEF, C. ass. Brabant, 1360bis.
80. AEF, C. ass. Brabant, 1357 à 1360.
81. 5 inculpées sur 8.
82. AEF, C. ass. Brabant, 1300.
83. AEF, C. ass. Brabant, 1298 ; AEF, C. ass. Brabant, 1357 à 1360.
84. AEF, C. ass. Brabant, 1360bis.
85. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
86. *Ibid.*
87. Le même constat est fait concernant les homicides du conjoint en Bretagne aux XVIII^e et XIX^e siècles. V. M. Y. Crépin, *op. cit.*, p. 54.
88. Pour le même constat concernant les accusées d'infanticide en Charente-Inférieure, v. C. Campodarve-Puente, « Les mauvaises mères à la campagne au XIX^e siècle (l'exemple de la Charente-Inférieure) », *Impossibles victimes, impossibles coupables : Les femmes devant la justice (XIX^e-XX^e siècles)*, dir. F. Chauvaud et G. Malandain, Rennes, PUR, 2009, §12.
89. AEF, C. ass. Brabant, 1160.
90. AEF, C. ass. Brabant, 1233.
91. *Ibid.*
92. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
93. *Ibid.*

94. AEF, C. ass. Brabant, 1233.
95. AEF, C. ass. Brabant, 1209.
96. AEF, C. ass. Brabant, 1168.
97. AEF, C. ass. Brabant, 1021.
98. *Ibid.*
99. AEF, C. ass. Brabant, 1061.
100. AEF, C. ass. Brabant, 1209.
101. *Ibid.*
102. *Ibid.*
103. AEF, C. ass. Brabant, 1160.
104. V. A.-M. Sohn, *op. cit.*, chap. 2, §55, qui conclut, de manière légèrement différente, qu'en France, aux XIX^e et XX^e siècles, la bonne mère est avant tout celle qui pourvoit aux besoins matériels de l'enfant.
105. C. Schoukens, *op. cit.*, p. 116.
106. Sur 12 dossiers, l'homicide sur enfant est qualifié d'infanticide par la police dans 9 dossiers, par le juge d'instruction dans 3 dossiers, par le bourgmestre dans 2 dossiers et par l'avocat général, le procureur général, le photographe judiciaire et le géomètre expert chacun dans un dossier différent.
107. AEF, C. ass. Brabant, 1126 ; AEF, C. ass. Brabant, 1300 ; AEF, C. ass. Brabant, 1381.
108. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
109. *Ibid.*
110. *Ibid.*
111. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
112. *Ibid.*
113. AEF, C. ass. Brabant, 1300.
114. AEF, C. ass. Brabant, 1283.
115. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
116. AEF, C. ass. Brabant, 1126.
117. Code pénal, art. 71.
118. V. à ce propos L. Guignard, « L'irresponsabilité pénale féminine et la figure de la femme folle », *Impossibles victimes, impossibles coupables : Les femmes devant la justice (XIX^e - XX^e siècles)*, dir. F. Chauvaud et G. Malandain, Rennes, PUR, 2009, p. 109-120 ; M. Renneville, *Crime et Folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*, Paris, Fayard, 2004.
119. Dans 3 des 12 dossiers d'homicide sur enfant et dans 3 des 8 dossiers d'homicide sur mari.
120. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
121. AEF, C. ass. Brabant, 1169 ; AEF, C. ass. Brabant, 1360bis.
122. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
123. *Ibid.*
124. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
125. V. A.-M. Sohn, *op. cit.*, chap. 8, §125, qui relève qu'en France, à la même période, 15 % des mères infanticides invoquent des arguments liés à la folie pour excuser leur crime.
126. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
127. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
128. V., sur la recherche des stigmates de dégénérescence en justice à Versailles, Rennes et Pau, L. Guignard, « Sonder l'âme des criminels : expertise mentale et justice subjective au tournant des années 1860 », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 22/1, 2010, p. 102.
129. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
130. *Ibid.*
131. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
132. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.

133. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
134. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
135. AEF, C. ass. Brabant, 1357 à 1360.
136. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
137. Le même constat est effectué par L. Guignard, « Les lectures de l'intériorité devant la justice pénale au XIX^e siècle », *Romantisme*, 141/3, 2008, p. 32.
138. AEF, C. ass. Brabant, 1353.
139. AEF, C. ass. Brabant, 1316.
140. *Ibid.*
141. *Ibid.*
142. Nous observons une grande similitude entre les termes employés par les médecins légistes dans les dossiers de notre corpus et les termes employés par les médecins légistes du Nord de la France et rapportés par L. Guignard, « L'irresponsabilité pénale féminine et la figure de la femme folle », *op. cit.*, §31.
143. V. M. Septon, *op. cit.*, p. 131, pour une observation similaire concernant les femmes et hommes accusés d'empoisonnement en Belgique au XIX^e siècle. L'historienne souligne que, dans les rapports des médecins légistes, l'hystérie est un terme employé concernant les femmes accusées, tandis que les hommes accusés sont plutôt qualifiés de « dégénérés » ou d'alcooliques.
144. AEF, C. ass. Brabant, 1357 à 1360.
145. AEF, C. ass. Brabant, 1126.
146. AEF, C. ass. Brabant, 1381. Nous mettons en italique.
147. M. A. Hamon, « Cinquième leçon sur la responsabilité », *J. T.*, 1897, n° 1316.
148. S. Icard, *La femme pendant la période menstruelle : étude de psychologie morbide et de médecine légale*, Paris, F. Alcan, 1890, p. 70 et 164.
149. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
150. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
151. *Ibid.*
152. *Ibid.*
153. AEF, C. ass. Brabant, 1353.
154. Le système de la cour d'assises étant basé sur l'oralité, les dossiers des accusées ne contiennent – mis à part le procès-verbal d'audience et l'acte d'accusation du ministère public – que peu d'informations relatives à l'audience. Il est dès lors nécessaire de se référer à la presse afin de connaître le contenu des débats. Les journalistes n'ont pas mis par écrit l'intégralité de ceux-ci ; des choix ont été opérés quant aux éléments à intégrer dans le journal et le style journalistique influe sur le vocabulaire employé.
155. AEF, C. ass. Brabant, 1021 ; AEF, C. ass. Brabant, 1061.
156. *L'Indépendance Belge*, 24 juillet 1893, p. 2.
157. AEF, C. ass. Brabant, 1233.
158. *Le Peuple*, 10 mars 1893, p. 3.
159. AEF, C. ass. Brabant, 1168.
160. AEF, C. ass. Brabant, 1227.
161. AEF, C. ass. Brabant, 1233.
162. AEF, C. ass. Brabant, 1209.
163. AEF, C. ass. Brabant, 1227.
164. *L'indépendance Belge*, 28 juillet 1893, p. 2.
165. AEF, C. ass. Brabant, 1227.
166. *L'Echo du Parlement*, 20 janvier 1884, p. 2.
167. *La Dernière Heure*, 9 mars 1911, p. 1.
168. Dans 4 dossiers sur 8.
169. AEF, C. ass. Brabant, 1126.

170. *Ibid.*
171. *Ibid.*
172. AEF, C. ass. Brabant, 1283.
173. Dans sa thèse portant sur les crimes de sang jugés devant la cour d'assises du Brabant, A. De Burchgraeve, *op. cit.*, a étudié les meurtres, assassinats, parricides, infanticides et tentatives de ces crimes jugés devant cette cour entre 1893 et 1913. Elle recense 22 accusées et 148 accusés. Parmi ces derniers, 35 sont accusés de meurtre, d'assassinat (ou de leur tentative) sur leur femme.
174. *Ibid.*, p. 199, citant *Het Nieuws van de Dag*, 30 novembre 1907.
175. *Ibid.*, citant *Het Nieuws van de Dag*, 16 juin 1909.
176. *Ibid.*, citant *Le peuple*, 20 décembre 1899.
177. L'historienne A. De Burchgraeve estime que la demande de clémence émanant du ministère public constitue une stratégie pour emporter une condamnation (il rappelle en effet dans chaque affaire que le meurtre est un geste inacceptable). Il est vrai que le jury est plus enclin à déclarer coupables les accusés jugés « moralement bons » s'il a le sentiment que la cour ne prononcera qu'une faible peine. Nous constatons toutefois que les trois accusés précités ont été acquittés.
178. AEF, C. ass. Brabant, 1308 et 1309.
179. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
180. *Ibid.*
181. V. à ce propos R. Beauthier, *Le secret intérieur des ménages et les regards de la justice. Les relations personnelles entre époux en Belgique et en France au XIX^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; V. Vanneau, *La paix des ménages. Histoire des violences conjugales, XIX^e-XXI^e siècle*, Paris, Anamosa, 2016.
182. V. à ce propos M.-A. Sohn, *op. cit.*, chap. 4, §37.
183. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
184. *La Dernière Heure*, 21 juin 1912, p. 1.
185. V., pour un constat similaire concernant les accusées devant la cour d'assises d'Ille-et-Vilaine, L. Guignard, « L'irresponsabilité pénale féminine et la figure de la femme folle », *op. cit.*, §20.
186. AEF, C. ass. Brabant, 1168.
187. AEF, C. ass. Brabant, 1227.
188. AEF, C. ass. Brabant, 1284.
189. AEF, C. ass. Brabant, 1353.
190. AEF, C. ass. Brabant, 1169.
191. *La Dernière Heure*, 9 mars 1911, p. 1.
192. *Ibid.*
193. *La Dernière Heure*, 30 juillet 1913, p. 2.
194. *Ibid.*
195. *La Dernière Heure*, 20 juin 1912, p. 1.
196. *Ibid.*
197. AEF, C. ass. Brabant, 1360bis.
198. *La Dernière Heure*, 20 décembre 1912, p. 2.
199. *Ibid.*
200. *Le Journal de Bruxelles*, 7 février 1906, p. 3.
201. *Ibid.*
202. Dans 3 dossiers sur 8.
203. AEF, C. ass. Brabant, 1126.
204. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
205. AEF, C. ass. Brabant, 1300 ; *Le Soir*, 4 mai 1904, p. 3.
206. *La Dernière Heure*, 30 juillet 1913, p. 2.
207. *Le Soir*, 4 mai 1904, p. 3.

208. *Ibid.*
209. *Le Soir*, 1^{er} février 1906, p. 3.
210. *Le Journal de Bruxelles*, 7 février 1906, p. 3.
211. AEF, C. ass. Brabant, 1126.
212. AEF, C. ass. Brabant, 1381.
213. AEF, C. ass. Brabant, 1283.
214. Dans 5 dossiers sur 8.
215. A. De Burchgraeve, *op. cit.* p. 193-194, citant *L'Indépendance Belge*, 15 mai 1904
216. *Ibid.*, p. 194.
217. *L'Etoile Belge*, 24 juillet 1871, p. 3.
218. *La Réforme : organe de la démocratie libérale*, 29 juillet 1885, p. 2 ; *La Réforme : organe de la démocratie libérale*, 11 mars 1893, p. 3 ; *Le Journal de Bruxelles*, 7 février 1906, p. 3.
219. *Le Journal de Bruxelles*, 28 octobre 1885, p. 3.
220. *L'Indépendance Belge*, 24 juillet 1893, p. 2 ; *La Dernière Heure*, 9 mars 1911, p. 1.
221. *La Dernière Heure*, 9 mars 1911, p. 1.
222. *Ibid.*
223. *La Dernière Heure*, 20 décembre 1912, p. 2.
224. *Ibid.*
225. *Ibid.*
226. *La Dernière Heure*, 30 juillet 1913, p. 2.
227. *Le Journal de Bruxelles*, 7 février 1906, p. 3.
228. Travaux forcés.

RÉSUMÉS

Entre 1870 et 1914, devant la cour d'assises du Brabant, douze femmes sont accusées d'homicide sur enfant et huit sont accusées d'homicide sur mari. Tant durant l'enquête que durant le procès, les acteurs de la justice accordent une grande importance aux mœurs et à la réputation des accusées, en prenant notamment en compte des éléments ayant trait à leurs relations sexuelles et leur (in)fidélité, leur rôle d'épouse et leurs vertus maternelles.

Between 1870 and 1914, before the Assize Court of Brabant, twelve women were accused of child homicide and eight were accused of homicide of their husband. Both during the investigation and the trial, the actors in the justice system gave great importance to the morals and reputation of the accused, taking into account, in particular, elements relating to their sexual relations and their (in)fidelity, their role as wife and their maternal virtues.

INDEX

Mots-clés : femmes, homicide intrafamilial, morale sexuelle, réputation, Brabant (Belgique), Belle Époque, biais de genre

Keywords : women, intrafamilial homicide, sexual morality, reputation, Brabant (Belgium), Belle Époque, gender bias

AUTEUR

MATHILDE VAN ACKERE

Université Libre de Bruxelles

Centre d'histoire du droit et d'anthropologie juridique

Juger en homme(s)

Les appels à la virilité des jurés dans les procès capitaux durant la III^e République

Nicolas Picard

- 1 Jusqu'à l'après-Seconde Guerre mondiale, en France, la justice a été rendue exclusivement par des hommes : l'historiographie de la répression de la criminalité et des déviances féminines a, depuis longtemps, remis en cause la fiction de juges qui seraient aussi bien non-genrés qu'aveugles au genre, et insisté sur le traitement pénal spécifique réservé aux femmes selon les lignes de représentations masculines « paternalistes », « patriarcales » ou « chevaleresques »¹. Ces représentations sont souvent déduites des propos émis par les magistrats dans leurs actes de procédure, ainsi que dans les procès, au sujet des femmes (ou des minorités de genre ou d'orientation sexuelle). Elles peuvent aussi ressortir de la comparaison statistique des verdicts touchant différentes catégories de criminels pour une qualification donnée. Si les représentations de genre des magistrats sur les justiciables sont relativement documentées, cela est moins le cas des discours émis en direction de ceux appelés à juger en matière pénale.
- 2 Parmi eux, on peut distinguer les magistrats professionnels d'une part, des jurés d'autre part, citoyens sélectionnés selon certains critères sociaux, moraux, voire politiques², pour être des juges temporaires dans le cas des affaires criminelles. Le tirage au sort implique certes une part d'aléatoire mais les procédures d'inscription sur les listes de jurés introduisent une certaine homogénéité sociale. Appartenant à la catégorie des électeurs sous les monarchies censitaires, et donc à la fraction la plus aisée de la population³, les jurys ne sont que très imparfaitement démocratisés par l'établissement du suffrage universel. Sous le Second Empire, les maires présélectionnant les jurés restent nommés par les préfets et même lorsque la démocratie municipale est établie, ils se chargent d'écarter des listes les éléments les moins « fiables » de leurs communes, prenant en compte le degré d'instruction et la « moralité »⁴. « Historiquement, le jury français a été dominé par les propriétaires et surtout les “travailleurs indépendants”, de sexe masculin, d'âge mûr, chefs de famille »⁵. Cette mise en avant des « chefs de famille » pourrait s'inscrire dans la logique de la valorisation, par le Code civil, du bourgeois « bon père de famille »⁶. S'y

ajoutera, comme nous le verrons, une dimension faisant référence à la figure du citoyen-soldat, alors que le service militaire devient, pour les hommes, un rite de passage obligé d'accession à l'âge adulte⁷.

- 3 Aux juges comme aux jurés sont adressés, suivant les occasions, des conseils faisant appel, plus ou moins directement, à la « virilité »⁸, ou en tous les cas à des valeurs considérées aux xix^e et xx^e siècles comme typiques de la virilité, comme la « fermeté », la dureté, mais aussi le sang-froid, la rationalité, le rejet de la « sensiblerie », de l'émotion... Le corps des magistrats a fait l'objet de quelques travaux ayant permis d'esquisser ses « valeurs », même si la question du genre y est rarement frontalement traitée⁹. Quant aux jurés, les études permettant de fixer leur portrait social discutent de la façon dont cette sociologie influence certains traits, comme leur caractère « galant et propriétaire »¹⁰, impitoyables sur les questions d'argent mais sensibles face aux crimes passionnels¹¹. Si leur caractère masculin est depuis longtemps mis en avant pour expliquer certaines décisions vis-à-vis des femmes accusées¹², l'exploration des injonctions à la virilité et de leurs conséquences sur leur attitude vis-à-vis des différents types de masculinités est moins avancée.
- 4 Alors que les magistrats font l'objet d'injonctions mettant l'accent sur leur virtuosité technique, leur obéissance et leur dignité¹³, les propos adressés aux jurés relèvent d'autres enjeux, liés à leur caractère profane, ce qui les rend d'emblée suspects de rendre des verdicts inadéquats, sapant l'efficacité de la répression criminelle. Malgré les critiques contre le système du jury, l'enracinement des valeurs républicaines à la fin du xix^e siècle justifie le maintien, voire l'extension de ses droits¹⁴. L'évolution des injonctions à la virilité adressées aux jurés s'inscrit dans un temps long, de la Révolution à nos jours mais la III^e République apparaît comme un moment particulier de ce point de vue. En effet, Anne-Marie Sohn situe à la fin du xix^e siècle le moment progressif de basculement entre deux régimes de masculinité, l'un, fondé sur la manifestation de la force, une forme de virilité tapageuse, désordonnée, l'autre, sur la maîtrise de soi, le sang-froid, la capacité à décider et diriger¹⁵. La III^e République est aussi importante à bien d'autres égards, dans l'évolution des rapports de genre qui s'y déroule, qu'il s'agisse de l'émergence de mouvements politiques féministes importants et divers¹⁶, d'une certaine émancipation économique et sociale des femmes¹⁷, comme d'un « trouble dans le genre » brouillant les frontières de la masculinité et la féminité et inquiétant certains esprits¹⁸.
- 5 Dans la mise en œuvre des vertus civiques¹⁹, les procès criminels permettent de mobiliser des discours et des représentations des caractéristiques viriles attendues de la part d'un citoyen, qui ne doit pas faiblir dans son devoir de juge. Bien que ne concernant, de fait, qu'une infime minorité, ces qualités peuvent être mises en regard de ce qui est aussi attendu du plus grand nombre en tant que soldats potentiels, devant être prêts à protéger les faibles et à donner la mort, alors que la conscription devient un passage obligé. Nulle part, en effet, ces appels à la virilité ne se donnent mieux à voir que dans les affaires où la peine capitale est encourue : comme sur le champ de bataille, comme lors des duels, comme, aussi, lors de l'exécution publique²⁰, la vie et la mort sont alors en jeu, ce qui constitue le véritable test de la capacité à agir « en homme »²¹.
- 6 Cette contribution entend ainsi relier les valeurs morales et civiques exigées des jurés à leur dimension virile, conçue comme une exigence spécifique liée à la masculinité, et montrer l'ancrage genré donné à l'acte de juger, en mobilisant divers types de sources, allant des textes législatifs à la presse, évoquant ou contenant des éléments de

recommandation vis-vis des jurés ou des réflexions sur les attitudes dont ils doivent faire preuve. Les manuels rédigés à destination des jurés, voire des juges professionnels, participent de ces « littératures populaires du droit »²² par lesquelles les citoyens s'informent et s'emparent des notions juridiques. Ces injonctions sont aussi orales : pour saisir les formules contenues dans les plaidoiries et réquisitoires, et malgré les risques de réécriture postérieure et d'invention, on peut se rapporter aux chroniques judiciaires et aux recueils (notamment la collection de la *Revue des grands procès contemporains*)²³. Par ailleurs, la presse n'offre pas seulement un témoignage : elle est aussi le support de discours moraux et politiques sur les décisions des cours d'assises. Enfin, les propositions de loi et d'articles posant la question de la féminisation des jurys, et leurs commentaires dans la presse, donnent également des indications sur les qualités genrées attendues des jurés.

- 7 Dans un premier temps sera examinée la façon dont les injonctions à la virilité se sont exercées envers les jurés, en parallèle de la construction d'un modèle de citoyen courageux et humain. Le jugement rationnel et éclairé a ainsi longtemps été considéré comme un apanage des citoyens actifs, et donc d'abord des hommes. Cependant, ces jurés sont aussi soumis à de vives attaques, tenant à leur caractère émotionnel et imprévisible. Ils seraient, notamment, particulièrement déstabilisés par le fait de devoir juger des accusées, montrant une asymétrie nuisible au bon exercice de la justice. Les questions soulevées par l'ouverture des jurys aux femmes, débat engagé dès la fin du xix^e siècle, permettent de relire en creux ce que l'on reproche et ce que l'on espère des hommes. Les critiques touchant à l'insuffisante virilité des jurés seront ainsi étudiées dans un deuxième temps.

I. Fermeté et courage : les injonctions à la virilité des jurés

- 8 La « fermeté » apparaît comme l'une des vertus cardinales du juré depuis la promulgation du Code pénal : elle va de pair avec la sévérité ainsi qu'avec le modèle viril de maîtrise de soi valorisé par la bourgeoisie émergente au xix^e siècle (A). Le renforcement concomitant de la démocratie et de la conscription, toutes deux réservées aux hommes, conduit par ailleurs à confondre vertus civiques et vertus militaires, le courage attendu des jurés pouvant être mis en regard de celui attendu des conscrits (B). Ces qualités viriles sont ainsi mobilisées dans les discours des avocats généraux, comme dans ceux des avocats de la défense, qu'il s'agisse de châtier sans ménagement ou à l'inverse de résister aux impulsions de la clameur publique (C).

A. La fermeté, valeur centrale du serment judiciaire

- 9 L'instauration du principe du jury en matière criminelle par l'Assemblée nationale, en 1791, constitue une nouveauté dans un pays où l'exercice de la justice était jusqu'alors réservé à une élite²⁴. Il suscite cependant assez rapidement la méfiance quant aux capacités des citoyens à assumer de telles fonctions. Malgré cela, ce principe est conservé par le Code d'instruction criminelle napoléonien. La « fermeté » apparaît alors comme un élément essentiel de la conduite des jurés, et figure dans le serment judiciaire²⁵ que ces derniers doivent prêter :

Vous jurez et promettez, devant Dieu et devant les hommes, [...] de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre.

Outre le serment judiciaire lui-même, plusieurs types de discours écrits et oraux rappellent cette exigence, que ce soient dans les manuels rédigés à leur intention, les admonestations préalables des présidents des assises, les réquisitoires ou les plaidoiries. Tout au long du xix^e siècle, cette exigence de fermeté est ainsi mise en avant dans les manuels visant à vulgariser la procédure en cours d'assises²⁶. Elle l'est d'autant plus que le jury criminel a pu faire l'objet de campagnes de presse lui reprochant son indulgence excessive, sa mollesse dans la répression du crime, conséquence de son caractère émotif et impressionnable, conséquence aussi, même si cela n'est pas toujours clairement formulé, de sa relative démocratisation sous la III^e République²⁷.

- 10 Si les républicains tiennent bon et défendent le principe libéral du jury, encourageant aussi son ouverture aux classes populaires, cela va de pair avec le maintien d'un discours incitant à la responsabilité et l'exercice de vertus civiques, des « qualités que l'on est en droit d'exiger des jurés »²⁸. Les citoyens en quête d'un modèle peuvent ainsi lire en 1887 : « Ce juré devra être par conséquent calme et fort : calme pour maîtriser ses émotions, ses sentiments ; fort pour ne pas hésiter un seul instant devant l'application du châtement parfois terrible, mais raisonnable et devenu nécessaire »²⁹. En 1913, un autre auteur écrit : « ils n'en doivent pas moins juger, c'est-à-dire statuer en conciliant leurs sentiments de pitié avec la fermeté qu'exige leur devoir social »³⁰. Et gare à ceux qui prendraient à la légère ce devoir : un manuel n'hésite pas à prédire que « si le Jury n'a ni mœurs, ni conscience, l'on peut affirmer que la société qu'il représente, tombera inévitablement dans un état de désorganisation et d'anarchie [...] »³¹. Certes, il ne faut pas verser dans la férocité propre aux foules réclamant la mort, et l'humanité, la clémence, font aussi partie des vertus attendues, mais il n'est pas question de trembler devant la perspective de retrancher, temporairement ou définitivement, un individu de la société. Le rappel de cette injonction ne s'arrête pas aux frontières du monde judiciaire, mais est repris par l'ensemble des médias, comme le souligne André Gide dans ses *Souvenirs de cour d'assises*. Il relève que ses collègues sont « déterminés à se montrer très sévères [...] “Surtout pas d'indulgence”, c'est le mot d'ordre, soufflé par les journaux ; ces messieurs les jurés représentent la Société et sont bien décidés à la défendre »³². Il les montre plus loin affolés par un article de presse flétrissant l'indulgence de leurs confrères de Paris, accusés d'avoir subi un « accès de niaise sentimentalité » et d'avoir manqué à leur devoir³³.
- 11 Or la fermeté est à cette époque incontestablement une qualité essentiellement virile, ne serait-ce que d'un point de vue purement physiologique et sexuel³⁴. Les autres qualités exigées des jurés, devant permettre d'assurer leur « capacité morale » et leur « capacité intellectuelle », sont, elles aussi, fréquemment associées à la virilité, plus exactement à la virilité bourgeoise³⁵. La qualité de juré étant liée à celle d'électeur, elle était jusqu'en 1848 réservée à une petite fraction de notables. L'établissement du suffrage universel masculin n'ébranle cependant pas le système : en effet, du fait des multiples critiques formulées d'emblée contre le comportement inconséquent des jurys, l'administration royale procédait déjà à une sélection permettant de corriger les effets indésirables du tirage au sort. En 1872, un député orléaniste rappelle, parlant des magistrats présidant à l'établissement des listes de jurés : « la première condition qui

s'impose à eux, c'est de n'appeler aux fonctions de juges que ceux qui, par leur intelligence et leur fermeté, sont capables de les remplir »³⁶. Même conseil de la part de Charles Berriat Saint-Prix, qui recommande ainsi aux magistrats chargés d'établir les listes : « il faut qu'aucun doute ne plane sur sa probité et sur son indépendance, sur la sûreté de son jugement et la FERMETÉ de son caractère »³⁷.

- 12 Alors que la démocratisation des jurys est un objectif recherché au cours du xx^e siècle, avec l'envoi, à certains moments, de circulaires par des ministres de la justice soucieux d'élargir le recrutement à de nouvelles catégories sociales³⁸, cela n'entame pas réellement le socle de qualités attendues. Ce n'est qu'en 1980 qu'une réforme modifie plus abruptement le système de sélection des jurés, afin de faciliter leur rajeunissement et leur féminisation. Le serment des jurés, bien qu'il ait été modernisé en 1972 dans le but de supprimer notamment la référence religieuse, continue aujourd'hui de contenir la formule sur « l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre ». En 1997, des sénateurs socialistes avaient bien essayé de modifier la formule en « à une femme ou à un homme », puis en « toute personne »³⁹. L'amendement, défendu notamment par Robert Badinter, soulignant l'importance alors accordée au thème de la parité dans le débat intellectuel et politique, fut adopté par le Sénat le 26 mars 1997, contre l'avis de Jacques Toubon, ministre de la Justice, soutenant que le terme « homme » devait ici être entendu dans son sens universel⁴⁰. Cet amendement a finalement disparu lors de la navette parlementaire, et les femmes jurées jugent toujours aujourd'hui « en homme ».

B. Le courage du juré en regard du courage militaire

- 13 Il n'est pas anodin que ces discours à destination des jurés masculins se développent en parallèle de la généralisation de la conscription⁴¹. Ethos judiciaire et ethos militaire partagent un certain nombre d'éléments communs. Alain Bancaud, dans l'étude qu'il a consacrée à l'« habitus » des hauts magistrats, montre les affinités que l'on peut établir entre l'état d'esprit des hauts magistrats et celui des prêtres, obéissant à une loi perçue comme transcendante⁴². Il souligne aussi, au détour d'une page, que « le sens du devoir du haut magistrat est celui du desservant mais a également quelque chose de militaire. Comme on peut le lire parfois dans les discours d'hommage, le juge ne "déserte" pas, "ne se dérobe pas" ; quoi qu'il pense, il fait face aux obligations que ses chefs ou les autorités d'Etat lui désignent ou lui assignent »⁴³. Alain Bancaud revient assez vite au rapprochement dressé avec les fonctions sacerdotales, tout en montrant, plus loin, l'identification du « magistrat quittant sa charge, pour cause de désaccord avec le Prince, au déserteur »⁴⁴.
- 14 C'est le parallèle entre le juré et le militaire que nous entendons dresser ici, plutôt que celui relatif au sacerdoce, d'une part parce que les jurés, en tant que profanes, n'ont pas le caractère d'initiés que revêtent les magistrats et les prêtres, d'autre part parce que la virilité des prêtres n'apparaît pas aussi certaine que celle des militaires, du moins à l'époque contemporaine⁴⁵. Un autre élément pousse à ce rapprochement : la généralisation du service militaire finit d'identifier la catégorie des citoyens à celle des soldats. Les inégalités vis-à-vis du service sont progressivement supprimées par la III^e République, jusqu'à la loi Berteaux de 1905, qui fixe le cadre pour une bonne partie du xx^e siècle⁴⁶. Vertus militaires et vertus civiques ne vont pas forcément de pair, comme le montrent les nombreuses critiques envers la façon dont les conscrits sont

traités par des sous-officiers qui ne voient pas toujours en eux les citoyens libres et éduqués de la République⁴⁷. Néanmoins, plusieurs points de rapprochement peuvent être évoqués.

- 15 En effet, dans le « modèle militaro-viril »⁴⁸ qui s'élabore au XIX^e siècle, les qualités requises pour être un bon soldat, voire un bon officier, correspondent étroitement à celles qui sont nécessaires pour assumer avec justesse son devoir de juré. Certes, dans le cadre du procès, l'accusé ne représente pas une menace directe pour les jurés, contrairement à l'ennemi pour les soldats⁴⁹. Mais de manière plus générale, pouvoir frapper un criminel d'une sentence impitoyable n'en nécessite pas moins une forme de courage :

En cette minute d'une gravité quasi douloureuse pour chacun de nous, ma voix a tremblé d'émotion en vous dictant votre verdict, et mes paroles, au milieu de cet impressionnant silence, ont résonné comme un glas. Mais dans les cœurs d'une forte trempe il n'y a point de place pour la faiblesse et vous resterez inaccessibles aux supplications de Lisa Karl et de Clarisse [...] ⁵⁰.

Pour se montrer implacable, il ne faut pas hésiter à « fermer son cœur », à « envelopper [son] cœur d'une triple cuirasse d'airain »⁵¹, à être « inexorable »⁵². Il ne faut pas se laisser impressionner par les descriptions terribles de l'exécution que prépare la défense : « Ayez du courage, soyez fermes. Sans doute, vous parlera-t-on de l'aube livide, de ces ténèbres à peine dissipées, qui font à l'échafaud une auréole sinistre. Soyez justes »⁵³. Pour cela, on n'hésite pas à mentionner leur rôle de père et d'époux : « Vous tous qui avez femme et enfants, vous qui les aimez de toute la force de votre être, sentez-vous l'horreur de nouvel assassinat ? »⁵⁴. Un « verdict de pitié » pourrait paraître « humain, sans doute », mais gare : « ce serait aussi un verdict dangereux, car il serait un verdict de défaillance »⁵⁵. Si les jurés fléchissent, ils risquent d'être marqués par une infamante accusation : la lâcheté⁵⁶.

- 16 La lâcheté, voilà qui est fort peu viril... Un parallèle évident entre la fonction de juré et celle de soldat est que, dans les deux cas, on demande à l'homme de « défendre » la société ou la patrie. Or, « si l'on veut protéger, il ne faut pas de faiblesse. Quand on écrase la tête d'une vipère, on ne se préoccupe pas de savoir si on est juge, juré ou philanthrope »⁵⁷. De la même manière qu'un soldat qui flanche met en péril son unité, un juré qui fait preuve de « faiblesse » commet non seulement une erreur de jugement, mais une faute quasi-criminelle : « N'oubliez pas qu'aux yeux des scélérats toute faiblesse est un encouragement et qu'en épargnant d'abominables criminels vous risquez de marquer pour la mort des victimes nouvelles »⁵⁸, ou encore « On s'est dit : je ne veux pas avoir sur les mains le sang de quelques scélérats ! Et on condamne à mort des centaines de victimes innocentes ; on prépare des hécatombes humaines ; on fait des veuves et des orphelins ! »⁵⁹. Un officier face à ses troupes n'aurait sans doute pas dit mieux.
- 17 Pour autant, il ne s'agit pas de verser dans la cruauté, la férocité : la condamnation, comme le combat, doit être livrée « sans haine, mais sans crainte »⁶⁰. Un avocat général précise : « je n'ai pas eu l'intention d'apitoyer vos cœurs et vos esprits, d'exciter en vos consciences un bas esprit de vengeance, mais de vous inspirer le caractère et la fermeté nécessaires pour prononcer un verdict sans pitié »⁶¹. La violence nécessaire qu'implique le vote de la culpabilité et le cas échéant, de la mort, doit ainsi être retenue, maîtrisée : punir n'est pas venger, la fermeté n'exclut pas forcément l'indulgence, et les avocats généraux prennent soin, bien souvent, de prononcer une gamme de peines acceptables, permettant de tranquilliser la conscience des jurés. Les manuels soulignent aussi

l'importance de tenir compte des éventuelles circonstances atténuantes, de se mettre à la place de l'accusé afin de comprendre au mieux son parcours et sa part de responsabilité. Cet autre type d'injonction correspond au nouveau modèle masculin qui, selon Anne-Marie Sohn, se diffuse au XIX^e siècle, fondé sur la réserve et la retenue⁶².

C. Faire appel aux qualités viriles dans l'arène judiciaire

- 18 Le fait que juges et jurés sont des hommes conduit les orateurs, qu'ils soutiennent la défense ou l'accusation, à postuler comme acquis un certain nombre de valeurs et de représentations. Dans l'arène judiciaire que constitue le procès d'assises, les différents acteurs s'emparent de ces discours afin d'en obtenir des effets concrets. L'injonction à la virilité apparaît comme une ressource dans les stratégies rhétoriques et argumentatives des différents intervenants. Si l'appel à la fermeté apparaît surtout comme l'apanage de l'accusation, les avocats de la défense n'hésitent pas à le mobiliser afin de contrecarrer l'entreprise adverse. Les stratégies évoluent selon la qualité des accusés comme des victimes, ainsi que selon le contexte médiatique de l'affaire.
- 19 La référence à la masculinité des jurés est notamment faite par la défense dans les affaires mettant en cause des accusées : « Voteriez-vous, hommes, la mort d'une femme ? »⁶³. Connaissant le paternalisme traditionnel en usage dans les prétoires, les avocats n'hésitent pas à rappeler à leurs auditeurs qu'ils ont à assumer une position « chevaleresque » de protection des femmes, fussent-elles impliquées dans des crimes. De fait, celles-ci bénéficient fréquemment de verdicts plus cléments que les hommes, même si plusieurs travaux permettent de montrer la complexité de ce qui se joue dans cette « protection »⁶⁴. De son côté, l'accusation (ou les avocats de la partie civile) utilise aussi la figure féminine pour susciter un réflexe de protection de la part des jurés mâles : « Mme Rumèbe tend vers vous ses voiles de crêpe, messieurs les jurés. Cette pauvre femme a touché le fond de la douleur humaine. La laisserez-vous désemparée et le criminel impuni ? »⁶⁵. Outre les femmes, d'autres types de victimes « vulnérables » sont spécialement désignées à l'attention des jurés : les enfants ou les personnes âgées. En infligeant de lourdes peines à leurs agresseurs, les jurés contribuent virilement au paternalisme de l'ensemble de l'institution judiciaire⁶⁶.
- 20 Outre l'attitude à adopter face aux femmes accusées de crimes, un autre cas de conscience pourrait ébranler les jurés : quelle part accorder à la conduite militaire des accusés dans le verdict ? Une solidarité masculine liée au passé militaire de l'accusé pourrait-elle jouer, les jurés étant potentiellement eux-aussi des anciens combattants sensibles à cet engagement et à ces valeurs guerrières ? La situation peut se présenter pendant la Belle Époque, face à des vétérans de la guerre franco-prussienne de 1870, voire à des anciens des guerres coloniales. Le passage d'anciens combattants aux assises se développe évidemment après la Première Guerre mondiale. La « solidarité des tranchées » tient-elle jusque dans le prétoire ? Il semble bien que non, et que la mention des services rendus à la patrie, utilisée pour se dédouaner d'une conduite infamante, aurait quelque chose d'impudent. Certes, à quelques occasions, des avocats tentent de fléchir la conscience des jurés en mettant en avant le dévouement patriotique, l'héroïsme passé des accusés, mais on ne trouve guère de formule jouant sur la connivence d'une éventuelle « camaraderie » de combat. Il faut de plus être assuré de ce dévouement à la patrie et au bien public : après la Seconde Guerre mondiale, nombre de criminels jouent de leur supposée appartenance à des groupes de

résistance souvent mal identifiés, comme le célèbre docteur Petiot. L'avocat des parties civiles, M^e Véron, s'emporte : « Ce n'est pas pour qu'un Petiot puisse se draper dans les plis du drapeau de la Résistance que 30000 des nôtres sont tombés »⁶⁷. En tous les cas, même en cas de mérites avérés, matérialisés dans des décorations, cela ne suffit pas toujours à éviter une condamnation à mort, les circonstances du crime l'emportant souvent sur des services rendus parfois assez anciens⁶⁸.

21 À l'ère de la « civilisation du journal »⁶⁹, le retentissement plus ou moins important d'un procès peut offrir l'occasion d'un autre usage rhétorique des qualités viriles. Fréquemment mis en avant par les avocats généraux, le courage des jurés peut aussi être mobilisé, *a contrario*, par les avocats de la défense qui dénonce la pression exercée par la foule et « l'opinion publique », féminisées et vilipendées comme des femmes de mauvaise vie⁷⁰. La phrase attribuée à Vincent Moro-Giafferi est devenue célèbre : « L'opinion publique, chassez-la, cette intruse, cette prostituée qui tire le juge par la manche »⁷¹. Elle fut d'ailleurs reprise, bien plus tard, par Paul Lombard lors du procès Ranucci⁷². Par contraste avec ces forces collectives gouvernées par l'émotion, par la haine aveugle, les jurés doivent affirmer leur intime conviction. Des avocats se moquent des parquetiers dénonçant les « verdicts de faiblesse », alors que le risque serait plutôt celui de « verdicts de panique »⁷³. Dans tous les cas, que cela soit en faveur ou contre l'accusé, c'est à la fermeté d'âme des jurés que l'on fait appel, afin de repousser la crainte du châtement comme celle de la clameur publique.

22 Si les injonctions sont si récurrentes, c'est que leur répétition semble nécessaire, non seulement parce que le jury est perpétuellement renouvelé, mais aussi parce que les sentiments de crainte ou de mollesse qu'elles visent à prémunir gouvernent trop souvent, au goût des observateurs, des décisions jugées aberrantes. Il faut dire que la tâche n'est pas aisée, alors que l'hydre de l'erreur judiciaire plane sur la justice de la III^e République : il n'y a « rien au monde de plus lamentable, ni de plus horrible qu'une erreur judiciaire » écrit ainsi Jules Simon en 1880⁷⁴. On peut comprendre que des hommes tirés, « l'un à sa boutique, l'autre à son atelier »⁷⁵ hésitent devant une mission qui effraierait même des magistrats professionnels. Il faut donc continuellement rappeler où se trouve leur devoir. Or, faire son devoir, c'est ce que trop souvent, hélas, le juré ne fait plus, comparable en cela à l'électeur abstentionniste ou au « mauvais treize-jours », c'est-à-dire au réserviste trainant des pieds pour accomplir son devoir militaire. La métaphore est ainsi filée dans un article du Figaro, en 1901 :

Considérons en effet ces derniers verdicts du jury parisien, qui ont paru si monstrueux, et qui ont alarmé l'opinion. Quelle en est la vraie cause ? Evidemment, une propension croissante du jury d'hommes à abdiquer son droit de frapper [...] Être juré, pour la plupart des contribuables, c'est une corvée, analogue à celle des treize jours, par exemple. [...] Comme de mauvais « treize jours », ils deviennent des tireurs au flanc de l'effort critique, de l'effort moral... Ils acquittent, comme le territorial paresseux se fait porter malade, - pour « couper » à la manœuvre, - comme l'électeur indifférent s'abstient... C'est si commode, l'acquittement ! [...] Ah ! elle n'est pas compliquée, la psychologie du juré parisien ; la veulerie et la « flème » (sic) en sont les ressorts amollis⁷⁶.

Le risque, pour le juré tire-au-flanc, a cependant peu de choses à voir avec une sanction dans le cadre de l'armée. Il s'agira d'une sanction essentiellement morale, d'une mauvaise conscience causée par le manquement à l'honneur, ce qui n'est pas pour rassurer les commentateurs alors que ce sentiment leur semble décliner, symptôme de la dévirilisation de la société⁷⁷.

- 23 Les discours tenus aux jurés participent donc à la construction d'une certaine masculinité citoyenne, qui emprunte à la fois à un modèle viril de manifestation de force liée à l'honneur, et à un autre de maîtrise des émotions. On entend qu'ils défendent, avec courage et résolution, la société (et notamment ses membres les plus faibles), contre les périls, qu'ils soient intérieurs, comme la criminalité, ou extérieurs, sur le champ de bataille. Ce projet achoppe cependant à la fois sur les insuffisances individuelles de nombreux jurés en regard de ce modèle, mais aussi sur les contestations multiples qui ne manquent pas de surgir alors que la société et les rapports de genre en son sein se transforment.

II. Les remises en cause de la virilité des jurés

- 24 De multiples critiques sont adressées aux jurés depuis la promulgation du Code pénal. Si toutes ne mettent pas frontalement en cause leur virilité, certains qualificatifs qui leur sont associés renvoient à un champ lexical de la faiblesse et de l'émotivité peu compatible avec les injonctions reçues (A). Les jurés sont aussi confrontés dans les salles d'audience à des discours mais aussi à des corps exposant des modèles de virilité alternatifs à celui du citoyen modéré, qui apparaissent comme une menace (B). Enfin, les propositions naissantes visant à intégrer les femmes aux jurys ouvrent de nouveaux enjeux, entre nécessaire complémentarité des sexes et une paradoxale revirilisation suscitée par la présence féminine (C).

A. Des jurés trop indulgents, trop émotifs

- 25 Comme le souligne la sociologue Raewynn Connell, le fait que « rares sont les hommes qui atteignent les standards normatifs » n'implique pas forcément de remise en cause de leur domination⁷⁸. Cependant, la « masculinité hégémonique »⁷⁹ défendue par des élites soucieuses d'éducation et de civilisation, qui correspond en large partie au registre viril de la force de caractère, se heurte à des discordances multiples, ouvrant le champ à la moquerie et au débat. Relevons qu'avant même l'élargissement théorique du recrutement des jurés à l'ensemble de la population masculine majeure, en 1848, les critiques fusaient déjà, de la part des magistrats, contre les insuffisances de jurés pourtant choisis dans une classe censitaire particulièrement resserrée. On reproche par exemple aux jurys, dès le début du XIX^e siècle, des « acquittements scandaleux » liés à certaines formes de masculinités. En effet, les jurés sont soupçonnés, d'une part, d'être trop protecteurs vis-à-vis des femmes accusées, d'autre part, d'être trop compréhensifs vis-à-vis des violences commises par des hommes quand celles-ci mettent en cause l'honneur⁸⁰. La démocratisation progressive de l'institution n'arrange pas les choses. Chez Bérard des Glajeux comme chez Bouchardon, le jury présente les mêmes défauts que le suffrage universel⁸¹. À les écouter, le jury est affecté de nombreuses tares, dont l'éventuelle lâcheté ou le caractère trop émotif, sensible, le manque de fermeté virile, ne seraient qu'un aspect finalement assez mineur. On y trouve surtout, « à doses égales, de la sottise, de la malfaisance et de la peur »⁸², l'institution « ne brille guère par le niveau intellectuel, le bon sens et le courage »⁸³.
- 26 L'image de jurés pusillanimes, impressionnables, émotifs, est mise en avant pendant la III^e République : « L'on ne peut se dissimuler que le jury ne fait pas toujours preuve de toute la fermeté désirable »⁸⁴, écrit ainsi Charles Berriat-Saint-Prix. Par lâcheté ou

sentimentalisme, ils ne montreraient pas la virilité nécessaire, par anxiété et crainte que la peine prononcée soit trop sévère, ou dans le cas de la peine de mort, pour ne pas avoir « du sang sur les mains ». Mais plus encore que cette sensiblerie, l'institution serait menacée par l'indifférence, la paresse et la mollesse : autant de caractéristiques qui épousent les évolutions des représentations de la virilité des classes bourgeoise et prolétaire, la bourgeoisie étant de plus en plus perçue comme une classe décadente⁸⁵.

- 27 Le manque de fermeté des jurys d'assises est par ailleurs donné comme l'une des justifications (le plus souvent implicite) des initiatives du parquet visant à requalifier certains faits afin de pouvoir les correctionnaliser et d'améliorer leur répression⁸⁶. C'est aussi l'un des arguments de la réforme du jury de 1932, qui permet aux jurés de délibérer de la peine avec la cour, afin d'éviter que la crainte d'une trop lourde peine non voulue n'entraîne le jury à nier certains faits contre l'évidence ; puis de celle de 1941, qui établit que la cour et les jurés délibèrent et votent ensemble également sur la culpabilité : il s'agit dans tous les cas de mesures présentées comme un moyen pour les jurés de mieux s'acquitter de leur devoir, d'être guidés plus fermement, en apaisant une conscience dont les débordements déréglaient la justice.

B. Les jurés confrontés à une polyphonie croissante des virilités

- 28 Les jurés doivent en quelque sorte incarner le modèle viril du citoyen idéal, engagé dans la défense de la société, « calme et fort », humain mais déterminé. Mais alors même que le procès pénal est un lieu et un temps de réaffirmation des règles, les innovations discursives des différents acteurs (et en particulier des avocats de la défense) proposent des lectures alternatives des faits pouvant déboucher sur un « éclatement des normes »⁸⁷, y compris des normes de genre. Le rôle des jurés devrait alors être de réaffirmer les bons critères de virilité, en écartant certains propos ou attitudes, présentés comme « fausement » virils. Ainsi, dans l'affaire Chambige, cause célèbre de la fin du xix^e siècle, un homme est jugé pour avoir tué une femme mariée dans ce qu'il présente comme une tentative de double-suicide amoureux. L'avocat général Trarieux s'indigne contre le récit « romantique » que tente d'imposer la défense : « Vous l'appellez acte héroïque ? [...] Un homme qui tue une femme et s'abrite derrière son honneur pour obtenir des circonstances atténuantes est un lâche »⁸⁸. S'adressant directement aux jurés, il les avertit :

[Votre verdict] doit être un enseignement, un exemple, un avertissement. Vous avez à défendre la société contre des thèses pareilles, à préserver la famille de la honte et du déshonneur, à apprendre à la jeunesse que de tels actes ne sont pas héroïques, mais une infamie. Votre sentence doit être une éclatante protestation contre ces émotions malsaines qui corrompent le sens moral et peuvent égarer la jeunesse⁸⁹.

Chargés de protéger la société et de défendre, ici, l'honneur d'une femme, les jurés sont ainsi renvoyés à leur rôle de bons pères de famille, s'adressant à leurs fils. L'injonction faite aux jurés est en effet d'autant plus cruciale lorsqu'il s'agit de juger des jeunes hommes, et notamment ceux issus des classes populaires⁹⁰.

- 29 En effet, l'essor de la culture de masse et l'ample circulation de produits culturels contribuent à diversifier les représentations de la virilité et à brouiller les repères, alors que l'imaginaire des bas-fonds stigmatise certaines catégories mais contribue paradoxalement à une trouble attraction pour certains « héros »⁹¹. Des modèles de « virilités criminelles » se développent, dont les caractéristiques sont voisines des

autres formes de virilité populaire et pourraient les contaminer⁹². Certes, nombre d'accusés apparaissent ternes, malingres et effacés, fort peu virils⁹³. Mais tous les voyous ne sont pas désignés comme des hommes défaillants. Certains d'entre eux, comme les fameux « apaches », apparaissent comme des « durs », des « vrais », des « tatoués », dont le modèle violent et rebelle peut séduire aussi bien des jeunes hommes en quête d'affirmation⁹⁴ que des femmes, intériorisant ces normes, à travers, par exemple, les paroles des chansons réalistes⁹⁵. Par ailleurs, les idées anarchistes, assez vite criminalisées, se développent, quant à elles, dans une atmosphère violente et viriliste, malgré l'émergence dans ces doctrines de discours affirmant l'égalité avec les femmes⁹⁶. Le choix fait par les républicains de ramener les violences politiques commises par ces militants à des affaires de droit commun conduit des jurés à se pencher sur de tels cas, qui transforment les audiences en scènes privilégiées d'expression virile⁹⁷. Face à ces assauts de muscles, de force, d'énergie, d'audace, de jeunesse, le contraste avec les jurés, hommes entre deux âges (il faut avoir trente ans révolus pour siéger), tirés d'une vie professionnelle souvent assez terne, ne tourne pas toujours en faveur de ces derniers. Le juré-notable, qualifié de « potiron » par *Le Père Peinard*, « est souvent représenté comme un petit homme peureux ou morose »⁹⁸, suspecté de vouloir se donner un grand frisson mesquin et pleutre en jouissant de son pouvoir momentané : « ça doit tout de même causer une petite émotion de voter la mort : je vais me payer ça » songe l'un d'entre eux, caricaturé par Jossot⁹⁹.

- 30 Les magistrats conduisant les procès et portant l'accusation doutent peut-être des qualités viriles des jurés qu'ils ont la charge d'éclairer, mais ils ne peuvent cependant rien en laisser paraître, et s'efforcent de conforter les jurés dans leur légitimité à juger et, le cas échéant, condamner d'autres hommes. Si la figure du « père de famille » est parfois convoquée, cela est moins le cas pour d'autres formes de masculinités (comme celle de « l'honnête travailleur », par exemple), sinon celle du citoyen et de l'homme d'honneur attaché au devoir et à la protection de la société, notamment vis-à-vis des victimes les plus faibles. Il s'agit aussi de disqualifier des formes de masculinité qui apparaissent dangereuses pour l'ordre établi. Les caractères de la virilité criminelle doivent donc être flétris, au cours des réquisitoires, comme des formes dévoyées de la « vraie » virilité, comme des manifestations de lâcheté, de facilité, de paresse, de déshonneur¹⁰⁰. Quand la force et le courage physiques impressionnent, c'est du côté de l'animalité, de la brutalité, de la férocité que les avocats généraux et parfois ceux des parties civiles vont puiser leurs ressources rhétoriques. Face à la barbarie, à la sauvagerie¹⁰¹, les jurés sont chargés d'incarner une certaine forme de civilisation, empreinte d'humanité, éventuellement charitable envers celui qui s'est fourvoyé, mais prête aussi à une farouche sauvegarde des intérêts de la société.

C. Les tentatives d'ouverture des jurys aux femmes, un moyen détourné de reviriliser le jury ?

- 31 Les jurys sont exclusivement l'affaire des hommes jusqu'en 1944, mais cela n'empêche pas, dans le sillage du mouvement féministe naissant, d'envisager l'ouverture des jurys aux femmes, en ne liant d'ailleurs pas toujours la question à celle du droit de vote. La démarche s'inscrit dans une pression croissante des féministes afin de conquérir de nouvelles positions, comme l'a montré Sara Kimble¹⁰². Mais il s'agit également de souligner l'incapacité et la faiblesse des jurés masculins dans certains types d'affaires,

notamment toutes celles qui relèvent de l'intimité familiale, comme les infanticides. Les soutiens de l'ouverture des jurys aux femmes soulignent l'apport que cela pourrait apporter en termes de « complémentarité », dans une logique d'« égalité dans la différence », ce qui implique qu'on attend des approches et une compréhension différentes selon le sexe du juré¹⁰³. L'amélioration ne pourrait-elle cependant aller au-delà, soit en obligeant, par contraste, les jurés à se conduire en hommes et à juger plus rationnellement, soit en faisant confiance à la capacité des femmes à adopter certaines valeurs viriles ?

- 32 Dans la foulée de l'ouverture du barreau aux femmes en 1900, le député d'extrême-gauche Gustave Hubbard dépose une proposition de loi en 1901 : non seulement les femmes pourraient accéder au jury criminel mais il propose même d'établir une stricte parité. Le débat est ouvert dans la presse : dans *Le Figaro*, Marcel Prévost soutient que puisque l'institution du jury suppose de poser comme arbitre une « intelligence moyenne », non entraînée comme celle du juriste, on ne peut objecter l'insuffisance intellectuelle des femmes¹⁰⁴. Surtout, l'intérêt théorique du jury étant un jugement par les pairs, ce n'est alors pas le cas quand une femme fait figure d'accusée. Les tendances morales des femmes, différentes de celles des hommes, pourraient les contrebalancer, voire mieux encore, contribueraient à reviriliser ces jurés masculins « amollis » :

L'adjonction des femmes restaurera-t-elle la force de ce mécanisme lâche et usé ? [...] Voyez avec quelle force, quelle violence même, la Femme défend les idées qu'elle adopte. [...] Membre d'un jury, le péril serait qu'elle s'élançât trop ardemment à un parti, qu'elle rendit un verdict passionné... Mais qu'on se rassure : dans un jury mixte, la portion masculine suffirait, comme matière inerte, pour amortir l'essor imprimé par les femmes. Et du moins, ce jury-là vivrait, écouterait, réfléchirait, jugerait : ce ne serait pas un pauvre troupeau de figurants énervés [...]¹⁰⁵.

Émile Collas, dans *Le Soleil*, est quant à lui sans doute plus ironique quand il affirme :

Le jury – c'est le plus fréquent des reproches qui lui sont adressés – se décide trop par des impressions sentimentales et trop peu sous l'empire de la seule raison. Les femmes mettront sans doute un terme à ces erreurs et à ces faiblesses. Elles apprendront aux jurés à dominer leurs nerfs et à juger sous l'influence de la raison pure. On n'avait point soupçonné jusqu'à présent que telle fut la tendance spéciale de la nature de la femme¹⁰⁶.

Dans le journal féministe *La Fronde*, Thilda Harlor admet l'idée que la justice féminine ne serait peut-être pas semblable à celle des hommes : « On a souvent prétendu que la femme était l'ennemie du Juste : ce n'est vrai que si l'on se fait de la justice une idée brutale, si on la confond avec le Code », mais elle souligne que « plus indulgente devant certains malheurs, elle serait plus sévère dans certains crimes »¹⁰⁷. Charles Turgeon, professeur de droit et d'économie, dans un essai publié en 1902, clôt très provisoirement ce premier débat : certes les jurés masculins, et même les juges, ont leurs défauts et peuvent se laisser entraîner par la passion. Mais qu'en serait-il des femmes !

Franchement, il nous répugnerait infiniment de comparaître devant un aréopage féminin, parce que (soyons franc) nous n'avons pas la moindre confiance dans l'esprit de justice des femmes. Elles sont trop impressionnables, trop sensibles, trop irascibles. [...] Pour faire de bons juges, elles devraient donc renoncer à leurs plus jolis défauts, et aussi à leurs qualités les plus séduisantes qui, chez elles, ne manquent point de tendre constamment des pièges au sentiment de la justice. [...] Encore est-il douteux que la femme puisse faire un aussi bon juge que l'homme, par cette raison

que, même en fermant les yeux sur les autres imperfections de son sexe, elle a le grave défaut de garder difficilement cet équilibre, cette pondération, cette stabilité entre les impressions contraires, qui est la grande préoccupation de l'homme juste¹⁰⁸.

- 33 Malgré ces fortes préventions d'une partie de l'opinion publique masculine pourtant éclairée (Charles Turgeon est par ailleurs favorable à de nombreuses avancées, notamment le fait pour les femmes d'exercer le métier d'avocat), l'idée est désormais lancée. En 1905, Hyacinthe et Camille Bélilon forment un « jury féminin », association dans laquelle des femmes s'entraînent à exercer leurs talents de jurés sur des affaires réellement passées en cour d'assises, et dont les débats sont chroniqués dans *Le Journal des Femmes*¹⁰⁹. L'initiative ne suscite que peu d'intérêt en dehors des cercles féministes, à quelques exceptions près. Trois ans après ce lancement, l'écrivain Emile Faguet apprend son existence et fait partager sa découverte aux lecteurs du *Gaulois*. Avec un étonnement peut-être feint, il remarque que « le jury féminin est beaucoup plus sévère que le jury viril » et en suppute les raisons : feraient-elles preuve de plus de bon sens que les hommes, ou simplement d'esprit de contradiction ? Il s'agit cependant pour lui d'une « expérience de laboratoire qui ne prouve rien pour la pratique », et qui reste une occupation bien inoffensive : « cette petite cour de cassation en corsets est une chose intéressante et parfaitement honorable »¹¹⁰. L'entreprise se clôt avec la mort de Maria Martin en décembre 1910, qui entraîne la disparition rapide du *Journal des femmes*.
- 34 Le sujet du jury féminin est de nouveau soulevé à la fin des années 1920, alors que la part des femmes dans les métiers juridiques ne cesse de croître¹¹¹. Deux députés déposent, en 1927 et 1929, des propositions de loi visant à ouvrir les jurys aux femmes, ou du moins à certaines catégories. Le député communiste Baranton dépose une première proposition le 10 mai 1927, visant à ouvrir le jury aux femmes dans le cas où l'accusé serait une femme, afin de permettre « une plus grande individualisation de la peine »¹¹². Les femmes auraient dans de tels cas une expertise que les hommes n'ont pas. La proposition est retoquée en commission en raison, officiellement, de sa difficulté technique, ce qui conduit Raymond Baranton à déposer un nouveau projet plus simple, ouvrant l'accès du jury aux femmes qualifiées¹¹³. L'exposé des motifs de la nouvelle proposition est l'occasion de revenir sur l'accueil réservé à la première : journaux et organisations féministes lui « ont adressé leurs encouragements et leurs vœux », mais surtout des juristes (deux hommes), « ont bien voulu donner un avis absolument favorable ». L'un espère qu'elles se montreront « moins indulgentes aux maris qui tuent leurs femmes... et même aux femmes qui tuent leurs maris ! », l'autre rappelle que les femmes ont prouvé qu'elles étaient aptes, « pendant la guerre, [à] remplacer partout les hommes et se montrer à la hauteur de la tâche »¹¹⁴.
- 35 Le député radical André Hesse dépose, à son tour, le 15 janvier 1929, une proposition de loi ouvrant le jury à certaines catégories de femmes et imposant une parité¹¹⁵. Comme pour la proposition de 1901, l'idée est que les femmes y participent en complémentarité avec les hommes : « souvent plus intuitives, les qualités qui leur sont propres pourront utilement aider à découvrir la vérité ». Quant à leur fermeté, nulle crainte : « Les cœurs des femmes, sans nul doute, seront fermés à la pitié pour les criminels les plus lâches : ceux qui s'attaquent aux enfants. Loin d'énerver la répression, la présence d'un jury féminin aura le résultat probable de la rendre plus efficace »¹¹⁶.
- 36 Ces propositions sont, sans surprise, bien accueillies dans la presse féministe, et discutées dans la presse générale¹¹⁷, mais le débat reste mineur. Si elles sont aussi

mentionnées occasionnellement dans l'hémicycle¹¹⁸, les deux propositions se perdent dans les sables parlementaires. Une journaliste de *Police Magazine* évoque de nouveau la proposition Hesse en 1931, présentant l'initiative comme neuve¹¹⁹. Les sept grands avocats dont l'avis est recueilli pour l'occasion s'avèrent unanimement prêts à une telle ouverture, prenant en compte l'évolution de la place des femmes dans la société et leur accession à de nouveaux domaines de la vie professionnelle et intellectuelle. Mais c'est aussi parce qu'elles font preuve de qualités spécifiquement féminines que certains y voient un avantage. Une femme « jugera sûrement mieux que le juré masculin le crime dit passionnel : Pourquoi ? [...] Parce que la passion est le domaine absolu du sexe dit faible », pense M^e Lagasse. M^e Campinchi n'y voit un inconvénient que pour les clientes, qui ne pourraient plus compter sur la bienveillance, voire la séduction qu'elles sont susceptibles d'exercer sur les jurés. Sylvia Risser n'est pas allée recueillir l'avis des avocates qui sont pourtant de plus en plus nombreuses à plaider aux assises¹²⁰.

- 37 C'est l'ordonnance du 26 juin 1944 qui permet aux femmes d'être jurées des cours de justice de l'épuration et celle du 17 novembre 1944 qui leur permet d'intégrer les jurys des cours d'assises. Néanmoins, même après ces dates, la proportion des jurées est extrêmement réduite, et elle semble l'être encore plus lorsque la peine capitale est en jeu¹²¹. Il faut ajouter à cela le fait qu'avec le nouveau fonctionnement d'échevinage institué en 1941 et conservé à la Libération, les juges professionnels délibèrent avec les jurés. Or, la plupart de ceux qui président les sessions d'assises sont des hommes, la percée des femmes dans les hautes fonctions de la magistrature étant très lente¹²². Au déséquilibre numérique, il faut ajouter les classiques effets de domination masculine. Ainsi, lors du procès Ranucci, en 1976, Geneviève Donadini est la seule femme du jury et elle fait part de sa solitude : « J'aurais aimé qu'il y ait une autre femme ; nous aurions peut-être échangé plus facilement ». Elle déclare aussi :
- 38 Je crois sincèrement que le côté masculin du jury peut avoir joué contre Ranucci. Il me semble qu'une femme, mère a fortiori, est plus sensible, plus proche du côté fragile et précieux de la Vie, alors que la dimension masculine, plus autoritaire, peut avoir mal accepté l'attitude de cet accusé, jeune et présomptueux¹²³.
- 39 La participation d'une minorité de femmes aux jurys, au moins jusqu'à la réforme de 1980, conduit ainsi à maintenir des attentes censées refléter les qualités idéales d'un citoyen « universel », mais qui se révèle être enracinées dans des valeurs de genre et de classe principalement associées à la figure de l'homme viril appartenant à la bourgeoisie.

Conclusion

- 40 Les discours virils à destination des jurés évoluent finalement assez peu au cours de la III^e République et sans doute même après, malgré les transformations des « régimes du jury » (réformes en 1932, 1941, 1944, 1959, 1980). L'introduction des femmes dans les jurys à partir de 1944 modifie d'autant moins la donne que la fréquente récusation de jurées par les avocats généraux, mais aussi les avocats de la défense, témoigne de la suspicion toujours jetée sur leurs capacités à juger sereinement. Qu'on les redoute comme trop tendres ou exagérément sévères, elles sont notoirement sous-représentées, au moins jusqu'à la réforme de 1980¹²⁴. L'arène des assises reste jusqu'alors gouvernée par des injonctions viriles forgées à l'époque des citoyens-soldats, injonctions qui ne manquent pas de susciter anxiété et angoisse parmi ces

derniers. La fermeté demandée fait d'ailleurs de moins en moins recette : les jurys hésitent davantage à infliger de lourdes peines, ou des condamnations à mort, dans des contextes socio-culturels et professionnels transformés. D'autres études des discours genrés au sein des enceintes judiciaires, au cours des dernières décennies, restent néanmoins à mener afin d'évaluer les mutations et leurs empreintes actuelles.

NOTES

1. Cf., dans une bibliographie abondante, C. Parent, « La protection chevaleresque ou les représentations masculines du traitement des femmes dans la justice pénale », *Déviance et société*, 10, 1986, p. 147-175 ; *Femmes et justice pénale, XIX^e-XX^e siècle*, dir. C. Bard, F. Chauvaud, M. Perrot et J.-G. Petit, Rennes, Presses universitaires de Rennes (PUR), 2002 ; *Éternelles coupables. Les femmes criminelles de l'Antiquité à nos jours*, dir. M. Tsikounas, Paris, Autrement, 2008 ; *Figures de femmes criminelles de l'Antiquité à nos jours*, dir. L. Cadet, F. Chauvaud et C. Gauvard, Paris, Publications de la Sorbonne, 2010 ; *La Femme devant ses juges, de la fin du Moyen Âge au XX^e siècle*, dir. P. Hepner et M. Valdher, Arras, Artois Presses Université, 2021.
2. Il s'agit d'hommes, de plus de 30 ans, jouissant de tous leurs droits civils et politiques, sachant lire et écrire le français. Ils sont tirés au sort sur une liste annuelle de département composée par le président de la cour d'appel assisté des juges d'instances, à partir de listes préparatoires. Ces dernières sont établies par des commissions présidées par des juges d'instance, à partir des noms de jurés potentiels transmis par les maires. Le tirage au sort a lieu quinze jours avant l'ouverture des assises. B. Schnapper, « Le jury français aux XIX^e et XX^e siècles », *The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900. Comparative Studies in Continental and Anglo-Saxon Legal History*, dir. A. Padoa Schioppa, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 165-239.
3. Les électeurs sont moins de 100 000 sous la Restauration, et 240 000 à la fin de la Monarchie de Juillet, sur une population de plus de 36 millions de personnes, C. Legoy et O. Tort, « Introduction », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2020/1 [dossier « Monarchies censitaires »], p. 11.
4. B. Schnapper, « Le jury criminel, un mythe démocratique (1791-1980) », *Histoire de la justice*, 1988/1, p. 9-17.
5. L. Gruel, *Pardons et châtements. Les jurés français face aux violences criminelles*, Paris, Nathan, 1991, p. 109.
6. Sur le caractère « patriarcal » du Code Napoléon de 1804, voir J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2012, p. 18-22 et p. 78-100. Plusieurs auteurs soulignent que l'expression juridique « bon père de famille » « paraissait pourtant avoir atteint la neutralité » en matière de sexe, avant sa suppression dans le Code en 2014 (dixit L. Convert, « Feu le “bon père de famille” et l'avènement du standard “raisonnable” : un pas vers la “reasonable person” de common law ? », *Tribonien*, 2018/1, p. 166-183) ; sur le même sujet : E. Giannozzi, « La suppression de l'expression “bon père de famille”. Quelques remarques sur les motifs de la réforme », *Tribonien*, 2018/1, p. 156-164.
7. Cf. *infra* §14. Sur le rôle du service militaire dans la formation de l'homme adulte, voir M. Marly, « L'armée rend-elle viril ? Réflexions sur le “modèle militaro-viril” à la fin du XIX^e siècle », *Clio. Femmes, genre, histoire*, 47, 2018, p. 229-247.

8. La virilité doit être considérée non comme « une donnée biologique [mais] un ensemble de qualités morales qu'il convient d'acquérir, de préserver et dont l'homme doit savoir faire preuve ». À ce titre, comme le souligne Alain Corbin, il existe « des individus [qui] présentent un manque de virilité sans que l'on songe à remettre en cause leur "masculinité" », et « certaines femmes savent faire preuve de virilité parce qu'elles ont le sens de la grandeur, de l'honneur, du sacrifice pour la patrie », « Introduction », *Histoire de la virilité*, t. 2, dir. A. Corbin, Paris, Seuil, 2015 [2011], p. 9-10 ; voir également H. Rivoal, « Virilité ou masculinité ? L'usage des concepts et leur portée théorique dans les analyses scientifiques des mondes masculins », *Travailler*, 38, 2017, p. 141-159.
9. J.-L. Bodiguel, *Les Magistrats, un corps sans âme ?*, Paris, PUF, 1991 ; A. Bancaud, *La Haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, Paris, LGDJ, 1993.
10. Gabriel Tarde, cité par L. Gruel, *op. cit.*, p. 32.
11. B. Schnapper, « Le jury français... », *op. cit.*, p. 217-220 ; F. Lombard, *Les Jurés. Justice représentative et représentations de la justice*, Paris, L'Harmattan, 1993 ; D. Vernier, *Jury et démocratie : une liaison fructueuse ? L'exemple de la cour d'assises française*, thèse de doctorat en sociologie, ENS de Cachan, 2007 ; A. Jellab et A. Giglio, *Des citoyens face au crime. Les jurés d'assises à l'épreuve de la justice*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2012.
12. Par exemple en 1892, Anatole Bérard des Glajeux dans ses *Souvenirs* : « Il suffit qu'une femme soit agréable pour obtenir la bienveillance du jury », cité par Gustave Le Bon dans son chapitre sur les jurés de cours d'assises, G. Le Bon, *Psychologie des foules*, Paris, PUF, 2013 [1895], p. 102.
13. A. Bancaud, *op. cit.*
14. B. Schnapper, « Le jury français... », *op. cit.*, p. 212.
15. A.-M. Sohn, « Sois un homme ! » *La construction de la masculinité au XIX^e siècle*, Paris, Seuil, 2009.
16. F. Klejman et F. Rochefort, *L'Égalité en marche. Le féminisme sous la troisième République*, Paris, Presses de la FNSP, 1989 ; C. Bard, *Les Filles de Marianne. Histoire des féminismes 1914-1940*, Paris, Fayard, 1995 ; L. M. Roberts, *Disruptive Acts. The New Women in Fin-de-Siècle France*, University of Chicago Press, 2002 ; *Les Féministes de la première vague*, dir. C. Bard, Rennes, PUR, 2015.
17. C. Bard, *Les Femmes dans la société française au 20^e siècle*, Paris, Armand Colin, 2001.
18. L. Murat, *La Loi du genre. Une histoire culturelle du « troisième sexe »*, Paris, Fayard, 2008.
19. Rappelons que le mot « vertu » dérive étymologiquement du terme latin désignant la qualité virile. Un abécédaire de 1848 liste ces vertus civiques (Th. Fuzier, *Vertus civiques. Manuel du jeune citoyen*, Béziers, Th. Fuzier, 1848), un autre propose en modèle aussi bien des militaires que des juristes (M. Petit, *Le Courage civique*, Paris, Hachette, 1884). Sur l'histoire des vertus civiques, voir notamment *Le Civisme. Vertu privée, d'utilité publique*, dir. H. Bellanger, Paris, Autrement, 1996, ainsi que F. Caille, *La Figure du Sauveteur. Naissance du citoyen secoureur en France 1780-1914*, Rennes, PUR, 2006.
20. Cf., pour les spectateurs de l'exécution, E. Taïeb, *La Guillotine au secret. Les exécutions publiques en France, 1870-1939*, Paris, Belin, 2011, en particulier les développements sur le « rapport martial à l'exécution », p. 82-91. Pour les acteurs de l'exécution, voir A. Carol, *Au pied de l'échafaud. Une histoire sensible de l'exécution*, Paris, Belin, 2017.
21. « [L]a virilité a partie liée avec la mort », A. Corbin, « Introduction », *op. cit.*, p. 9.
22. *Littératures populaires du droit. Le droit à portée de tous*, dir. L. Guerlain et N. Hakim, Paris, LGDJ, 2019.
23. Sur la parole judiciaire et son devenir : É. Seignobos, « La parole judiciaire : entre silences et polyphonie médiatique. Métamorphoses et adaptations de la chronique judiciaire », *Sociétés & Représentations*, 36, 2013/2, p. 179-194. Sur l'usage de la presse comme source afin d'approcher une « culture juridique populaire », voir une première réflexion de ma part : N. Picard, « Newspapers and the Making of Popular Legal Culture. The Example of the Death Penalty in France (20th century) », *History of Law and Other Humanities. Views of the Legal World Across the Time*, dir. V. Amorosi et V. Minale, Universidad Carlos III de Madrid, 2019, p. 471-482.

24. Cela est particulièrement vrai pour la justice royale. Les fonctions judiciaires sous l'Ancien Régime sont assurées par des magistrats ayant suivi une formation juridique et appartenant parfois à des « dynasties » judiciaires. Certaines charges étaient anoblissantes, voir le dossier « Le monde ancien des juristes », *Droits*, 40, 2004/2, p. 3-140 ; B. Garnot, *Histoire des juges en France. De l'Ancien régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde, 2014, p. 51-72. Les juges seigneuriaux peuvent aussi s'agréger à cette élite, nombre d'entre eux cumulant en effet leur office avec un office royal, cf. F. Mauclair, *La Justice des Lumières. Les tribunaux ordinaires en Touraine au xviii^e siècle*, Tours, Presses universitaires François-Rabelais, 2019.
25. Sur le serment judiciaire, cf. les travaux de Robert Jacob, notamment « Anthropologie et histoire du serment judiciaire », *Le Serment. 1. Signes et fonctions*, dir. R. Verdier, Paris, CNRS éd., 1992, p. 237-263.
26. Par exemple, Ch. Berriat Saint-Prix, *Le Jury en matière criminelle. Manuel des jurés*, Paris, Cosse, 1849, réédité régulièrement jusqu'en 1884 ; Ch. Minard, *Guide pratique du juré à la cour d'assises*, Lyon, Mougin-Rusand, 1868, notamment p. 9 ; L.-J. Morin, *Manuel du juré en matière criminelle*, Angers, Barassé, 1875 ; C. Fenet, *Code-manuel du juré d'assises*, Paris, Cotillon & C^{ie}, 1876 ; J. Liorel, *Du jury criminel ou Code de juré en cour d'assises*, Paris, Pédone-Liorel, 1887 ; Anonyme [un avocat], *Carnet du juré d'assises, contenant tout ce qui a rapport à ses fonctions, à ses droits, à ses devoirs et obligations*, Paris, A. Giard, 1890 [16^e éd.], notamment p. 21-22 ; J. Poncet, *Petit manuel pratique du juré d'assises*, Paris, Giard & Brière, 1898 ; J. Maxwell, *Manuel du juré. Éléments de science criminelle et pénale à l'usage de la cour d'assises*, Paris, Flammarion, 1913.
27. B. Schnapper, « Le jury français... », *op. cit.*, p. 234-239.
28. J. Liorel, *op. cit.*, p. 64.
29. *Ibidem*, p. 66. On peut relever que les deux adjectifs correspondent aux deux modèles de masculinité définis par Anne-Marie Sohn, dont il faudrait envisager le chevauchement et l'articulation autant que la succession, A.-M. Sohn, *op. cit.*
30. J. Maxwell, *op. cit.*, p. 144.
31. J. Liorel, *op. cit.*, p. 3.
32. A. Gide, *Souvenirs de la cour d'assises*, Paris, Gallimard, 2009 [1914], p. 13.
33. *Ibid.*, p. 79.
34. Alain Corbin souligne, dans le discours médical du xix^e siècle, l'angoisse liée à l'impuissance masculine, ainsi que l'opposition entre l'homme « ferme » et la femme « soumise à de perpétuels écoulements », A. Corbin, « L'injonction de la virilité, source d'anxiété et d'angoisse », *Histoire de la virilité*, t. 2, *op. cit.*, p. 357-374.
35. A. Rauch, *Histoire du premier sexe. De la Révolution à nos jours*, Hachette, 2006 [2000]. Cf., pour des pays voisins, U. Frevert, « Mœurs bourgeoises et sens de l'honneur. L'évolution du duel en Angleterre et en Allemagne », *Les Bourgeoisies européennes au xix^e siècle*, dir. J. Kocka, Paris, Belin, 1997, p. 203-243.
36. Rapport du député Albert Desjardins, 1872, cité dans C. Fenet, *op. cit.*, p. 281-282.
37. Ch. Berriat Saint-Prix, *op. cit.*, 1884 (6^e éd.), p. 28. Le mot est mis en capitales dans l'ouvrage d'origine.
38. L. Gruel, *op. cit.*, p. 30-31.
39. *Journal officiel de la République française-Sénat*, séance du 26 mars 1997.
40. Il voit dans la modification proposée une forme de « politiquement correct » injustifié, un « anglo-saxonisme ».
41. Cf. sur cette progression A. Crépin, *La Conscription en débat ou le triple apprentissage de la nation, de la citoyenneté, de la République (1798-1889)*, Arras, Artois Presses Université, 1998.
42. A. Bancaud, *La Haute magistrature judiciaire, op.cit.*, p. 17.
43. *Ibid.*, p.175. Voir les exemples donnés à la suite de cette citation, cf. également p. 177, un magistrat : « Nos sentiments intimes disparaissent, absorbés dans la grandeur et la beauté du rôle que la loi nous confie et je ne connais pas, pour ma part, de spectacle plus affligeant que celui qui

serait donné par des magistrats retournant contre la loi l'autorité dont la loi elle-même les investit. Ministres de la loi, soyons durs et froids comme elle. La loi commande, obéissons », voir enfin la valorisation par la hiérarchie de l'exercice de l'autorité par les magistrats, p. 204-218.

44. *Ibid.*, p. 180 (lui-même illustrant son propos grâce à M. Rousselet, *Les Cas de conscience du magistrat*, 1967, p. 305).

45. P. Airiau, « La virilité du prêtre catholique : certaine ou problématique ? », *Histoire de la virilité*, t. 2, *op. cit.*, p. 247-260 ; J.-P. Bertaud, « La virilité militaire », *ibid.*, p. 161-206.

46. La loi de 1905 supprime toute forme de tirage au sort et d'exemptions, hors inaptitude physique. Tous les hommes sont incorporés normalement à l'âge de 20 ans. Par la suite, les modifications du service militaire seront principalement liées à sa durée, cf. A. Crépin, *Histoire de la conscription*, Paris, Gallimard, 2009, p. 308-315. La loi est cependant surtout symbolique, puisque la proportion d'une classe d'âge incorporée n'augmente guère, les lois de 1872 et 1889 ayant déjà conduit à une généralisation de la conscription, cf. *ibid.*, p. 312.

47. Les sous-officiers sont réputés à la fin du XIX^e siècle pour leur brutalité vis-à-vis des jeunes conscrits, ce qui nourrit d'ailleurs l'essor de l'antimilitarisme à la même époque. Cette violence physique, qui rejoint une certaine socialisation virile propre aux milieux populaires, est particulièrement dénoncée par les plus instruits, qui ont intégré un modèle viril fait de maîtrise de soi et d'auto-contention. Sur la brutalité de l'instruction militaire, voir O. Roynette, *Bons pour le service. La caserne à la fin du XIX^e siècle*, Paris, Belin, 2000, p. 355-365, ainsi que M. Marly, « L'armée rend-elle viril... », *op. cit.*, p. 238-239. Sur les critiques et le discours anti-militariste qu'elles alimentent, voir M. Marly, « Le "sous-off" », *À bas l'armée ! L'antimilitarisme en France du XIX^e siècle à nos jours*, dir. É. Fournier et A.-D. Houte, Paris, Éd. de la Sorbonne, 2023, p. 59-64. Le même auteur nuance cependant en montrant la complexité de la relation d'autorité entre sous-officiers et soldats : M. Marly, *Distinguer et soumettre. Une histoire sociale de l'armée française (1872-1914)*, Rennes, PUR, 2019.

48. G. Mahely, *L'émergence du modèle militaro-viril. Pratiques et représentations masculines en France au XIX^e siècle*, thèse d'histoire, EHESS, 2004.

49. Sauf exception, lors de procès politiques concernant des anarchistes. Ainsi, lors du procès Ravachol : « Magistrats et jurés avaient reçu des lettres de menaces. On attendait un attentat à l'audience même ». Ravachol étant simplement condamné aux travaux forcés à perpétuité lors de son premier procès, l'auteur s'interroge : « Les menaces dont [le jury] avait été l'objet avaient-elles porté leurs fruits ? », M. Garçon, *Histoire de la justice sous la III^e République*, t. 1., Paris, Fayard, 1957, p. 226-228.

50. *Revue des grands procès contemporains* [désormais RGPC], 1930, p. 132.

51. « Le procès des Polonais. L'avocat général demande au jury les têtes de quatre bandits », *Le Petit Parisien*, 23 novembre 1927, p. 1.

52. « Une belle-mère criminelle condamnée à mort », *RGPC*, 1938, p. 763. Ces injonctions persistent jusqu'à l'abolition, puisqu'en 1977 encore, l'avocat général appelle à repousser toute « sensiblerie », « états d'âme et vues de l'esprit », *Libération*, 22-23 janvier 1977, p.7.

53. Plaidoirie de M^e Gaston Charlet, avocat de la partie civile dans le procès Barataud, *RGPC*, 1929, p. 524.

54. « L'affaire Bornais », *RGPC*, 1931, p. 241.

55. Cour d'assises du Calvados, *Affaire de Couvrigny. Réquisitoire de l'avocat général*, Caen, Adelin, G. Poisson et C^{ie}, 1912, p. 27.

56. Par exemple : « Cette peine est nécessaire, elle est indispensable : ce serait une lâcheté de ne pas la prononcer », dans la bouche de l'avocat général au procès Weidmann, E. Tourgis, « Au procès Weidmann, le substitut Roland a requis hier contre Million, Colette Tricot et Jean Blanc », *Le Petit Parisien*, 28 mars 1939, p.5.

57. « Les bandits de Pantin », *RGPC*, 1929, p. 368.

58. « Affaire Mathieu. Assassinat de M. Bédor », *RGPC*, 1906, p. 704.

59. Réquisitoire de l'avocat général Peyssonnié devant la cour d'assises de la Seine, « Affaire Tissier et Demarest. L'assassinat d'un garçon de recettes par deux jeunes garçons », *RGPC*, 1911, p. 252.
60. « Le procès Barataud », *op. cit.*, p. 524.
61. « Un spécialiste de l'évasion devant le jury », *RGPC*, 1937, p. 173.
62. A.-M. Sohn, *op. cit.*
63. « Une belle-mère criminelle... », *op. cit.*, p. 780.
64. Notamment le fait que la répression moindre subie par les femmes peut s'expliquer par une plus grande psychiatrisation et d'autres stratégies d'enfermement : F. Chauvaud et G. Malandain, « Introduction », *Impossibles victimes, impossibles coupables, Les femmes devant la justice (xix^e-xx^e siècles)*, dir. F. Chauvaud et G. Malandain, Rennes, PUR, 2009, p. 17-23, et en particulier dans cet ouvrage collectif L. Guignard, « L'irresponsabilité pénale féminine et la figure de la femme folle », p. 109-120 ; voir aussi C. Debrulle, « L'invisibilisation de la délinquance des filles en France à travers l'institutionnalisation de son enfermement au xix^e siècle », *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, 2018/3, en ligne : <https://doi.org/10.25965/trahs.764>.
65. G. London, *Les Grands procès de l'année 1927*, Paris, Ed. de France, 1928, p. 109.
66. Cf. une étude statistique sur les victimes des personnes condamnées à mort au xx^e siècle, N. Picard, *Le Châtiment suprême*, IUUV, 2018, p. 264-266.
67. Cité par C. Quérel, *L'effrayant docteur Petiot*, Perrin, 2014, p. 172. L'avocat de la défense, René Floriot, soutient néanmoins dans sa plaidoirie la thèse de l'élimination « résistante » par son client de gestapistes.
68. N. Picard, *Le Châtiment suprême*, *op. cit.*, p. 361-363.
69. *La Civilisation du journal. Histoire culturelle et littéraire de la presse française au xix^e siècle*, dir. D. Kalifa, P. Régnier, M.-È. Therenty et A. Vaillant, Paris, Nouveau Monde, 2011.
70. Sur la métaphore assimilant l'opinion publique à une femme dans les procès, cf. S. Benghazi, « Stéréotypes de genre et opinion publique : le corps des femmes en question », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 36, 2020-2021, p. 739-747.
71. On retrouve cette phrase dans plusieurs ouvrages consacrés à l'argumentation judiciaire, comme F. Martineau, *Petit traité d'argumentation judiciaire et de plaidoirie*, Paris, Dalloz, 2019 (8^e éd.), p. 284-285. L'expression est rapportée par Raymond Philippi, dans G. Dirand et P. Joly, *Maître, vous avez la parole. René Floriot, Raymond Filippi, Joannès Ambre*, Paris, Calmann-Lévy, 1975, p. 144. La plaidoirie prononcée lors du procès de la « bande à Bonnot », lors duquel Moro-Giafferi défendait Dieudonné, ne comporte pas le terme « prostituée », prononcé lors d'un bon mot ultérieur, mais s'en rapproche : « M^e Campinchi vous disait tout à l'heure que l'opinion publique était assise parmi vous ? Chassez-la cette intruse ! C'est elle qui au pied de la Croix tendait des clous au bourreau et criait "Crucifiez-le." », *ibid.*, p. 143.
72. M. Aron, *Les Grandes plaidoiries des ténors du barreau*, Paris, Pocket, 2013, p. 35.
73. Plaidoirie de Me Phalempin, « Une belle-mère criminelle... », *op. cit.*, p. 765.
74. J. Simon, *Le Livre du petit citoyen*, Paris, Hachette, 1880, p. 142, cité par F. Chauvaud, *La Chair des prétoires. Histoire sensible de la cour d'assises, 1881-1932*, Rennes, PUR, 2010, p. 131.
75. P. Bouchardon, *Souvenirs*, Paris, Albin Michel, 1953, p. 203.
76. M. Prévost, « Les femmes et le jury », *Le Figaro*, 19 mai 1901, p. 1.
77. Cf. F. Guillet, « Le duel et la défense de l'honneur viril », *Histoire de la virilité*, t. 2, *op. cit.*, p. 120-126 ; voir aussi E. Terraillon, *L'Honneur, sentiment et principe moral*, thèse es lettres, Paris, Alcan, 1912 ; A. Maugue, *L'Identité masculine en crise. Au tournant du siècle, 1871-1914*, Paris, Payot & Rivages, 2001 [1987].
78. R. Connell, *Masculinités. Enjeux sociaux de l'hégémonie*, Paris, Amsterdam éd., 2022 [traduit de l'anglais], p. 85.
79. Selon Raewyn Connell, il s'agit d'« une forme de masculinité qui est culturellement glorifiée au détriment d'autres formes. [Elle] peut être définie comme la configuration de la pratique de

genre qui incarne la réponse acceptée à un moment donné au problème de la légitimité du patriarcat », *ibid.*, p. 82.

80. É. Claverie, « De la difficulté de faire un citoyen : les “acquittements scandaleux” du jury dans la France provinciale du début du xix^e siècle », *Études rurales*, 95-96, 1984, p. 143-166. Voir par exemple la citation du président des assises de Haute-Loire en 1834 : « Lorsqu'on leur parle de la férocité des gens de la campagne et de l'usage atroce qu'ils font de leurs couteaux dont ils se servent comme de poignards, ils vous répondent avec sang-froid : ce sont les duels de nos paysans, ils sont dirigés dans ces actes par le même point d'honneur qui conduit les militaires et les gens de bonne compagnie en champ clos », p. 156. Ce dernier point appuie l'idée d'Anne-Marie Sohn d'un régime de masculinité fondé sur la force, le courage et la défense de l'honneur encore prédominant au début du xix^e siècle, mais perdant progressivement du terrain, A.-M. Sohn, *op. cit.*, p. 106-131.

81. A. Bérard des Glajeux, *Souvenirs d'un président d'assises*, Paris, Plon, Nourrit & C^{ie}, 1892, p. 133 ; P. Bouchardon, *op. cit.*, p. 183.

82. *Ibid.*, p. 183.

83. *Ibid.*, p. 198. Bouchardon opère par ailleurs, lui aussi, un parallèle entre le jury et une institution militaire, en recommandant de le supprimer : « la garde nationale a bien disparu » (*ibid.*, p. 204).

84. Ch. Berriat Saint-Prix, *op. cit.*, p. 138.

85. Th. Pilon, « Virilité ouvrière », *Histoire de la virilité*, t. 3, dir. J.-J. Courtine, Paris, Seuil, 2015 [2011], p. 311-334. Cf. notamment le scandale provoqué par la conduite supposée de certains hommes des élites bourgeoises et aristocratiques lors de l'incendie du bazar de la Charité, le 4 mai 1897. M. Winock, « L'incendie du Bazar de la Charité », *L'Histoire*, 2, 1978, p. 32-41.

86. Par exemple avec le crime d'infanticide : R. Lalou, « L'infanticide devant les tribunaux français (1825-1910) », *Communications*, 44, 1986, p. 175-200.

87. L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2022 (2^{de} éd.).

88. J. Carroy et M. Renneville, *Mourir d'amour. Autopsie d'un imaginaire criminel*, Paris, La Découverte, 2002, p. 100.

89. *Ibid.*, p. 101.

90. Dont ne fait cependant pas partie Chambige, qui est bien intégré à la bourgeoisie intellectuelle.

91. Cf. les travaux de D. Kalifa, notamment *La Culture de masse. 1. 1860-1930*, Paris, PUF, 2001 ; *Crime et culture au xix^e siècle*, Paris, Perrin, 2005 ; *Les Bas-fonds. Histoire d'un imaginaire*, Paris, Seuil, 2013.

92. D. Kalifa, « Virilités criminelles ? », *Histoire de la virilité*, t. 3, *op. cit.*, p. 257-284.

93. F. Chauvaud, *op. cit.*, p. 247-282.

94. A. Baubérot, « On ne naît pas viril, on le devient », *Histoire de la virilité*, t. 3, *op. cit.*, p. 186-187. Sur le rôle de modèle prêté à certains criminels, on peut citer les phrases de l'avocat général dans le procès Favier, en 1912. Il évoque deux mineurs appelés à être jugés, pour un crime semblable à celui dont Favier est accusé : « Tissier et Desmarest âgés de 16 et 17 ans, dans des conditions identiques à celles du crime de Favier ; on a raison de parler d'une école du crime ; ces deux enfants, âgés de 16 ans à peine, ont suivi l'exemple et les leçons de leur maître ; leur professeur de mort : le voilà ! », *RGPC*, 1912, p. 728.

95. D. Kalifa, « Virilités criminelles ? », *op. cit.*, p. 289-281. Cf. sur les chansons réalistes M. Goupil-Lucas-Fontaine, *Histoire sociale et imaginaires de la chanson réaliste (v. 1850-v. 1990)*, thèse d'histoire, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2022. Sur la virilité, « objet de désir » féminin, voir C. Bard, « La virilité au miroir des femmes », *Histoire de la virilité*, t. 3, *op. cit.*, p. 101-110.

96. C. Schildknecht, *Hardi compagnons ! Masculinités et virilité anarchistes à la Belle Époque*, Montreuil, Libertalia, 2023.

97. *Ibid.*, p. 105-118.

98. R. Sutra, « Les vils traits de la justice. Quelques caricatures judiciaires de la fin du xix^e et du début du xx^e siècles », *Histoire des justices en Europe. 1. Valeurs, représentations, symboles*, Toulouse, CTHDIP, 2016, p. 170. Voir également P. Delvit, « Les désunions de la magistrature. Voire... Les juges passés à la moulinette de *L'Assiette au Beurre* », *Les Désunions de la magistrature (xix^e-xx^e siècles)*, dir. J. Krynen et J.-Ch. Gaven, Toulouse, PUTC, 2012, p. 439-453.

99. *L'Assiette au Beurre*, 9 novembre 1907. Remarquons que, pour les magistrats professionnels aussi, le fait d'obtenir une tête a pu être suspecté de susciter des émotions et des avantages indus, et notamment de nature sexuelle : c'est une bonne partie du propos de Marcel Aymé lorsqu'il monte la pièce *La Tête des autres* (Paris, Grasset, 1952), en 1952. L'un des protagonistes, avocat général, est célébré par les personnages féminins pour réussir à obtenir des condamnations à mort. Son succès est donc à la fois professionnel et sexuel.

100. La réaffirmation virile passe également par les propos stigmatisant la faiblesse ou l'attitude de certains hommes en les connotant d'ambiguïté sexuelle, même lorsque les soupçons d'homosexualité sont loin d'être avérés. Plusieurs exemples pourraient être donnés, comme dans l'affaire du lac Chambon étudiée par André Rauch (*L'Amour à la lumière du crime*, Paris, Hachette, 2009). Les soupçons d'ambiguïté sont particulièrement visibles dans les périodes troublées, comme lors de l'Épuration. S'adressant aux quatre jurés (tous des hommes), le commissaire du gouvernement Rebol, lors du procès de Brasillach en 1945, utilise les articles de l'écrivain en ce sens, mentionnant notamment son « amour quasi-charnel de la force brutale » et renvoyant ainsi subrepticement la collaboration intellectuelle de l'écrivain à une forme de collaboration horizontale, dans un contexte marqué par une « crise des valeurs masculines », A. Kaplan, *Intelligence avec l'ennemi. Le procès Brasillach*, Paris, Gallimard, 2003 [2001] p. 274-277. Les cours de justice de l'épuration fonctionnaient avec des jurés tirés au sort sur des listes de « patriotes » établies notamment par les Comités de la Libération. Sur le contexte de réaffirmation de la virilité lors de l'Épuration, cf. F. Virgili, *La France virile. Des femmes tondues à la Libération*, Paris, Payot, 2004 [2000].

101. Le terme « apaches » fait par exemple directement référence aux dangereux « sauvages » du Nouveau Monde, cf. D. Kalifa, « Archéologie de l'Apachisme. Les représentations des Peaux-Rouges dans la France du xix^e siècle », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, 2002/4, p. 19-37.

102. S. Kimble, « Of "Masculine Tyranny" and the "Women's Jury": The Gender Politics of Jury Service in Third Republic France », *Law and History Review*, 37, 2019, p. 867-902.

103. *Ibid.*, p. 870.

104. M. Prévost, *op. cit.*, p. 1.

105. *Ibid.*

106. É. Collas, *Le Soleil*, 26 mai 1901.

107. Harlor, « Jurys mixtes », *La Fronde*, 22 mai 1901, p. 1.

108. Ch. Turgeon, *Le Féminisme français. L'émancipation individuelle et sociale de la femme*, Paris, Larose, 1902, p. 464-465.

109. M. Martin, « Le Jury féminin », *Le Journal des femmes*, 1^{er} mai 1905, p. 1.

110. E. Faguet, « Le jury blanc », *Le Gaulois*, 3 novembre 1908, p. 1.

111. En 1921, elles sont déjà 8 % des avocats. S. Kimble, « Feminist Lawyers and Legal Reform in Modern France, 1900-1946 », *Women in Law and Law-making in the Nineteenth and Twentieth Century Europe*, dir. E. Schandevyl, Aldershot, Ashgate, 2014, p. 45.

112. *Journal officiel de la République française. Documents parlementaires* [désormais *JORF-DP*], 5 août 1927, p. 699, annexe n° 4395.

113. *JORF-DP*, 17 mai 1928, p. 29-30, annexe n° 4963. Les citoyennes qualifiées sont celles qui étaient déjà électrices pour les conseils de prud'hommes, les juges consulaires et les membres des chambres de commerce, d'agriculture, ainsi que les contribuables directes.

114. *Ibid.*

115. *JORF-DP*, 6 août 1929, p. 52, annexe n° 1067. Les femmes qui seraient admises au jury sont celles qui sont des contribuables directes, des professions libérales, des femmes exerçant des fonctions publiques, donc des femmes disposant d'une indépendance financière et d'une reconnaissance sociale. Sur le doute concernant la sincérité de cette proposition, cf. S. Kimble, « Of "Masculine Tyranny"... », *op. cit.*, p. 899-900.
116. *JORF-DP*, 6 août 1929, p. 52. On peut noter l'importance croissante accordée à la question des violences faites aux enfants. Sur cette évolution des sensibilités, cf. G. Vigarello, « L'intolérable de la maltraitance infantile. Genèse de la loi sur la protection des enfants maltraités et moralement abandonnés en France », *Les constructions de l'intolérable*, dir. P. Bourdelais, Paris, La Découverte, 2005, p. 111-127 ; et sur le fait que la justice des mineurs a pu servir de voie d'entrée des femmes dans le monde judiciaire, voir S. Kimble, « "For the Family, France and Humanity" : Authority and Maternity in the *Tribunaux pour Enfants* », *Proceedings of the Western Society for French History*, 31, 2003, p. 212-229.
117. Par exemple : *Les Forces nouvelles*, 1^{er} décembre 1927, p. 3 ; G. London, « Les femmes siègeront-elles dans les jurys criminels ? » *Le Journal*, 14 janvier 1929, p. 1 ; O. Simon, « Les femmes dans le jury », *La Française*, 26 janvier 1929, p. 1. Sur l'ensemble des débats suscités par ces propositions et notamment sur le positionnement des féministes, cf. S. Kimble, « Of "Masculine Tyranny"... », *op. cit.*
118. *Journal officiel de la République française. Débats, Chambre des députés*, 18 décembre 1929, 2^e séance, p. 4455.
119. S. Risser, « Mesdames les jurées », *Police Magazine*, 15 novembre 1931, p. 3.
120. S. Risser, « Mesdames les jurées », *Police Magazine*, 22 novembre 1931, p. 10.
121. C. Barberger, P. Poncela et E. Serverin, « Le jury d'assises : à propos de sa représentativité », *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale : perspectives sociologiques et criminologiques*, Paris, CNRS éd., 1979, p. 265-275.
122. G. Joly-Coz, *Femmes de justice*, Paris, Enrick, 2023.
123. G. Donadini, *Le Procès Ranucci. Témoignage d'un juré d'assises*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 79.
124. *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale. Perspectives sociologiques et criminologiques*, Paris, CNRS éd., 1979, p. 264 ; D. Vernier, *op. cit.*, p. 325 et suivantes. On observe aujourd'hui encore un comportement différencié entre jurés hommes et femmes, en partie lié à la question de leur légitimité. A. Jellab et A. Giglio-Jacquemot, « Les jurés populaires et les épreuves de la cour d'assises : entre légitimité d'un regard profane et interpellation du pouvoir des juges », *L'Année sociologique*, 2012/1, p. 176.

RÉSUMÉS

Si les représentations de genre des magistrats sur les justiciables en matière pénale ont été étudiées, cela est moins le cas des discours émis en direction des jurés. Cette contribution entend relier les valeurs morales et civiques exigées des jurés à leur masculinité, à un moment où seuls les hommes bénéficient de la qualité de citoyen, et montrer ainsi l'ancrage genré donné à l'acte de juger. Le citoyen ne doit pas faiblir dans son devoir de juge : la virilité est en effet étroitement associée à la fermeté, à la rationalité, au sang-froid et au rejet de la « sensiblerie ».

If some works have studied the gender representations of judges on litigants, representations regarding members of the jury are less known. This paper intends to look at the moral and civic

values required of them, in connection with their masculinity, at a time when only men were considered citizens. Members of the jury couldn't show any weakness in their manly duty. Indeed, virility was then linked with firmness, rationality, composure and the rejection of sentimentality.

INDEX

Keywords : masculinity, jury, death penalty, French Third Republic, criminal law, gender bias

Mots-clés : masculinité, jury, peine de mort, Troisième République, droit pénal, biais de genre

AUTEUR

NICOLAS PICARD

Centre d'histoire du XIX^e siècle

Les avocates du FLN : une approche genrée

Paul-Emmanuel Babin

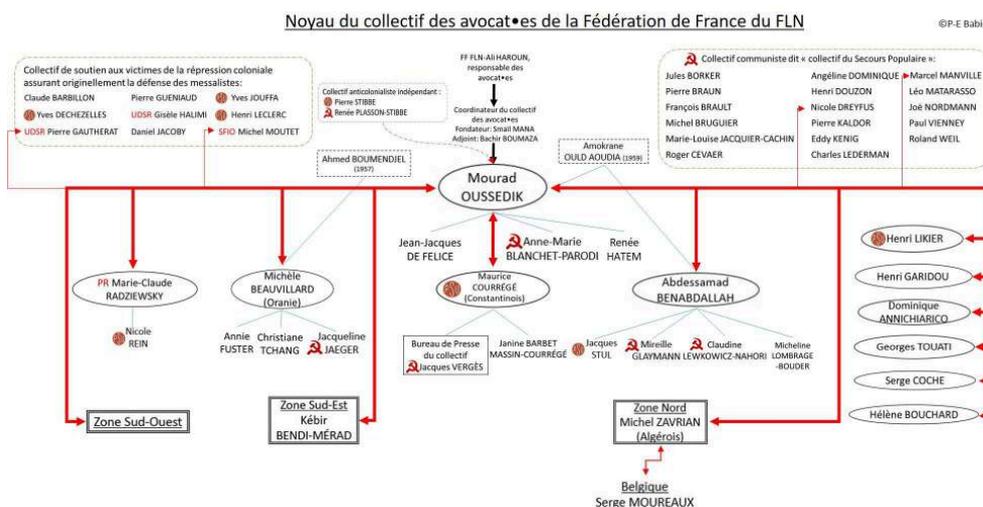
Je remercie Florence Renucci et Hélène Duffuler-Vialle pour leurs relectures qui ont permis d'ouvrir les perspectives sur le champ du genre. Ce texte leur doit beaucoup. Je leur suis redevable pour les additions et les nuances qu'elles ont apportées à cette étude. Aussi, je voudrais rendre un hommage aux avocat-es dont j'ai consulté les archives et qui sont mentionné-es dans mes lignes.

- 1 *La Lionne du barreau, L'avocat était une femme : le procès de leur vie*, ces témoignages récents qu'ils soient proches du genre autobiographique ou bien tournés vers l'analyse historique, démontrent que la figure de l'avocate, différenciée de celle de son confrère, suscite un intérêt à part entière¹. Parallèlement à cette littérature, l'historiographie a mis en évidence le processus de féminisation du barreau² en soulignant l'engagement et les combats des femmes concernées³ et les difficultés rencontrées par les avocates dans la reconnaissance de leur mérite du fait des stéréotypes de genre⁴. La littérature anglo-saxonne s'est particulièrement focalisée sur la mise en lumière des rapports sociaux de sexe comme élément structurant la relation de domination dans les postes de pouvoir et de prestige.
- 2 Les études sur les avocates dans le contexte colonial français demeurent toutefois extrêmement marginales. Les rares travaux qui existent dans une perspective de genre, voire intersectionnelle portent essentiellement sur l'avocate Gerty Archimède, à l'instar de ceux de Lorelle Semley⁵ et sur les premières avocates du Maghreb avec les travaux de Florence Renucci⁶. La littérature est un peu plus fournie pour les périodes de guerres d'indépendance. La politiste et historienne Vanessa Codaccioni a ouvert la voie à cette perspective de recherche, en réinvestissant l'affaire de la militante indépendantiste algérienne Djamilia Boupacha, non plus seulement sous le prisme de la torture, mais encore sous celui du viol. Elle permet d'éclairer sous un nouveau jour le travail de l'avocate anticolonialiste Gisèle Halimi⁷. Vanessa Codaccioni a également présenté sous un jour inédit l'avocate communiste Nicole Dreyfus, en la resituant dans son groupe d'avocates communistes, où elle était d'abord perçue comme un « petit avocat sans envergure »⁸, tandis que l'historien Pierre-Jean Le Foll-Luciani a retracé le

parcours de l'avocate communiste Simone Ben Amara, considérée comme l'unique femme parmi les avocates anticolonialistes nées en Algérie⁹. C'est dans cette récente dynamique, ayant pour objet les femmes avocates dans ce moment des luttes indépendantistes, par le biais d'une analyse genrée¹⁰, que se situe cet article.

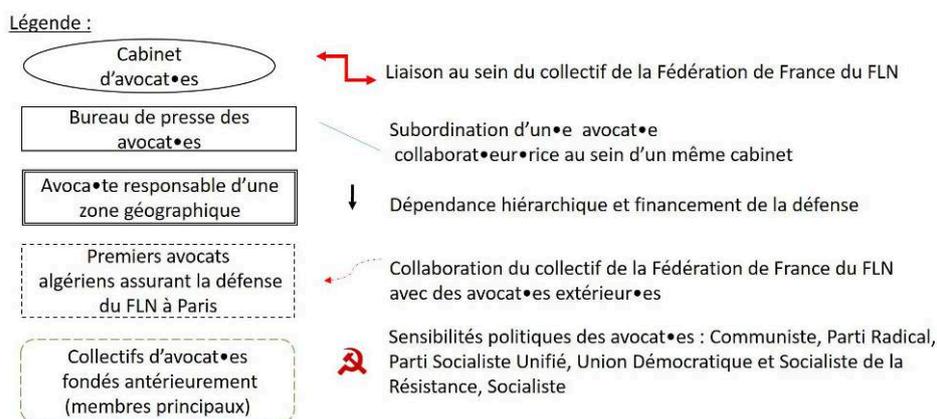
- 3 Les avocates sur lesquelles portent mes recherches s'inscrivent dans un contexte particulier qui nécessite de se situer dans un courant historiographique supplémentaire : celui du *cause lawyering*, c'est-à-dire l'usage par des juristes d'arguments de droit visant à insuffler des changements politiques et sociaux, avec l'appui de mobilisations sociales ou d'actions collectives¹¹. A la suite de Jean-Philippe Tonneau, je me suis intéressé aux « angles morts du *cause lawyering* », que sont ses acteur-trices et les contraintes qui pèsent sur eux, en particulier dans le milieu judiciaire¹². En approfondissant l'étude de ces acteur-trices, je me suis rendu compte que les études sur le *cause lawyering* durant les guerres d'indépendance coloniale ne portent aucunement sur une éventuelle perspective genrée, si bien qu'elles confortent l'existence d'un ou de plusieurs collectifs d'avocats représentés principalement par des figures masculines, à l'instar de Jacques Vergès, Maurice Courrégé et Michel Zavrian. Or, en appliquant une vision genrée, ma perspective se distingue radicalement de ces travaux.
- 4 Le collectif sur lequel porte cet article est connu sous la qualification impropre de « collectif de Jacques Vergès », du nom de l'un de ses membres les plus médiatiques¹³. Il s'agit en réalité du collectif de la Fédération de France du Front de Libération Nationale (FF FLN), fondé en 1958 et actif jusqu'en septembre 1962, date de la dissolution de la FF FLN, organisation encadrant l'immigration algérienne en France. Le collectif est initialement placé sous la houlette de dirigeants politiques. La FF FLN avait imposé une mensualisation des honoraires, instauré un découpage géographique et un fonctionnement hiérarchisé des avocates.
- 5 Le collectif de la FF FLN est composé de jeunes avocates, français, belges et algériens – ces derniers au nombre de six –¹⁴, tous nés entre 1924 et 1935. Mandatés par le FLN, ils réduisent les interventions des collectifs anticolonialistes préexistants, composés d'avocates plus expérimentées car ils ont fait leurs armes dans la Résistance et dans l'empire colonial français¹⁵. Fort d'un effectif de presque quatre-vingts avocats, le collectif de la FF FLN intervient en France comme en Algérie, à travers la mise en place d'un « pont aérien »¹⁶. Les archives du collectif parisien permettent de quantifier le nombre de femmes avocates de ce collectif¹⁷. Contrairement à ce que la lecture de l'historiographie laisse imaginer en ignorant ou en taisant les contours et la portée de l'action des avocates, ces femmes ne sont pas des membres rares et auxiliaires du collectif. En reconstituant le noyau du collectif parisien en 1960, je peux affirmer qu'il y a presque parité à l'avantage des femmes entre les vingt-cinq avocats, comme le démontre l'organigramme présenté en annexe¹⁸.

Figure 1: Organigramme du noyau du collectif des avocat-es de la Fédération de France du FLN



Collection personnelle de l'auteur. Ne pas reproduire sans autorisation, © P-E Babin.

Figure 2: Légende de l'organigramme du noyau du collectif des avocat-es de la Fédération de France du FLN



Collection personnelle de l'auteur. Ne pas reproduire sans autorisation, © P-E Babin.

- 6 En France, les avocat-es ont la charge de 5000 à 6000 prévenu-es et condamné-es¹⁹. Ces professionnelles plaident d'abord devant les différentes juridictions pénales, généralement pour des crimes et des délits de droit commun (assassinats, associations de malfaiteurs ou ports d'arme prohibée). Suite à la mise en place d'un droit d'exception en Algérie en 1955, les infractions reprochées aux nationalistes algériens sont de la compétence spéciale des Tribunaux Permanents des Forces Armées (TPFA)²⁰. En 1958, les TPFA connaissent également des crimes et délits connexes commis en relation avec le nationalisme algérien²¹. Dans des cas marginaux, lorsque le caractère politique du crime est douteux, les assises ont continué de rendre des arrêts jusqu'en 1962. En métropole, les informations judiciaires sont confiées à un juge d'instruction civil et non militaire, en dépit de l'ordonnance de février 1960 qui, en Algérie, confie la phase d'instruction à un procureur militaire²².
- 7 En analysant ce collectif à partir de l'approche genrée, mon hypothèse est que derrière son apparente homogénéité, les avocates sont perçues différemment par leurs

contemporain·es. Elles pratiquent d'une autre manière leurs missions. Pour le prouver, je me suis essentiellement appuyé sur les correspondances émanant d'archives privées de cabinets d'avocats, sur des manuscrits inédits de leurs mémoires, et sur les entretiens semi-directif que j'ai réalisés avec douze avocats du collectif, dont huit avocates. Ces sources illustrent comment les avocates du collectif cherchent une légitimité, notamment une forme de revendication de leur « normalité professionnelle » à travers le titre « d'avocat ». Demeurant dans l'ombre, à l'instar de Michèle Beauvillard, qualifiée « d'anti-Vergès », elles n'ont pu échapper aux préjugés de genre qui ont abouti à amoindrir leur implication réelle dans le collectif. Devant gérer des contraintes auxquelles ne sont pas soumis leurs collègues masculins, elles se sont enfin organisées et ont développé des approches singulières, notamment en matière de dénonciation de la torture.

I. À la recherche d'une légitimité

A. Des femmes de nos collègues... « aux avocats » à part entière

- 8 La plupart des sources d'époque, tout comme les études consacrées aux avocates durant les luttes d'indépendance, ne mentionnent pas de différenciation entre les avocates suivant le genre. Il est indiqué « maître » ou « avocat » sans autre précision. Néanmoins, de manière récurrente, l'avocate est systématiquement celle qui vient plaider dans l'espace colonial « au côté de », quand elle n'est pas passée purement et simplement sous silence. Alors que Renée Plasson-Stibbe prend soin d'indiquer son nom double dans ses courriers à-en-tête, les témoignages, la presse et les sources secondaires ne mentionnent régulièrement que celui issu de son mariage (Stibbe). C'est une manière implicite de la présenter comme une « femme de »²³. Cette tendance se retrouve déjà avant la guerre d'Algérie. Dans les autres espaces coloniaux dans lesquels interviennent les avocates, notamment en Afrique sub-saharienne, le rôle des avocates mariées à des confrères, est tout autant amoindri. Ces professionnelles font partie des avocates dites « historiques », car spécialisées de longue date dans le contentieux pénal des affaires politiques des colonisés.
- 9 Toutefois, ces préjugés qui ont eu tendance à se perpétuer, commencent à être nuancés par l'historiographie. Quelques récentes études relèvent la féminisation de la défense anticolonialiste, à l'instar des travaux de Pascale Barthélemy au sujet du combat de Blanche Matarasso et de Renée Plasson-Stibbe aux côtés des Ivoiriennes²⁴. Sylvie Thénault a également souligné l'action de Renée Plasson-Stibbe dans la défense de Baya Hocine sans passer par l'habituelle référence à son mari²⁵ – ce qui est d'autant plus logique que l'avocate n'intervient pas nécessairement dans les mêmes procès politiques que Pierre Stibbe. Dans le sillage de l'individualisation du combat de l'avocate, Marine Bellot-Gurlet a analysé les actions de la résistante Blanche Matarasso Poirier-Bottreau, de Marie-Louise Cachin-Jacquier²⁶ et de Renée Plasson-Stibbe dans le Comité de Défense des Libertés Démocratiques en Afrique Noire²⁷. Ces avocates assistent les nationalistes algériens et notamment les Algériennes, que Renée Plasson-Stibbe visite encore en détention en France, comme par exemple Nafissa Hamoud, à Caen.
- 10 Ces « avocates historiques » interviennent prioritairement en interaction avec d'autres avocates communistes qui, elles, appartiennent au collectif FF FLN, à l'instar de Claudine Lewkowicz-Nahori ou Nicole Dreyfus²⁸. Les liens amicaux sont plus marqués

que les liens politiques dans les correspondances des avocates, et davantage entre avocates, notamment entre Nicole Dreyfus et Angéline Dominique²⁹ ou Marie-Louise Cachin-Jacquier et Gisèle Halimi³⁰. Les courriers démontrent qu'elles sont plus enclines à transcender les appartenances politiques, voire l'appartenance à un collectif plutôt qu'un autre. Malgré cela, ces « historiques » ne seront jamais intégrées au collectif de la FF FLN, tout comme leurs confrères masculins dont les noms sont reproduits dans l'organigramme en annexe³¹. Autrement dit, elles ne sont pas placées sous la houlette de Mourad Oussedik et ne reçoivent pas du FLN, un règlement forfaitaire mensuel en guise d'honoraires. Au contraire, les avocats-militants de la FF FLN sont mensualisés forfaitairement et défrayés pour leurs déplacements par une organisation interdite.

- 11 Si les « avocates historiques » sont surtout considérées comme les « femmes de », ce n'est pas le cas des avocates du collectif FF FLN. Diverses explications peuvent être avancées : leur mari n'est pas avocat ou elles ne sont pas mariées, leur nom ne porte pas la marque de ce lien, ce sont elles qui font venir leur mari vers le combat anticolonialiste actif plutôt que l'inverse. Ainsi, c'est l'ancienne secrétaire de la Conférence du stage Janine Barbet-Massin qui, en contact avec Jacques Vergès, favorise l'intégration de son mari Maurice Courrégé dans le collectif – et non l'inverse.

B. La revendication du titre « d'avocat »

- 12 Si elles ne sont pas mises au second plan de ce point de vue, il n'empêche que leur genre les conduit à devoir légitimer cette différence au sein d'une profession dans laquelle elles sont marginalisées du fait de la singularité de leur engagement anticolonialiste. Elles exigent alors d'être nommées à égalité avec leurs confrères, en revendiquant le titre « d'avocat » et non « d'avocate ». À titre liminaire, il faut préciser que le combat de Gisèle Halimi pour la féminisation du titre « d'avocat » est rétrospectivement trompeur. Il semble induire une linéarité dans les revendications pour se faire appeler « avocate » qui ne résiste pas aux sources³². Gisèle Halimi a fait de cette féminisation son combat a posteriori en raison de l'interdiction par l'Ordre des avocats de féminiser son titre après le « Manifeste des 343 », en 1971, puis de sa convocation disciplinaire, suivie d'un blâme, pour sa déclaration sur son avortement en tant qu'avocate, lors du procès dit « de Bobigny », un an plus tard³³. En effet, pendant la guerre d'Algérie, toutes les avocates, Gisèle Halimi comprise, utilisent dans les en-têtes de leurs correspondances le titre « d'avocat »³⁴. La féminisation du titre d'avocat est rejetée, de façon aussi unanime que durable, par les avocates du collectif, comme par la majorité des féministes de leur époque.
- 13 Le refus de féminiser le titre a été opposé avec vigueur à plusieurs reprises par les premières intéressées, preuve de l'importance du sujet pour les avocates de cette génération et qui étaient membres de ce collectif. Lors de ma rencontre avec Jacqueline Jaeger, celle-ci a insisté pour me lire un texte brocardant la féminisation des titres des professions judiciaires. Elle m'a indiqué qu'elle m'autoriserait à féminiser son titre, le jour où l'expression « gardeuse des Sceaux » serait employée³⁵. De même, lors des funérailles de Cécile Draps, qui fut la première femme avocate au barreau de la Cour de cassation en Belgique³⁶, son associée, Jacqueline Oosterbosch, prononçant l'un des éloges funèbres, rappela l'interdiction formelle de Cécile Draps de féminiser son titre. L'avocate liégeoise Jacqueline Oosterbosch précisa dans son discours :

Cécile était féministe. Du féminisme de sa génération. Pas question pour elle de se définir comme « avocate », elle était avocat et ensuite « avocat à la Cour ». Mais elle

ne m'a pas empêchée de mettre ma fonction au féminin ; elle savait entendre un autre avis que le sien³⁷.

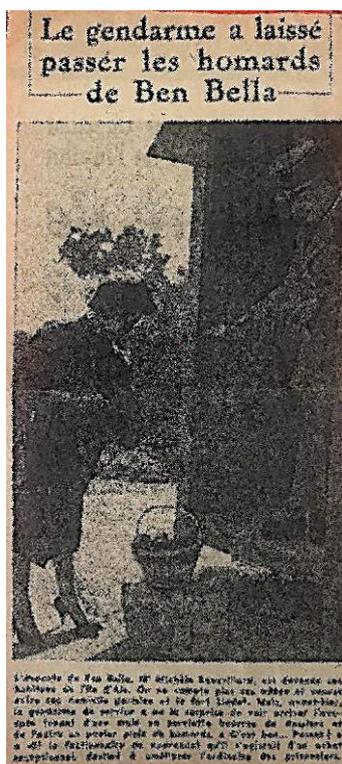
- 14 Pour reprendre l'expression de l'avocate féministe Lucienne Didner-Sergent : « sous la robe, il n'y a pas de sexe ». Cette phrase qui, après Mai 68, suscite encore l'hilarité dans sa profession, nous paraît pourtant éclairante pour suivre le cheminement intellectuel des avocates engagées, qui défendent le titre « d'avocat »³⁸. Le refus du titre « d'avocate » laisse envisager qu'à l'instar de Draps, ces avocates ne veulent pas exercer leur fonction en tant que femme ou bien en tant qu'homme³⁹. Elles prétendent alors détacher totalement l'exercice de la fonction d'une approche différenciée. Cette conception de la défense est d'ailleurs partagée mais aussi revendiquée par plusieurs avocates du collectif dont Michèle Beauvillard, Janine Barbet-Massin, Claudine Lewkowicz, voire Nicole Rein.
- 15 Comment l'expliquer ? Pour comprendre cette revendication du masculin, une hypothèse vraisemblable serait que ces avocates, par leurs études et par leurs engagements politiques respectifs, aient voulu affirmer être les égales de leurs confrères masculins pour échapper aux préjugés dont elles font l'objet et qui restent actifs ou sont réactivés par la singularité de leur engagement⁴⁰. Une autre hypothèse, éventuellement complémentaire, est de ne pas s'afficher comme féministe⁴¹ afin de ne pas être disqualifiée ou de ne pas brouiller les causes, entre féminisme et anticolonialisme. Cette idée se retrouve en particulier dans la préface des écrits de Radziewsky où, dès la première page, celle-ci est définie de la manière suivante : « Marie-Claude Radziewsky est une féministe reconnue depuis une époque où le fait de l'être pouvait signifier un rejet par la société »⁴². Ce discrédit s'est manifestement estompé par la suite et ne subsiste plus que dans certains milieux⁴³. Une autre explication de cette revendication du masculin par les avocates anticolonialistes tiendrait dans le fait d'opposer un refus d'être renvoyées à leur genre dans la profession. Les avocates anticolonialistes partagent avec les consœurs de leur génération ce trait commun de refuser de féminiser leur titre, mais l'explication générationnelle n'est probablement pas la seule raison. En effet, elles refuseraient donc de se singulariser alors qu'en raison de leur féminité elles sont assignées à un rôle d'avocat.e politique de second plan, ce qui justement ne correspond pas à la réalité. En d'autres termes, ces avocates anticolonialistes se battent sur la crête d'une double reconnaissance de leur engagement professionnel et politique⁴⁴.
- 16 Bien que la dégradation de la place des « avocates » soit moindre dans le cas des avocates du collectif FF FLN et que celles-ci aient recherché une reconnaissance équivalente à celle entourant les hommes, elles n'échappent ni aux préjugés ni à une invisibilisation qui s'est traduite jusqu'à nos jours dans la mémoire collective et partiellement, dans l'historiographie. De ce point de vue, la comparaison entre deux des figures les plus actives du collectif, Jacques Vergès et Michèle Beauvillard, met en évidence les disparités de genre dans les représentations de l'avocat.e.

II. Michèle Beauvillard, « L'anti-Vergès »

A. L'invisibilisation du combat politique par la valorisation des vertus féminines

- 17 Michèle Beauvillard apparaît dans le creux des représentations de l'époque comme « l'anti-Vergès ». Clients et confrères la rapprochent de figures du dévouement féminin, notamment religieux⁴⁵. Le docteur Ahmed Taleb-Ibrahimi l'évoque sous les traits d'une véritable « mère Teresa des prisonniers politiques algériens »⁴⁶. Nils Andersson, éditeur et militant de l'indépendance de l'Algérie, reproduit une lettre de Jean-Louis Hurst, qualifiant son avocate « de véritable ange gardien »⁴⁷. La métaphore religieuse n'est pas dépourvue de sens, puisque des prêtres, tels que Robert Davezies ou bien le lillois Pierre Descheemaeker, ont eu tendance à considérer que l'abnégation de Beauvillard était telle, qu'elle en subissait moralement les conséquences⁴⁸. Son confrère Jean-Jacques De Felice, nous donne une vague idée des méthodes de travail de Beauvillard, mais il renvoie aux mêmes traits d'humanisme dans son portrait de l'avocate⁴⁹. Pierre Vidal-Naquet associe cette image du dévouement à celle de la modestie de son travail en précisant que le rôle de Beauvillard était « à la fois modeste et dévoué »⁵⁰.
- 18 La frontière est alors franchie entre la modestie de « l'être » et du « faire ». Cette association d'idées n'est pas uniquement produite par des hommes. L'ancienne résistante Madeleine Riffaud considère Michèle Beauvillard comme une « bonne bourgeoise un peu frêle » et dénie toute réelle ampleur à son action⁵¹. L'antagonisme de Madeleine Riffaud à son égard s'explique peut-être par leur divergence idéologique et structurante : la première est communiste, tandis que la seconde, profondément marquée par le catholicisme, se défie de toute influence communiste. A cet égard, Michèle Beauvillard semble n'avoir jamais été encartée dans un parti politique, même si idéologiquement elle a pu exprimer une proximité avec le PSU (Parti Socialiste Unifié), peut-être par communauté de vues avec le journaliste et résistant Claude Bourdet. L'avocate n'est pas une exception sur ce plan. Nicole Rein se revendique comme étant très proche des idées du PSU, uniquement parce que le discours de ce parti n'entre pas en contradiction avec son engagement anticolonialiste⁵². Hormis les communistes Jacques Vergès, Amokrane Ould Aoudia et dans une moindre mesure Abdessamad Benabdallah, les avocats qui fondent le collectif de défense du FLN sont faiblement politisés.
- 19 La proximité de Michèle Beauvillard avec les détenus et spécifiquement avec les dirigeants du FLN emprisonnés, suscite une attitude ambivalente de la part des autorités, de la presse, voire de ses propres confrères, tel que Jacques Vergès. Comptant sur la dévotion de sa consœur, ce dernier lui délègue les tâches les plus ingrates, les plus difficiles à assurer psychologiquement et/ou nécessitant le plus d'empathie, telles que les visites aux condamnés à mort⁵³. La presse participe à cette représentation collective de l'avocate comme femme dévouée, en insistant cette fois-ci sur son rôle d'intendante. En mars 1961, une photo parue dans un journal, que nous reproduisons ci-dessous, la montre en talons, un panier en osier à ses pieds, se présentant à la sentinelle du fort de l'Île d'Aix où sont internés les membres dirigeants du FLN qui ont été capturés en octobre 1956⁵⁴. La photographie a pour légende : « le gendarme a laissé passer les homards de Ben Bella ».

Illustration 1: Visite en détention par Michèle Beauvillard. L'avocate parisienne à la porte du fort militaire de l'île d'Aix. Coupe de presse, Paris-Presse, 31 mars 1961



<https://www.retronews.fr/titre-de-presse/paris-presse-lintransigeant>

- 20 Cette image de l'avocate ne paraît pas fidèle à la réalité de son activité. Loin d'assumer le rôle de simple cantinière pour Ahmed Ben Bella, Hocine Aït Ahmed, Mohamed Khider et Mohamed Boudiaf, Beauvillard fait partie des défenseur·es les plus chevronné·es du FLN. En tant que collaboratrice de l'avocat Ahmed Boumendjel, elle assure, la défense des premiers dirigeants du FLN en France⁵⁵. Avant même la création du collectif de la FF FLN, alors que Vergès achève tout juste ses études de droit, elle a déjà eu l'occasion d'expérimenter une forme politique de défense à travers l'affaire de Jean-Jacques Rousset, le premier soutien français à la FF FLN, arrêté en 1956⁵⁶. Jusqu'en 1962, elle défend une grande partie des cadres du FLN⁵⁷ et se trouve même chargée de la responsabilité de la zone de l'Oranie, après le découpage géographique dans la répartition des affaires, instauré par le collectif, en 1959-1960. À l'inverse de Pierre Stibbe, de Jacques Vergès et même du chef du collectif Mourad Oussedik, Beauvillard est la seule à recueillir la confiance des quatre dirigeants internés, comme celle du comité de détention de Fresnes, malgré les dissensions entre les leaders eux-mêmes, ou encore entre le comité de détention et la direction de la FF FLN⁵⁸. Dans ce contexte, elle fait figure de véritable clé de voûte du collectif. En 1960, lors du procès du réseau Jeanson, Michèle Beauvillard plaide pour Hamada Haddad – de sa véritable identité Khouadjia Youssef – un haut responsable FLN⁵⁹. Enfin, compte-tenu de son important investissement personnel au profit du FLN, qui est une organisation interdite, elle est la seule femme jugée lors du « procès des avocats » en novembre 1961⁶⁰.

B. Les conséquences des rapports sociaux de sexe sur le *modus operandi* de défense des avocates anticolonialistes

- 21 Ces représentations prospèrent en partie sur les choix faits par l'avocate elle-même. Dans le cabinet qu'elle dirige, elle met en place une forme d'assistance aux détenus inusitée par la plupart de ses confrères du collectif. En effet, ses archives prouvent qu'elle fait des rapports étroits et répétés avec ses client-es, un *modus operandi*. À la prison de Fresnes, Annie Fuster, la collaboratrice de Beauvillard, rend très fréquemment visite à Bachir Boumaza entre le 5 février 1960 et le 24 octobre 1961, soit juste avant l'évasion de ce dernier⁶¹. En se référant aux archives de Jean-Jacques De Felice, collaborateur de Mourad Oussedik, l'historienne Fanny Layani remarque également la fréquence des visites à Fresnes, excédant manifestement les besoins de la seule défense des détenus concernés⁶². Dans l'un des rares articles consacrés à Michèle Beauvillard, cette dernière évoque ce quotidien des visites :

Il est vrai que pendant six ans j'étais à la prison de Fresnes tous les matins. Je me levais à 6h30 et j'y étais à 8h00, avec mon confrère Mourad Oussedik. Je l'aime bien Oussedik. Nous étions donc à Fresnes tous les matins et nous repartions à midi après avoir rencontré les détenus algériens. Une anecdote à ce propos, je prenais des cigarettes pour eux et puisqu'on les voyait un par un, j'en offrais, chaque fois que j'étais avec un détenu du FLN, pour préparer sa défense. Je lui offrais donc des cigarettes, et j'en fumais par la même occasion, alors que je ne fumais pas auparavant⁶³.

Illustration 2: Visite de Michèle Beauvillard à la prison de Fresnes. A sa gauche, autour de la table, un partisan tunisien du FLN non identifié, Ahmed Bencherif (ancien chef de la wilaya IV – Algérois –) et Hadj Benalla (ancien chef de la wilaya V – Oranie –), s.d. (vers 1961)



Collection personnelle de l'auteur. Ne pas reproduire sans autorisation, © P-E Babin.

- 22 L'association avocate-dévouement-intendance est amplifiée par le fait que Michèle Beauvillard est mère de famille. Or, pour cette avocate – et d'autres – la condition de mère de famille suscite de nombreuses difficultés, lesquelles façonnent un mode de vie,

engendrent une organisation particulière et une sociabilité spécifique. Cette dimension de la « conciliation famille-travail » les éloigne des représentations de Vergès, Courrégé et Zavrian, qui selon diverses sources ont une réputation de noctambules⁶⁴. Michèle Beauvillard ou Claudine Lewkowicz, en tant que mères de famille sur lesquelles repose la charge des enfants, doivent les garder dans leurs voitures les jours de fermeture des classes et de visites des détenus. De surcroît, des regroupements d'avocates sont aisément identifiables dans des cabinets entièrement ou partiellement féminisés. Le cabinet Beauvillard est ainsi composé de Christiane Tchang, Annie Fuster et Jacqueline Jaeger. Il en est de même du cabinet de Marie-Claude Radziewsky auquel Nicole Rein appartient. Radziewsky travaille aussi occasionnellement avec Hélène Bouchard, du barreau de Versailles. Ce mode d'organisation présente des avantages pour mettre en place un roulement dans les déplacements en Algérie, en particulier pendant les grossesses de plusieurs d'entre elles⁶⁵.

- 23 Les représentations tronquées adossées à la personne et au rôle joué par Michèle Beauvillard, alors même qu'elle fait partie des avocates les plus actives dans la défense judiciaire des membres du FLN, sont symptomatiques d'un malaise plus général sur la place des avocates dans le collectif alors même qu'elles y sont nombreuses, en particulier à Paris où il y a presque parité numérique à leur avantage.
- 24 Les avocates se trouvent au cœur des contradictions de genre et des préjugés qui les accompagnent en tant que professionnelles, c'est-à-dire dans l'exercice de leur travail comme nous venons de le voir, mais aussi dans son aspect argumentatif. De ce point de vue, la dénonciation de la torture des clients du collectif est un point d'observation particulièrement intéressant car il a suscité des réactions des membres du collectif, quel que soit leur sexe. Les avocates s'invisibilisent et/ou sont invisibilisées éditorialement sur la question de la torture. Leur façon d'aborder la torture se démarque de surcroît de leurs confrères masculins.

III. Un processus argumentatif genré : la dénonciation de la torture

A. Invisibilisation éditoriale

- 25 Hors des prétoires, les stratégies de défense peuvent passer par de la propagande éditoriale pour rallier l'opinion publique. En 1961, des avocates comme Marie-Claude Radziewsky et sa jeune collaboratrice Nicole Rein contribuent largement aux publications dénonçant les tortures. Elles sont notamment la cheville ouvrière des *Harkis à Paris*, publié sous le patronyme de Paulette Péju, et des *Ratonnades à Paris* (anonyme)⁶⁶. À l'inverse de leurs homologues masculins du collectif, les avocates ne publient aucun ouvrage sous leur nom. Si les femmes ne publient pas c'est parce qu'elles ne font pas publicité de leurs activités d'avocates engagées. Ce choix engendre une représentation minorée de l'engagement militant. Pour les services de renseignement français, le collectif se décompose de la manière suivante, avec d'une part les Algériens et les « trois grands » du collectif (Jacques Vergès, Maurice Courrégé et Michel Zavrian) et, d'autre part, les femmes et les autres avocats plus faiblement engagés⁶⁷.

- 26 L'invisibilisation éditoriale des avocates s'explique par le fait qu'elles ne signent pas de leur nom. Ce choix procède surtout d'un rapport différencié aux médias. Contrairement aux avocats, elles se mettent peu en scène. Peut-être sont-elles moins préoccupées à se construire une « carrière engagée » édifiante ? Peut-être s'effacer médiatiquement leur permet-il d'avoir une plus grande latitude dans leur activité d'avocate-militante ? Cette invisibilisation est également interprétable comme une prise de distance avec les conséquences de leurs dénonciations.
- 27 Cette explication n'est pourtant pas à sens unique. La discrétion médiatique peut aussi être subie par les avocates. A cet égard, leurs confrères semblent les exclure des publications importantes⁶⁸. En outre, même la presse d'opinion feint de les ignorer, y compris une journaliste engagée telle que Madeleine Riffaud. Cette dernière a tendance à considérer que son « amie Michèle Beauvillard », qu'elle dit « prendre sous son aile », fait pâle figure face à un « chef du collectif comme Jacques Vergès », ou bien « par rapport à Amokrane Ould Aoudia et d'autres avocats communistes »⁶⁹. Riffaud reprend à son compte une vision très stéréotypée de l'action de Beauvillard, qu'elle occulte d'ailleurs sciemment dans sa propre biographie conçue à partir d'entretiens⁷⁰.
- 28 De fait, lorsqu'elles ne sont pas anonymes, les révélations ne sont pas appréhendées de la même manière selon que l'auteur est un homme ou une femme. Les rapports d'enquête de la Commission de Sauvegarde des Droits et des Libertés Individuelles (CSDLI) traduisent un certain dédain pour les révélations de tortures. En 1960, son président, Maurice Patin, estime que la plainte qu'il a à instruire, alors qu'il est pressé par la publication des faits de l'enquête, dans la revue des *Temps Modernes*, correspond à des faits « délibérément grossis » par les avocates Maurice Courrégé et Jacqueline Jaeger. Il semblerait que ses conclusions d'enquête tiennent compte du fait que la torture a été révélée par une avocate. En effet, dans d'autres dossiers, Patin se réfère plutôt à l'insuffisance de preuves qu'à l'argument tenant à l'exagération des propos⁷¹. A défaut de pouvoir me livrer à un examen systématique du traitement des plaintes déposées devant la CSDLI, je ne peux pas établir une généralité à partir de cet exemple⁷². Néanmoins, d'autres témoignages vont en ce sens concernant Maurice Patin : ceux de Marie-Claude Radziewsky et Simone De Beauvoir⁷³.
- 29 Cette prise au sérieux « diminuée » par le genre s'étendrait, d'après Nicole Rein, aux plaidoiries. Une telle affirmation me permet d'avancer l'hypothèse d'une intériorisation par l'avocate du fait que ses dénonciations, dans le prétoire comme dans les médias, seraient moins audibles que celles des hommes car ses arguments seraient discrédités, en raison des représentations liées à la « sensiblerie » féminine. En ce sens, elle affirme que ses prises de position, notamment ses plaidoiries, étaient déconsidérées, en tant qu'avocate du FLN, mais surtout en tant que femme :
- Quand on déposait sur les Conventions de Genève, comme j'ai fait et je ne suis pas la seule d'ailleurs, sur les prisonniers de guerre, c'était comme si on chantait « femme sensible... ». Excusez-moi, j'ai parfois des expressions pas très « avocat », mais ça veut dire ce que ça veut dire...⁷⁴.
- 30 Cet exemple de la réception des plaidoiries est caractéristique des stéréotypes appliqués aux avocates politiques. Ainsi, de l'avis des membres de sa profession, Cécile Draps se distingue par son « argumentation tirée au cordeau portée par une voix puissante »⁷⁵. En dépit de ses qualités, l'appréhension par la presse de l'avocate belge conduit le plus souvent à évoquer ses traits physiques, plutôt que sa défense, comme seule clé de compréhension de sa stratégie de défenseure. De même, son confrère Serge

Moureaux, semble réduire le portrait de Cécile Draps à cette expression pour le moins caricaturale⁷⁶. Ces exemples nous démontrent les difficultés pour les avocates à rendre crédible leur défense politique qui contournerait les stéréotypes⁷⁷.

- 31 Gisèle Halimi fait exception à cette logique d'invisibilisation. Précisons d'abord qu'elle n'a jamais été membre d'un collectif d'avocat·es du FLN. Ensuite, contrairement aux autres avocates, elle adopte dès le départ les codes propres aux hommes engagés dans *cause lawyering*. À Alger, en mai 1958, Halimi personnifie les atteintes à tous les défenseur·es, de la même façon que Vergès, en juillet 1957⁷⁸... Elle tente à son tour de diriger, en vain, la publication d'un brûlot : le *Livre blanc sur la justice*, avant de faire paraître également ses articles dans *Les Temps Modernes*⁷⁹. Halimi se choisit aussi une égérie à travers une autre Djamila. Il s'agit d'une affaire sur laquelle, tout comme Vergès cinq ans avant elle, Gisèle Halimi s'associe à une écrivain·e de renom pour médiatiser sa cause⁸⁰. Conséquence de ce jeu de passe-passe, les deux Djamila se confondent dans l'opinion publique, alors qu'une seule a été effectivement condamnée à mort. Enfin, Halimi affirme un peu rapidement, dans les faits et en droit, qu'en 1962, Djamila Boupacha est séquestrée par le FLN⁸¹. En un mot, Gisèle Halimi n'a-t-elle pas déjà « vergèssiser » sa manière de voir le droit et d'être « avocat »⁸² ?
- 32 L'invisibilisation et la faible confiance dans l'argumentation développée par les avocates en matière de dénonciation de la torture constituent une singularité genrée, à laquelle s'ajoute celle du contenu de ces dénonciations.

B. Dénoncer les atteintes et crimes sexuels

- 33 La considération dont les avocates ont joui auprès des militants algériens emprisonnés ou torturés s'explique pour deux raisons. Il s'agit, d'une part, de la solidarité pour des victimes de racisme et, d'autre part, des atteintes à l'intégrité physique et notamment des atteintes sexuelles. Il n'est pas anodin que les avocat·es d'origine juive battent la campagne du FLN contre la torture. Cette fraternité antiraciste pouvait être ressentie par certains Algériens et notamment des condamnés à mort. L'un d'entre eux, Arab Aïnouz rapporte cet élément dont il a pris conscience⁸³. De sorte que les atteintes à la dignité humaine trouvaient un écho particulier chez les Algérien·nes qui voyaient en leurs défenseurs et défenseuses d'autres victimes de discriminations⁸⁴. La féminité n'est donc pas un élément exclusif pour comprendre la proximité entre les Algériens et leurs avocates, car la judéité de plusieurs d'entre elles, à l'instar de Nicole Rein, est aussi un élément essentiel dans leur engagement. Elles ont pu en discuter avec certains de leurs clients⁸⁵.
- 34 En matière de dénonciation des atteintes sexuelles, les avocates font preuve d'audace, puisqu'en droit le viol d'un homme au moyen d'un objet ne pouvait recevoir que la qualification d'attentat à la pudeur. Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, et plus exactement avant la loi du 23 décembre 1980, le viol d'un homme – au moyen ou pas d'un objet – n'est pas poursuivi dans le droit positif. Les avocates font alors œuvre d'une grande habileté car, faut-il le rappeler, l'intention sexuelle reste encore à démontrer aujourd'hui. De ce point de vue, elles mènent un travail juridique précurseur – mais sous-estimé⁸⁶ – en droit pénal spécial.
- 35 En revanche, tout en isolant la matérialité de l'acte du viol, elles concentrent essentiellement leur argumentaire juridique sur une forme de torture commise par une personne dépositaire de l'autorité publique. Les avocates semblent alors procéder par

gradation de l'importance de l'atteinte en ouvrant déjà la voie au viol en période de guerre et donc en crime de guerre. Ainsi, le travail de l'avocate faisait osciller le débat sur la question de la qualification pénale des simples violences volontaires à celle de crime de guerre. L'argumentation développée s'adresse tout à la fois au juge, chargé de la qualification pénale, qu'à l'opinion publique⁸⁷.

- 36 La dénonciation des atteintes sexuelles s'est faite dans des conditions genrées singulières. L'utilisation de cette argumentation est propre davantage aux avocates qui y sont visiblement plus sensibles, mais elle a aussi été rendue possible par le rapport entre les avocates et certains détenus algériens qui marque une forme de « sororité », non pas comme rapport de soutien entre femmes comme le terme a pris aujourd'hui sens, mais de solidarité entre une femme et un homme⁸⁸.

C. L'avocate-sœur

- 37 Le terme de « sœur » se retrouve très souvent dans les correspondances privées entre les détenus algériens et leurs avocates françaises⁸⁹. Je pense qu'il n'est pas possible de résoudre la question de la raison de cette spécificité épistolaire, par une simple intégration honorifique à la communauté spirituelle de l'Islam (*l'Oumma*), comme cela pourrait être le cas pour les « avocats frères ». Ce rapport entre l'homme et la femme prend ouvertement la forme d'une relation asexuée⁹⁰. À travers la correspondance émise depuis les prisons, l'importance des visites des avocates est particulièrement visible. Pour certains détenus, leur présence pourrait combler un vide affectif. Les variations dans la manière de s'adresser à l'avocate plaident en ce sens. Ainsi, le condamné à mort Bourenane s'adresse à Nicole Rein, en l'appelant « chère amie » et lui écrit en lui rappelant sa « qualité de combattant » : « comment voulez-vous que je vous considère ? Si ce n'est pas comme une grande sœur que j'aime beaucoup (fraternellement) »⁹¹.
- 38 En outre, l'appellation « sœur » est une condition sine qua non pour les Algériens torturés et notamment ceux atteints dans leur virilité. En effet, pour la première fois pendant la guerre d'Algérie, ce sont des avocates qui révèlent les atteintes sexuelles contre leurs clients. Cette absence de sexualité entre l'avocate et le militant a joué un rôle dans la mise en confiance pour révéler les tortures de nature sexuelle. En effet, bien peu de dossiers s'affranchissent de la périphrase pour reconnaître l'étendue des atteintes. Des mots ou expressions peuvent être isolés dans les paroles des victimes en ce sens : « de rage et de honte d'essuyer les saletés », « en tous genres », « plein d'autres sévices ». Ces avocates « sœurs » parviennent à encourager littéralement des révélations, comme dans les cas de Mokrane Sakhraoui et Mohand Ouali Merabet, tous deux défendus par Marie-Claude Radziewsky, et de Boualam Bedhouche, défendu par Claudine Lewkowicz⁹².
- 39 Si le FLN menait une campagne de dénonciation des tortures, ses membres évitent la référence aux atteintes et crimes sexuels, en particulier lorsqu'il s'agit de cadres importants de la Fédération de France du FLN⁹³. Pratiqués principalement par des membres de la Force de Police Auxiliaire de Paris (FPA) sur d'autres individus venant d'Algérie, ces actes qui seraient aujourd'hui qualifiés de viols, remettaient en cause la posture virilisante du révolutionnaire et plus tard du vainqueur, qui plus est musulman. Ce rapport au corps du colonisé est très important dans les opérations de tortures, avec le rapport au discours sur la domination coloniale⁹⁴. L'historien Todd

Shepard a en effet démontré que les représentations de la virilité du musulman en France basculent avec le conflit franco-algérien⁹⁵.

40

FLN amène loin dans la destruct
montré combien les présuppo
femmes. L'action de ces

En conclusion, la lecture genrée du combat judiciaire mené par les avocates du collectif de la FF

Dans cette défense politique, les hommes ont été plus soucieux de se tailler la part du lion en inscrivant leur action dans une carrière édifiante, bâtie sur l'anticolonialisme ou les Droits de l'Homme. À l'inverse, les femmes n'ont pas gagné de notoriété dans ces affaires.

- 41 Cet article interroge entre les lignes une question qu'il reste encore à creuser : l'articulation entre cause indépendantiste et cause féministe⁹⁶. L'attachement de ces avocates aux principes généraux du droit pour servir la cause politique possède des prolongements dans les mobilisations féministes par le droit⁹⁷.

L'espace franco-belge, dans lequel interviennent ces actrices du droit, tend à démontrer que le processus argumentatif genré, expérimenté durant la guerre d'Algérie, trouve rapidement un nouveau champ d'application, notamment sur la question des atteintes sexuelles, ou sur l'égalité dans le cadre du travail⁹⁸.

- 42 À l'aune des années 1960, ces avocates inclinent plus durablement vers le droit international⁹⁹; plus naturellement aussi, puisque toutes les avocates rencontrées m'ont opposé le fait de ne pas essentialiser leur présence dans le collectif, au détriment de la cause anticolonialiste. Autrement dit, elles ne voulaient pas être, même sur le tard, des icônes du féminisme. Cela n'était pas le sujet, se devaient-elles de me préciser¹⁰⁰.

NOTES

1. C. Serre, *La lionne du barreau*, Paris, Sonatine, 2022, 178 p. ; J. Minkowski, L. Vignoli, *L'avocat était une femme : le procès de leur vie*, Paris, Librairie Générale française, 2022, 188 p.

2. J. Brockman, *Gender in the Legal Profession : Fitting or Breaking the Mould*, Vancouver, UBC Press, 2001, 259 p. ; E. Pierrat, *Les femmes et la justice : les avocates, les magistrates et les accusées passent à la barre*, Paris, La Martinière, 2016, 176 p.

3. B.A Babcock, *Woman lawyer : the trials of Clara Foltz*, Stanford, Stanford University Press, 2011, 370 p. ; F. Chauvaud, *Histoire de la haine. Une passion funeste, 1850-1930*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, 336 p. ; S. Gooptu, *Cornelia Sorabji : India's pioneer woman lawyer*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 241 p. ; M.-J. Mossman, *The first women lawyers : a comparative study of gender, law and legal professions*, Oxford, Hart Pub, 2006, 329 p. ; J. Norgren, *Stories from trailblazing women lawyers : lives in the law*, New York, New York University Press, 2018, 287 p.

4. Notamment : L. Karpic, *Les avocats : entre l'État, le public et le marché : XIII^e-XX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1995, 482 p. ; C. Fillon, *La profession d'avocat et son image dans l'entre-deux guerres*, thèse,

- Université de Lyon, 1995, 600 p. L'article d'Hélène Duffuler-Vialle nous offre un état de la science sur cette question de l'entrée des femmes au barreau. H. Duffuler-Vialle, « La dévirilisation de l'office d'avocat : la loi du 1^{er} décembre 1900 », *La lettre juridique*, mars 2023 [en ligne : <https://www.lexbase.fr/article-juridique/93798215lepointsurbuma9rospa9cialfemmesavocatesogalita9etsororita9blada9virilisationdele2a>].
- Pour une approche comparée, il est possible de se référer aux travaux sur la situation en Belgique, car le collectif d'avocats au cœur de cet article comptait quelques avocats belges, dont Cécile Draps. Parmi les travaux offrant un historique sur l'accès à la profession d'avocate, il nous faut citer en particulier : J. De Brouwer, B. Coppein, *Histoire du Barreau de Bruxelles, 1811-2011*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 156-161 ; A. Cornet, *Le vécu des femmes magistrates en Belgique francophone. Analyse d'une profession sous l'angle des rapports sociaux de sexe*, Anthemis, Limal, 2016, 433 p. ; J. De Brouwer, F. Verslype, J. Delattre, « Le temps des pionnières – La loi du 7 avril 1922 et l'ouverture du barreau aux premières avocates », *Journal des Tribunaux*, 6897, 2022/17.
5. L. Semley, *To Be Free and French: Citizenship in France's Atlantic Empire*, Cambridge University Press, 2017, 362 p. ; C. Palmiste, « Le vote féminin et la transformation des colonies françaises d'Amérique en départements en 1946 », *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [en ligne : <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.66842>] ; Annette K. Joseph-Gabriel, « Gerty Archimède and the Struggle for Decolonial Citizenship in the French Empire (1946-1951) », dir. F. Germain et S. Larcher, *Black French Women and the Struggle for Equality (1848-2016)*, Lincoln, University of Nebraska Press, p. 89-106.
6. F. Renucci, « Les premières avocates du Maghreb (début du xx^e siècle). L'émancipation au prisme de l'intersectionnalité », dir. B. Dupret et N. Bernard-Maugiron, *Droits et sociétés du Maghreb*, Paris, Karthala, 2024 ; F. Renucci, « Les premières avocates du Maghreb (début du xx^e siècle). Des « avantages cumulés genrés » ? », *Les juifs des protectorats du Maghreb et la France*, Paris, Garnier, 2024.
7. V. Codaccioni, « (Dé)Politisation du genre et des questions sexuelles dans un procès politique en contexte colonial : le viol, le procès et l'affaire Djamilia Boupacha (1960-1962) », *Nouvelles Questions Féministes*, 29, 2010/1, p. 32-45 [en ligne : <https://www.cairn.info/revue-nouvelles-questions-feministes-2010-1-page-32.htm>]. L'affaire Boupacha est fondatrice pour l'avocate Gisèle Halimi, qui expérimente alors une stratégie politico-judiciaire superposant la défense juridique d'un cas et la défense des droits des femmes. Sur cette « tactique du procès politique » employée par Gisèle Halimi, voir également T. Shepard, *Mâle décolonisation : l'« homme arabe » et la France, de l'indépendance algérienne à la révolution iranienne (1962-1979)*, Paris, Payot, 2017, p. 292.
8. V. Codaccioni, *Punir les opposants : PCF et procès politiques, 1947-1962*, Paris, CNRS, 2013, p. 359. Si Nicole Dreyfus n'a pas écrit ses mémoires, il est loisible de se reporter à l'un de ses témoignages publiés sur le sens de son engagement. N. Dreyfus « D'une enfance alsacienne à la guerre d'Algérie : racines et permanences du combat dreyfusard », *Être dreyfusard hier et aujourd'hui*, dir. G. Manceron et E. Vidal-Naquet, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2019, p. 467-474. La jeunesse de Nicole Dreyfus peut également expliquer cette déconsidération. Dans l'affaire des époux Guerroudj, condamnés à mort, Nicole Dreyfus est régulièrement présentée comme « l'avocate aux côtés de ». En l'occurrence, de l'avocat Michel Bruguier, ancien résistant qui avait fait le coup de feu à Nîmes, voir notamment P. Braun, *Itinéraire d'un avocat de conviction (1945-1998)*, Paris, Pierre Braun, 2015, p. 26.
9. P.-J. Le Foll-Luciani, « De l'anticolonialisme aux droits des femmes algériennes. Les vies de Simone Ben Amara (1924-2011) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 53, 2021/1, p. 101-126. Dans son ouvrage *Les Juifs algériens dans la lutte anticoloniale*, le même auteur observe le symbole d'être défendu par une avocate juive de gauche, mais aussi sur la surprise que cela semait dans les rangs des clients. Il mentionne également Claudine Lewkowicz, en tant qu'avocate parisienne. P.-J. Le

droit à la cause anticoloniale. Les interventions de la Ligue des droits de l'homme en faveur des « indigènes » algériens pendant l'entre-deux-guerres », *Politix*, 62, 2003, p. 39-64 et L. Israël, *Robes noires, années sombres : avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Paris, Fayard, 2005, 547 p. Sans l'investiture donnée par FLN, des avocat·es bien plus expérimenté·es, comme Pierre Stibbe, ont été écarté·es au profit des jeunes membres du collectif de la FF FLN. P. Vidal-Naquet, *Mémoires, t. 2 : Le trouble et la lumière : 1955-1998*, Paris, Le Seuil, 1998, p. 121.

16. V. Codaccioni, *Punir les opposants...*, *op. cit.*, p. 344. Ce pont aérien consiste à envoyer des avocat·es en Algérie, pour y défendre, à tour de rôle, des nationalistes algériens. Le fonctionnement de cette « noria » d'avocats métropolitains est justifiée par la répression contre les avocats du collectif algérois du FLN, laquelle se conjugue au rejet opposé par des Algériens à être défendus par une avocate commis·e d'office. Cette dernière étant considérée, en tant que membre de la population européenne d'Algérie, comme indifférent·e sinon hostile à la cause politique du client.

17. Ces avocates sont : Janine Barbet-Massin, Michèle Beauvillard, Hélène Bouchard, Annie Fuster, Mireille Glaymann, Renée Hatem, Jacqueline Jaeger, Claudine Lewkowicz, Micheline Lombrage-Bouder, Anne-Marie Blanchet-Parodi, Marie-Claude Radziewsky, Nicole Rein et Christiane Tchang.

18. La centralisation de l'activité du collectif autour des pôles parisiens et bruxellois m'amène à privilégier ces deux groupes, car ils sont prééminents aux yeux des dirigeants du FLN. En effet, l'avocat Mourad Oussedik dirige et répartit les finances l'ensemble de la structure du collectif, en coordination avec le pseudopode belge. Toutefois, ce dernier dispose d'une autonomie financière car l'avocat Serge Moureaux est défrayé directement par le Comité Fédéral du FLN. Je voudrais néanmoins mentionner que la parité se réduit très sensiblement sur l'ensemble des avocat·es du collectif exerçant dans les différents barreaux en France et en Belgique. Les avocates représentent moins de la moitié de l'effectif total des quatre-vingts avocat·es. Mais je constate de très fortes disparités. En effet, les principaux barreaux où se trouvent les avocats du collectif sont celui de Lyon, avec une surreprésentation des hommes, et celui de Bruxelles, où il y a une parité parfaite. L'explication de ces différences tient principalement à l'histoire propre de chaque barreau qu'il est difficile de traiter davantage dans le cadre restreint de cet article. Néanmoins, sur l'action des avocats du collectif inscrits au barreau de Lyon, il est loisible au lecteur de se reporter à l'étude suivante : A. Grosjean, « Les avocats lyonnais et la défense des indépendantistes algériens », *Récits d'engagement. Des Lyonnais auprès des Algériens en guerre*, dir. B. Dubell, A. Grosjean, M. Thivend, Saint-Denis, Bouchène, 2012, p. 79-95. L'auteur ne mentionne qu'une seule avocate parmi le groupe des avocats lyonnais. Toutefois, il précise qu'Emma Gounot fait figure de doyenne dans ce groupe. De surcroît, contrairement aux jeunes avocats, cette avocate est rompue aux procès politiques, car elle a déjà défendu des résistants, puis des collaborateurs. Son nom est cependant ignoré par Mourad Oussedik, le chef du collectif de la FF FLN, comme du responsable politique, Ali Haroun.

19. Rapports annuels de l'Administration pénitentiaire. Numérisés et accessibles sur *Criminocorpus*, année 1961 [en ligne : <https://criminocorpus.org/fr/bibliotheque/collections/rapports-administration-penitentiaire/>].

20. S. Thénault, « Justice et droit d'exception en guerre d'Algérie (1954-1962) », *Les Cahiers de la Justice*, 2, 2013/2, p. 71-81; S. Thénault, *Une drôle de justice. Les magistrats dans la guerre d'Algérie*, Paris, La Découverte, 2004 [2001], p. 239. Précisons que cette compétence juridictionnelle est permise par la loi sur l'état d'urgence du 23 avril 1955 consolidée par les décrets sur les pouvoirs spéciaux du 17 mars 1956 étendant la compétence spéciale au stade de l'instruction. La procédure d'exception qui n'est étendue en métropole que par l'ordonnance du 8 octobre 1958. Il s'ensuit que les avocats du collectif sont donc à la fois à la barre et au greffe des tribunaux correctionnels et des cours d'appel (y compris pour la chambre des mises en accusation, surtout pour le contentieux de la mise en détention provisoire), des TPFA et dans les

cabinets des juges d'instruction. Enfin, les mêmes avocats transmettent parfois leurs pourvois en cassation via des avocats aux conseils et dans quelques cas ils peuvent, avec l'accord des condamnés à mort, présenter un recours en grâce devant le président de la République.

21. A. Deperchin, A. Lecompte, « Les crimes commis par les Algériens en métropole devant la Cour d'assises du Nord 1954-1962 », *Histoire de la justice*, 16, 2005/1, p. 257-270. S. Thénault, « Justice militaire », dans T. Quemeneur, O. Siari Tengour, S. Thénault, *Dictionnaire de la guerre d'Algérie*, 2023, p. 669-672.

22. Par exemple, lors de la vague d'attentats du 25 août 1958 en France. Les auteurs des attentats commis à Rouen et aux alentours sont jugés dans le ressort de la deuxième région militaire, dont le siège du TPFA était à Lille mais l'instruction est confiée à une juge d'instruction de Rouen (affaire Tazbint, Ainouz et autres). Jusqu'à la fin de la guerre d'Algérie, les cabinets des juges d'instruction continuent d'ouvrir des informations judiciaires pour les crimes et certains délits commis en métropole.

23. Ni Omar Boudaoud, ni Ali Haroun, les responsables de la Fédération de France du FLN, ne jugent utile d'en faire mention, à l'inverse de leur prédécesseur Mohamed Lebjaoui. Sur cet aspect de l'avocate comme « femme de son mari avocat », voire « secrétaire de son mari avocat », F. Renucci, « Les premières avocates du Maghreb (début du xx^e siècle)... », *op. cit.* ; M. Lebjaoui, *Vérités sur la révolution algérienne*, Paris, Gallimard, 1972, p. 176 ; A. Haroun, *La 7e Wilaya, la guerre du FLN en France 1954-1962*, Paris, Seuil, 2012 [1986], 529 p. ; O. Boudaoud, *Du PPA au FLN, mémoire d'un combattant*, Alger, Casbah, 2007, 279 p.

24. P. Barthélémy, *Sororité et colonialisme : Françaises et Africaines au temps de la guerre froide (1944-1962)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2022, p. 134 ; voir également V. Codaccioni, « (Dé)Politisation du genre... », *op. cit.*

25. S. Thénault, « Les papiers de Baya Hocine. Une source pour l'histoire des prisons algériennes pendant la guerre d'indépendance (1954-1962) », *L'Année du Maghreb*, 20, 2019, p. 107-122 [en ligne : <https://journals.openedition.org/anneemaghreb/4643>].

26. F. Genevée, notice Cachin Marie-Louise, Alice, version mise en ligne le 25 octobre 2008, dernière modification le 12 avril 2010, [En ligne : <https://maitron.fr/spip.php?article18298>]. Sur les avocates Lise Amblard et Marie-Louise Jacquier-Cachin, il est possible de se référer aux mémoires de P. Braun, *op. cit.*, p. 15 et 57. Marie-Louise Jacquier-Cachin était l'avocate du Viêt Minh.

27. M. Bellot-Gurlet, *Défendre les prisonniers politiques en Afrique subsaharienne : le Comité de Défense des Libertés Démocratiques en Afrique Noire (CDLDAN) et « Plaise à la cour » Les stratégies de défense des prisonniers politiques upécistes face à la justice coloniale (1955-1960)*, mémoires de master 1 et 2 en Histoire, ENS de Lyon-Université de Lyon, 2019, p. 26. L'auteure vient de débiter une thèse intitulée *Les usages politiques du droit et de la justice par le mouvement nationaliste camerounais. Acteurs, réseaux et stratégies de l'Union des Populations du Cameroun (1948-1960)*, sous la direction de P. Barthélémy et F. Renucci.

28.

À propos du parcours complexe de l'avocate Claudine Lewkowicz-Nahori, nous renvoyons à sa notice très complète, rédigée par V. Codaccioni, notice Nahori Claudine [puis Nahori], version mise en ligne l'
<https://maitron.fr/spip.php?article147146>].

29. La Contemporaine, fonds Dreyfus, ARCH/0311/8. L'avocat communiste Pierre Braun envoie une lettre à « son camarade » Nicole Dreyfus pour l'avertir que son client condamné à mort à la prison de Blida lui a signalé l'hospitalisation de Mohamed Chouichi, également condamné à mort. Nous retrouvons également un compte-rendu de la visite de l'avocat communiste Pierre Kaldor, après sa visite à Blida (lettre du 22 mai 1960). En parallèle, Nicole Dreyfus prend soin de s'enquérir sur place, à la prison de Blida, du sort de Mohamed Cheham, client d'Angéline Dominique (lettre du 8 juin 1961). Elle rend compte de l'absence de trace de ce détenu, en

exprimant cette fois-ci ses sentiments amicaux envers sa consœur, sans faire référence aux liens partisans.

30. Archives Nationales (AN) Gisèle Halimi, 799 AP 46. Les archives professionnelles de Gisèle Halimi présentent un dossier concernant Marie-Louise Cachin-Jacquier. Celui-ci nous montre que Gisèle Halimi demande à son amie et consœur de la remplacer à la barre au tribunal militaire de Constantine. Marie-Louise Cachin-Jacquier obtient avec retard l'autorisation de voyage délivrée par la Préfecture de Police de Paris. Cela incite Halimi à déposer une plainte devant la Commission de Sauvegarde des Droits et des Libertés Individuelles et une protestation devant le Conseil de l'Ordre. Ce cas me paraît intéressant dans la mesure où il fait apparaître une sororité plus forte entre avocates.

31. Hormis le cas de l'avocat martiniquais Marcel Manville qui fait figure d'exception dans le collectif communiste car il est mentionné dans les archives du collectif FF FLN. En revanche, son épouse l'avocate Éveline Meyer-Manville, n'y figure pas. Même si elle a rendu des visites à des détenues déjà jugées, les archives sont silencieuses sur son engagement professionnel dans les prétoires. Éveline Meyer est citée comme une visiteuse accompagnée de son nourrisson, par l'ancienne condamnée à mort, J. Guerroudj, *Des douars et des prisons*, Alger, Bouchène, 1993, p. 124. À l'inverse de Manville, il nous faut souligner le fait que Gisèle Halimi n'a jamais appartenu à un collectif du FLN, mais qu'elle était membre du collectif du Mouvement National Algérien (MNA) parfois appelé « collectif de soutien à la répression colonialiste » qui était dirigé par Yves Dechézelles. Malgré la défense de militant·es du FLN dont Djamilia Boupacha, Gisèle Halimi n'a jamais été acceptée comme l'une des leurs par les avocates du collectif de Mourad Oussedik.

32. G. Halimi, *Une farouche liberté*, Paris, Grasset, 2020, p. 48. « À chaque fois, il me fallait rectifier : « Je ne suis pas avocat. Je suis avocate ». Sur mes papiers, mes dossiers, mes cartes de visite, j'ai toujours inscrit : Gisèle Halimi, avocate ».

33. G. Halimi, *Avocate irrespectueuse*, Paris, Plon, 2002, p. 121. Je pense que Gisèle Halimi a changé de position sur le titre parce que les enjeux n'étaient plus les mêmes, mais elle ne s'explique pas réellement sur son positionnement face à l'usage préexistant du titre « d'avocate » quand elle-même choisissait d'employer celui « d'avocat » dans les années 1950. Sur l'incidence de l'emploi du masculin ou du féminin dans des secteurs traditionnellement réservés aux hommes, il est possible de se référer à M. Brauer, « Un ministre peut-il tomber enceinte ? L'impact du générique masculin sur les représentations mentales », *L'Année psychologique*, 108/2, 2008, p. 243-272 ; D. Verweken, B. Hannover, I. Wolter, « Changing (S)expectations: How gender fair job descriptions impact children's perceptions and interest regarding traditionally male occupations », *Journal of Vocational Behavior*, 82/3, 2013, p. 208-220. Les différentes autobiographies consultées demeurent imprécises sur la date exacte du prononcé du blâme contre Gisèle Halimi par le Conseil de l'Ordre des avocats, ainsi que sur l'identité du bâtonnier ; voir en particulier G. Halimi, *Une farouche liberté*, op. cit. , p. 44 ; G. Halimi, *Ne vous résignez jamais*, Paris, Plon, 2009, p. 77. Le « Manifeste des 343 » avait été signé par des femmes revendiquant le fait d'avoir eu recours à l'avortement. Suivant la volonté de la famille Halimi, la sanction prononcée par le bâtonnier est exposée à côté de la robe d'avocate de Gisèle Halimi depuis le don de celle-ci au Musée du Barreau de Paris (actuellement à la Maison des Avocats).

34. AN 799 AP 46, fonds Halimi. À notre connaissance, parmi les avocates des affaires algériennes, seule Gisèle Halimi a modifié radicalement sa position sur l'usage du titre d'avocat. Il est permis de considérer qu'à ses yeux, une telle survivance du titre pour les femmes était un corollaire du conservatisme de certaines « femmes-harkis » à la solde de « l'Ordre (des hommes) ». G. Halimi, *Avocate irrespectueuse*, op. cit. , p. 126.

35. Entretien avec l'auteur, réalisé le 22 novembre 2019.

36. P.-E. Babin, *La Conférence*, avril 2022, p. 16-21 [en ligne : https://www.cjbb.be/wp-content/uploads/2022/10/CJBB_Perio_avril22_print.pdf].

37. Je souligne le fait qu'il s'agisse d'une question générationnelle au sein du féminisme. P.-E. Babin, *Cécile et les autres. Recueil d'hommages en mémoire de Me Cécile Draps, anticolonialiste, maoïste et « avocat à la Cour de cassation »*, à paraître.

38. H. Leclerc, *La parole et l'action. Itinéraire d'un avocat militant*, Paris, Fayard, 2017, p. 195.

39. Courriel de Jacqueline Oosterbosch, avocate à la Cour de cassation et associée de Cécile Draps à Liège, reçu le 10 octobre 2022 : « Vous m'interrogez sur la raison du refus de Cécile de féminiser le titre d'avocat. Nous en avons souvent parlé ensemble ; ses arguments étaient ceux de beaucoup de femmes, féministes, de sa génération – et éloignées de considérations politiques dans la stratégie de défense en tant qu'avocat. Elle considérait que le titre d'avocat ou de magistrat vise la fonction et non la personne qui la remplit, homme ou femme. Elle n'était absolument pas sensible à l'argumentation selon laquelle l'usage a toujours féminisé les "fonctions" inférieures ; que le Moyen Âge a même connu le féminin même pour des fonctions "nobles" et que le masculin s'est imposé pour les fonctions supérieures parce que les femmes en étaient exclues et qu'un rôle social n'est vraiment reconnu que lorsqu'il y a un "mot" pour le nommer ». Ces explications font écho à la réflexion sur l'accès des femmes aux professions de prestige. Sur cette question, se reporter par exemple à Juliette Rennes, *Le mérite et la nature, une controverse républicaine : l'accès des femmes aux professions de prestige, 1880-1940*, Paris, Fayard, 2007, 594 p.

40. Sur les préjugés subis par les avocates dès l'ouverture de la profession aux femmes, il faut citer ici les travaux de J. Rennes, *ibidem* ; et C. Fillon, *op. cit.*

41. Sur la féminisation des titres comme corollaire au processus de féminisation de la profession, je renvoie à l'article de H. Duffuler-Vialle, *op. cit.* À sa suite, je précise que les premières avocates féministes du xx^e siècle revendiquent d'être « des avocats » parce qu'on les assigne à être « des avocates ». Inversement, lorsque l'Ordre des avocats brandit le titre réglementaire « d'avocat » comme fer de lance, les avocates féministes refusent de plier à ses injonctions, car ce serait une manière d'avaliser l'idée qu'être avocate serait attentatoire à la dignité de la fonction. De sorte que la bataille contre la féminisation du titre aurait été ouverte par l'Ordre. Depuis lors, l'emploi du titre « d'avocat » a donc une dimension plutôt réactionnaire. G Halimi, *op. cit.*, p. 121 et p. 126.

42. M.-C. Radziewsky, *Les femmes vaillantes, récits-témoignages*, Alger, Casbah, 2018, p. 13. Garbiñe Larrazabal Iturregui, autrice de cette préface, est la présidente d'une association de femmes universitaires.

43. Néanmoins, il ne me semble pas qu'il y ait eu une banalisation totale du terme, puisqu'il peut rencontrer des réticences dans son emploi pour désigner des formes du féminisme s'exprimant dans des milieux traditionnellement tenus à l'écart du militantisme féministe. Par exemple, la connotation du terme empêche parfois de considérer l'existence de féministes catholiques.

44. En ce sens, je constate que ces avocates du collectif s'inscrivent dans une tendance longue. Elles refusent d'être perçues comme des avocates pour faire reconnaître également leurs qualités professionnelles. Sur ce processus complexe de l'emploi du titre d'avocate comme une étape vers l'idée de dissocier le fait d'être une avocate et l'amoindrissement du prestige d'une profession, voir en particulier : H. Duffuler-Vialle, *op. cit.*

45. Autrement dit, de deux choses l'une, ou bien je m'arrête sur cette unanimité des sources pour considérer l'exemplarité de la modestie de Beauvillard ou alors de façon plus intéressante, je recherche si ces louanges ne peuvent pas traduire aussi l'assignation à un rôle stéréotypé. En insistant sur le fait qu'« elle est merveilleusement modeste », cela signifie aussi « elle doit être modeste », ainsi je soupçonne que l'apologie de la modestie est aussi une injonction à la modestie. Et partant de retrouver l'une des fameuses « vertus féminines » à double tranchant pour exiger des femmes qu'elles restent dans l'ombre.

46. A. Taleb-Ibrahimi, *Mémoires d'un Algérien, t. 1 : Rêves et épreuves (1932-1965)*, Alger, Casbah, 2009 [1999], p. 126.

47. Lettre du déserteur, dirigeant de « Jeune Résistance » (mouvement d'insoumis et de déserteurs français lié au FLN) Jean-Louis Hurst, datée du 23 octobre 1962. Son contenu est

reproduit dans N. Andersson, *Mémoire éclatée : de la décolonisation au déclin de l'Occident*, Lausanne, Éditions d'En Bas, 2016, p. 144.

48. Entretien de Pierre Descheemaeker avec l'auteur, réalisé le 19 mai 2017.

49. J.-J. De Felice, « Souvenirs de la guerre d'Algérie : visites dans les cellules des condamnés à mort », *Hommes et Libertés*, 116, septembre-novembre 2001. À travers son témoignage, l'avocat et militant des Droits de l'Homme démontre aussi que Beauvillard est la cheville ouvrière du collectif. Alors qu'il sera collaborateur au cabinet de Mourad Oussedik, c'est bien des mains de Michèle Beauvillard qu'il reçoit un mandat de substitution pour se rendre à Alger. « J'ai reçu pour mission, comme membre du collectif des avocats du FLN, ou plus exactement à la demande d'une avocate très humaine, sérieuse, dynamique, Michèle Beauvillard, de rendre visite à ses clients "condamnés à mort" et détenus à Alger ».

50. P. Vidal-Naquet, op. cit. , p. 249.

51. Entretien avec l'auteur réalisé le 18 septembre 2021.

52. Entretien avec l'auteur réalisé le 2 octobre 2018.

53. P. Vidal-Naquet, op. cit. , p. 249.

54. Archives du Cabinet Michèle Beauvillard (ACMB).

55. S. Sellam, *Ahmed Boumendjel, 1908-1982 : de la « conquête morale » coloniale à la reconquête de la souveraineté nationale : parcours politique et documents, syndicalisme étudiant, nationalisme fédéraliste et diplomatie de guerre*, Paris, Hémisphères éditions, Maisonneuve & Larose nouvelles éditions, 2021, p. 296. ; l'un des anciens cadres fédéraux, Ahmed Doum, arrêté en 1956, mentionne dans ses mémoires l'intervention de Michèle Beauvillard. A. Doum, *De la Casbah d'Alger à la prison de Fresnes (1945-1962)*, Alger, Casbah, 2013, p. 159.

56. ACMB. Le dossier Rousset démontre que ce dernier a adopté avec son avocate une défense politique dès le stade de l'instruction. Un article fait un historique de l'affaire, peu avant sa remise en liberté. L. Houdeville, « Témoin et scandale. Jean-Jacques Rousset, en prison préventive depuis deux ans... », *Tribune du Peuple*, 14 juin 1958.

57. Le relevé des noms de ses clients démontre qu'elle assure la défense dans les affaires judiciaires concernant les membres du Comité Fédéral, de la plupart des chefs des grands ensembles régionaux du FLN en France (wilayas) comme des insoumis ou des « porteurs de valises ».

58. L'étude de ces rivalités internes ne relève pas de l'objet de cet article. En revanche, il paraît utile d'indiquer que la gouvernance du collectif demeure traversée par ces luttes d'influence, comme le précise notamment la thèse de L. Amiri, op. cit. En outre, le fait que les avocates soient gommées de ces représentations constitue l'une des conséquences de la course au pouvoir. Par exemple, l'avocat Pierre Stibbe n'est pas le visiteur le plus régulier du fort Liédot (lieu où sont détenus les dirigeants du FLN, de 1959 à 1961), mais Michèle Beauvillard. Il n'en demeure pas moins que le documentaire tourné en 2015 accorde une place essentielle à Stibbe et à Ben Bella, en occultant peu ou prou les autres détenus, mais surtout en oubliant Michèle Beauvillard. En conséquence, il est permis d'affirmer à travers cette illustration récente que, si elle est importante dans le collectif, Beauvillard a pourtant été effacée durablement. S. Laddi, *Dans l'ombre d'une guerre. Une histoire secrète du conflit franco-algérien*, Anekdotia Productions, 2014, 52 min. Un comité de détention procède d'une reconstitution d'une structure du parti nationaliste dans le milieu carcéral. Cette structure n'est ni propre au FLN, ni à la prison de Fresnes. En effet, l'on retrouve des comités de détention dans la plupart des prisons et des camps d'internement en France et souvent en Algérie. En outre, il existe aussi des comités de détention du MNA. Le rôle principal de ces comités est de fournir des délégués algériens en tant que représentants exclusifs des détenus politiques vis-à-vis de l'administration pénitentiaire. À Fresnes, le nombre important de détenus et la spécialisation du comité en plusieurs branches spécialisées, dont celle de l'éducation, font de cette structure politique un enjeu important en termes d'autorité. Dans cette prison le comité de détention était dirigé notamment par Bachir Boumaza, ancien coordinateur

du collectif des avocats de la FF FLN, ainsi que par Moussa Kebaïli, ancien chef de la circonscription de Paris de la FF FLN (wilaya 1 ou wilaya de Paris intra-muros). P.-E. Babin, notice Boumaza Mohamed Chérif, dit Bachir [en ligne : <https://biograf.hypotheses.org/192>] (version définitive à paraître sur le Maitron en ligne) ; M. Kebaïli, *Itinéraire d'un militant de la Fédération de France du FLN*, Alger, Dahlab, 2023, p. 69-83.

59. Les débats de ce procès sont partiellement reproduits par M. Péju, *Le procès du réseau Jeanson*, Paris, Maspero, 1961, p. 185 ; ainsi que par J.-M. Théolleyre, *op. cit.*, p. 189. Au moment de son arrestation Hamada Haddad (ancien chef de la wilaya 2 ou wilaya de Paris-banlieue) est hiérarchiquement placé en dessous du Comité Fédéral de la FF FLN, dont il est le représentant en France. En effet, depuis 1958 les cinq membres de la direction de la FF FLN sont basés en République Fédérale d'Allemagne et en Belgique et ils ne se rendent en France que de façon occasionnelle.

60. Le journal *Le Monde* personnifie le procès des avocats en le transformant en « procès de Vergès ». *Le Monde*, « Le procès de Me Vergès et de cinq autres avocats inculpés d'atteinte à la Sûreté de l'État sera plaidé à partir de lundi », 6 novembre 1961.

Une photographie prise à l'entrée du prétoire illustre parfaitement la place centrale occupée par : Jacques Vergès, Michel Zavrian, M
Michèle Beauvillard, parmi ses coprévenus

<https://www.gettyimages.ca/detail/news-photo/french-lawyers-jacques-verg%C3%A8s-michel-zavrian-mich%C3%A8le-news-photo/1232339104?language=fr>

; enfin pour une vision critique de ce procès, il est possible de se reporter à la tribune publiée par

R. Badinter, « Le procès de la défense »,

L'Express, 16 novembre 1961. Cet article est reproduit intégralement dans A. Haroun,

op. cit., p. 176.

61. On dénombre vingt-quatre tampons au bas de l'autorisation de libre communication au cours de cette période.

62. F. Layani, « Fresnes, « prison algérienne »* ? (1954-1962) », *L'Année du Maghreb*, 20, 2019, p. 179-194.

63. C. Harbi, « Cette grandeur de la lutte du peuple algérien », *La Semaine de l'émigration*, novembre 1984.

64. N. Lapeyre, N. Le Feuvre, « Concilier l'inconciliable ? Le rapport des femmes à la notion de « conciliation travail-famille » dans les professions libérales en France », *Nouvelles Questions Féministes*, 23, 2004/3, p. 42-58. Entretien avec Rosine Zavrian (ex-épouse de l'avocat Michel Zavrian), réalisé le 10 août 2019.

65. Entretien avec Jacqueline Jaeger, réalisé le 22 novembre 2019.

66. Archives Cabinet Rein (ACR), les originaux des plaintes contenues dans ces ouvrages ont été conservés par l'avocate Nicole Rein. V. aussi P. Péju, *Les Harkis à Paris*, Paris, Maspero, 1961, 117 p. ; *Ratonnades à Paris*, Paris, Maspero, 1961, 75 p. Des plaintes des clients de Marie-Claude Radziewsky et de Nicole Rein ont été reproduites dans le recueil suivant : P. Kessel, G. Pirelli, *Le peuple algérien et la guerre. Lettres et témoignages*, Paris, Maspero, 1962, p. 658-678.

67. Archives du Ministère des Affaires Étrangères (MAE), SEAA 20, 1959-1967, rapport intitulé : *Organisation de la défense des inculpés Français musulmans membres du FLN. Le collectif des avocats*, 1960, p. 8. Je peux historiciser cette perception différenciée en renvoyant à l'étude de C. Cardi, *Penser la violence des femmes*, Paris, La Découverte, 2017 [2012], 564 p.

68. Je prends deux exemples caractéristiques : les principaux ouvrages collectifs du noyau parisien et belge excluent les avocates. Le cas de l'ouvrage belge est d'autant plus intéressant que Cécile Draps a affirmé de façon constante dans ses témoignages, que l'ouvrage avait été publié avant son intégration dans le collectif, justifiant ainsi le fait d'être restée étrangère à cette publication. Ce qui est inexact car cet ouvrage est publié en décembre 1960 par un collectif qu'elle a rejoint au printemps 1960... Néanmoins, au dernier trimestre de l'année 1960, l'avocate belge s'est rendue en Algérie, à deux reprises. Sa présence sur le terrain pourrait donc justifier

l'absence de sa signature dans l'ouvrage collectif. M. De Kock, A. Merchie, S. Moureaux, M. Oussedik, *Les extraditions d'Algériens ou le chemin de la guillotine*, Bruxelles, S. Moureaux, 1960, 96 p. ; A. Benabdallah, M. Courrégé, M. Oussedik, J. Vergès, M. Zavrian, *La défense politique*, Paris, Maspero, 1961, 114 p.

69. Entretien avec l'auteur, *op. cit.*

70. I. Mons, *Madeleine Riffaud : l'esprit de la Résistance*, Paris, Payot, 2019, p. 212. Entretien avec l'auteur, *op. cit.* Selon le témoignage recueilli auprès de Riffaud, Beauvillard « ne mérite pas d'être mise en avant car d'autres auraient été plus efficaces ». Elle affirme ensuite avoir « eu peur pour la petite Beauvillard, trop gentille, trop inexpérimentée » ajoutant que c'était « tout à son honneur de faire battre son cœur pour l'Algérie, avec un mari épatant et une petite fille », mais que « pendant ce temps, il y avait des avocats qui n'appartenaient pas au FLN et qui faisaient un énorme boulot ». Elle résume son idée en affirmant que Beauvillard n'était « pas une grande avocate, mais qu'elle en avait fait une affaire affective », avant de conclure qu'elle était « très estimée de tous, mais trop sensible pour ce boulot ». Enfin, elle ajoute qu'il ne fallait pas faire de Beauvillard « une héroïne, car elle avait investi trop sur l'Algérie [...]. Mais qu'en Algérie, cela [serait] resté compliqué, alors qu'elle avait espéré mieux, ce qui prouve[rait] qu'elle n'y connaissait rien en politique ». Les préjugés genrés de la journaliste s'appliquent autant à Beauvillard qu'à ses consœurs : « il y avait deux Français aussi dans le collectif, pas très engagés. Dont une jeune femme aussi, très jolie je me rappelle plus de son nom...Radziewsky ». Enfin, lorsque que j'ai rappelé à la journaliste de *L'Humanité*, l'appartenance de Beauvillard au syndicat de l'Union des Jeunes Avocats et à l'Association Internationale des Juristes Démocrates, ainsi que l'antériorité de son engagement par rapport à ses confrères du collectif de la FF FLN, l'ancienne résistante m'a répondu de façon péremptoire. Et, elle m'a livré, en creux de son témoignage, son modèle de l'avocat engagé :

- « Beauvillard c'était uniquement affectif.
- À l'inverse de Vergès qui était très à gauche ?
- Plus qu'à gauche. Jacques avait beaucoup de talent ».

71. Archives Collectif Belge (ACB). Copie du rapport Patin, président de la CSDLI, relatif aux faits révélés dans *Les Temps Modernes* en février-mars 1960. Lors de sa nomination à la CSDLI, Maurice Patin était le président de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Il s'agit ici de l'affaire Cherifi Zouaoui.

72. R. Branche, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie (1954-1962)*, Paris, Folio-Histoire, 2016 [2001], p. 448. Citant le rapport de Maurice Patin, l'historienne relève que pour le magistrat, Djamila Boupacha, la victime, « se prend pour Jeanne d'Arc ». Ce qui tendrait à prouver que pour Patin, les tendances à l'exagération seraient l'apanage des avocates, comme de leurs clientes... En me référant à l'échantillonnage des rapports transmis aux avocates du collectif de la FF FLN, il ressort que soit les affaires de viols, soit celles défendues par des avocates, font l'objet d'un traitement particulier ; voir l'affaire Saadia Mebarek. En l'espèce, en Algérie, une femme de 24 ans, enceinte, est déclarée morte à la suite d'une « crise de nerfs ». Certes, Patin émet des doutes sur les circonstances de la mort, car il soupçonne l'utilisation du courant électrique puisque les mamelons « sont noircis comme du charbon ». En revanche, nul commentaire du magistrat sur les divers lésions au pubis et aux lèvres vaginales, pourtant constatées par le médecin légiste, lequel conclut à des « agressions diverses ». ACB, affaire des femmes arrêtées par le lieutenant Maindel, lettre de Patin au Premier ministre, 3 juillet 1960. Il s'agit donc d'une hypothèse de recherche stimulante à interroger, à partir d'un examen systématique des rapports de la CSDLI.

73. Entretien de Marie-Claude Radziewsky avec l'auteur, réalisé le 26 juin 2017. L'avocate prétend avoir été convoquée par Maurice Patin, avec Nicole Rein, en présence du représentant de l'Ordre des avocats. Selon elle, le président Patin avait estimé que l'envoi d'un courrier en recommandé, pour le presser d'agir contre des séquestrations arbitraires par des policiers, était un procédé irrespectueux. Quant à Simone de Beauvoir, elle accuse le magistrat d'avoir couvert

systématiquement les tortures. Elle s'en explique à travers l'affaire Boupacha, dans laquelle Maurice Patin relativise les conséquences d'un viol d'une femme avec une bouteille, « avec le sourire d'un homme à qui on ne la fait pas », et d'ajouter que sans une perforation des intestins, il n'y avait pas mort d'homme, comme cela avait pu se passer en Indochine... S. De Beauvoir, G. Halimi, *Djamila Boupacha*, Paris, Gallimard, 1962, p. 2 et p. 6.

74. Entretien avec l'auteur réalisé, le 2 octobre 2018.

75. P.-E. Babin, *Cécile et les autres...*, *op. cit.*

76. Reprenant le portrait de Draps dans une revue satyrique non dénommée, Serge Moureaux écrit : « cette Jeanne d'Arc de la libre pensée, dissimulant une sensibilité d'écorchée vive et une ardente générosité sous les dehors sans grâce d'une passionaria intellectuelle, est le type même de la croyante ». S. Moureaux, *Avocats sans frontières. Le collectif belge et la guerre d'Algérie*, Alger, Casbah, 2000, p. 58. Il s'agit en fait de l'article publié dans *Pan*, « Martyrs... d'une cause perdue », 1^{er} mars 1961. J'ai retrouvé une description similaire de Cécile Draps dans la rubrique de la même revue satyrique belge *Pan* intitulée « Pan au Palais ». Le journaliste tourne en dérision la protestation du 4 décembre 1960 parue dans *Le Journal des Tribunaux*, contre les atteintes aux droits de la défense qui seraient contenues dans l'ordonnance du 6 octobre 1960. Dans cet article, Cécile Draps est qualifiée de « pétroleuse ». Et plus loin, le journaliste écrit : « Force est bien de constater, conclut cet article que cette réforme que nous tenons pour dommageable – ah quand même ! – n'eut point été réalisée si les règles que nous permettons de rappeler n'avaient pas été méconnues. Méconnues par qui ? Devinez... Mais par les avocats pro-FLN, pardi. Et pan sur les petits copains de Cécile-de-mon-cœur ». *Pan*, « Avocats parachutistes...parachutés d'office », 7 décembre 1960.

77. Le stéréotype de la voix féminine dans le prétoire a été étudié par C. Fillon, *op. cit.*, repris par H. Duffuler-Vialle, *op. cit.* Je pense qu'à l'époque des procès plaidés par les avocates du collectif cette dimension était encore très présente, tant les chroniqueurs érigeaient à l'époque comme canon « la voix d'airain » d'un « ténor du barreau » comme Henry Torrès. Cette dimension étant constamment reproduite dans les biographies au sujet de cet avocat, voir notamment : M. Dreyfus, N. Racine, notice Torrès Henry, version mise en ligne le 30 novembre 2010, dernière modification le 6 novembre 2022 [en ligne : <https://maitron.fr/spip.php?article132843>].

78. P. Braun, *op. cit.*, p. 70. L'avocat estime avoir fait preuve d'une trop grande discrétion sur son « embastillement » avec Gisèle Halimi par les militaires.

79. Halimi et Vergès ont tendance à monopoliser la communication des collectifs auxquels ils appartiennent, en se chargeant plus ou moins du bureau de presse. Ils franchissent aussi les lignes de démarcation entre les collectifs (communiste, messaliste et frontiste) au point de brouiller parfois leurs appartenances respectives. En 1958, Halimi tente de coordonner un *Livre blanc sur la justice* qui ne voit finalement pas le jour, peu après l'intégration d'une contribution de Vergès. Mais il y a fort à parier que l'esprit de cet ouvrage se retrouve dans l'un de ses articles publiés dans *Les Temps Modernes*. Voir en particulier G. Halimi, « La défense hors la loi », *Les Temps Modernes*, février-mars 1960, 167-168, p. 1191, où elle manie le sens de la formule, l'outrance et les connaissances historiques solides. Par exemple lorsqu'elle évoque des « torquemadas déguisés en paras », faisant ainsi référence à Tomas de Torquemada, qui est le Grand Inquisiteur, réputé pour sa cruauté. Je pense que Vergès n'aurait pas renié une telle analogie.

80. G. Arnaud, J. Vergès, *Pour Djamila Bouhired*, Paris, Minuit, 1957, 215 p.

S. De Beauvoir, G. Halimi, *Djamila Boupacha*, *op. cit.*, 280 p.

81. G. Halimi, *Le lait de l'oranger*, Paris, Gallimard, 1988, p. 316.

82. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte du genre de mes sources. Celles-ci convergent pour reconnaître le refus de Gisèle Halimi de se soumettre à une discipline d'un collectif... dirigé par un homme. De même qu'elles se recourent pour considérer son incapacité à un quelconque effacement personnel, pour mieux se fondre dans une conception solidaire d'une équipe d'avocat·es. Et, dans ses mémoires inédites, le chef du collectif, Mourad Oussedik,

surenchérit dans une vision très négative de Gisèle Halimi, puisqu'il la considère comme : « un élément remuant, travaillant pour elle-même et ayant un pied partout ». M. Oussedik, *Mémoires*, s. l. n. d., n. p. Ce qui rejoint d'ailleurs la vision des autres hommes du collectif dont j'ai pu recueillir les témoignages. Cependant, les femmes ont observé avec moi une tout autre attitude. Faisant preuve d'une certaine sororité, les avocates et plus catégoriquement encore Cécile Draps (dans un entretien accordé à l'auteur, en août 2020), m'ont fait observer qu'elles ne contestaient pas cette version, mais qu'elles n'en diraient pas davantage, « en raison de ce que toutes les femmes devaient à l'action de Gisèle Halimi depuis les années 1960 ».

83. Entretien avec l'auteur, réalisé le 4 septembre 2017.

84. Je pense que les avocates ont pu être doublement perçues comme des victimes, du racisme mais aussi du sexisme, lorsqu'elles étaient d'origine juive. A ce stade de mon développement, je voudrais préciser que d'après les sources consultées, contrairement à la situation en Algérie, les cas de viols d'Algériennes en France par les autorités chargées de la répression sont relativement inexistantes. Tout d'abord, les femmes sont moins nombreuses dans l'immigration algérienne. Ensuite les rares mentions de violences sexuelles contre les Algériennes, en particulier par la FPA de Paris (Force de Police Auxiliaire) ne paraissent pas faire l'objet d'une prise en considération particulière à l'aune des archives du collectif des avocats. J'ai retrouvé une allusion dans les dossiers du collectif mais les faits de cette agression sexuelle ou de ce viol ne sont relatés que trop brièvement et uniquement sous l'angle de l'atteinte à l'honneur du mari. De sorte que je constate finalement dans ce cas de figure une conception des violences sexuelles qui a irrigué la conception des viols en temps de guerre mais aussi plus largement le droit. À cet égard, voici la formulation retenue pour décrire un Algérien victime de la FPA : « Il a également fait état du témoignage d'un musulman algérien. Celui-ci affirme que sa femme a été violée après qu'un supplétif l'eut fait sortir, lui, de l'appartement sous la menace de son arme », ACB, *Un dossier du Comité pour la Paix en Algérie, Les harkis à Paris*, s. l., Comité [belge] pour la Paix en Algérie, 1961, 13 p., p. 8. Sur ce silence relatif dans les archives des avocates je peux établir un parallèle intéressant avec l'étude proposée par Marc André mettant sur le même plan les justices coutumière ou politique algériennes et la justice française pour considérer, qu'à cette époque, elles participaient toutes deux à accentuer la vulnérabilité des Algériennes. Néanmoins, je souhaite apporter une nuance car la composition du collectif de la FF FLN démontre que dans cette dénonciation de la violence, les « paroles autorisées » ne sont pas « toujours des hommes ». En outre, les avocates rencontrées au cours de notre recherche assurent ne pas avoir eu de clientes algériennes, alors que l'un des avocats du collectif s'est souvenu spontanément de l'une de ses clientes, prénommée Khadidja, violée avec une bouteille dans un commissariat de police. Cet avocat parisien était chargé de la défense des Algériens, notamment à Pontoise et à Senlis, ainsi que dans le nord de la France. M. André, « Complicités judiciaires, Les Algériennes au croisement des violences patriarcales dans la France des années 1950-1960 », *Raison Présente*, 227, 2023/3, p. 69. Entretien avec un avocat parisien du collectif, réalisé par l'auteur, le 13 septembre 2023.

85. N. Rein, *Mémoires*, s. l. n. d., n. p. Dans ce manuscrit, l'avocate évoque ses discussions avec Bachir Boumaza sur ce sujet.

86. V. Codaccioni, « (Dé)Politisation du genre... », *op. cit.*

87. Ce recours à la qualification sur des délits sexuels avait déjà été expérimenté en 1950, dans le procès Max Boden, à Bruxelles, pour contourner la non-rétroactivité des conventions internationales et condamner les tortures pratiquées par le responsable de la déportation des Juifs de Belgique ; R. Branche, F. Virgili, *Viols en temps de guerre*, Paris, Payot, 2013, p. 15.

88. Dans ce cas de figure, il est possible d'envisager aussi la notion « d'adelphité ».

89. ACB. Ainsi le détenu Ali Bourenane s'adresse à son avocate Cécile Draps en l'appelant « sœur et maître ». Lettre du 15 novembre 1961. ACR Le condamné à mort Arab Aïnouz continue d'appeler Nicole Rein « chère sœur » que ce soit à la prison de Béthune ou encore après son

retour en Algérie (lettres du 10 avril 1962 et du 18 mai 1962), de même que Rahmouni El Ayachi, à la prison de Douai (lettre du 10 janvier 1962), et Ouahmed Aïssaoui, à la prison des Baumettes, à Marseille (lettre de janvier 1962). Ces exemples extraits du dossier des condamnés à mort dans les archives de Nicole Rein ne sont évidemment pas limitatifs, ce qui a suscité chez elle les remarques suivantes : « Voici une lettre d'un détenu arrivé chez lui le 25 mai 62 ! J'étais la "sœur" de tant de gens... ». Entretien de Nicole Rein avec l'auteur, réalisé le 2 octobre 2018.

90. Dans les faits, l'ambiguïté peut néanmoins apparaître entre les jeunes avocates et leurs clients. Mais elle est immédiatement combattue par le FLN comme par les institutions. Ainsi, Nicole Rein reçoit un rappel déontologique par le bâtonnier de l'Ordre des avocats pour avoir donné son foulard en soie à un détenu.

91. ACR Lettre d'Ali Bournane à Nicole Rein. Condamné à mort et détenu à la prison de Rennes, le 10 février 1962.

92. La Contemporaine, Fonds Nahori, ARCH/0011/5. Le 3 juillet 1961, l'intéressé dépose plainte entre les mains du juge d'instruction pour les tortures subies à partir du 20 janvier 1961. Il aurait été torturé par plusieurs harkis au poste du 25 rue de la Goutte d'Or. Après étouffement par absorption d'eau. L'intéressé précise : « L'un m'a pris par les épaules, l'autre sous les jambes et ils m'ont assis sur une grande bouteille de Vittel qu'ils avaient posée par terre. L'un des hommes m'a poussé sur les épaules et la bouteille m'est entrée dans l'anus. J'avais terriblement mal, j'ai crié et je me suis d'ailleurs évanoui au bout de quelques instants. Quand je suis revenu à moi, je me trouvais sur la couverture. J'avais plein de sang sur mes jambes et mon pantalon de pyjama ». ACR Les dossiers complets de Sakhraoui et de Merabet se trouvent dans les archives de Nicole Rein car celle-ci était la collaboratrice de Marie-Claude Radziewsky.

93. Entretien d'Ahmed Baba Hamed avec l'auteur, réalisé le 11 mai 2018. Dans nos entretiens avec l'ancien chef de la wilaya de Paris, j'ai dû interpréter certaines de ses réponses elliptiques. De fait, celui-ci avait été soumis à la torture par la FPA de Paris, composée de harkis, en novembre 1961. Mais aux interdictions d'évoquer certains sévices, se greffait une forme d'autocensure sans doute plus durable. Sur la difficulté à restituer la parole des femmes sur le viol, il est loisible de se reporter à l'article d'Adel. K. Adel, « La prison des femmes de Tifelfel : Enfermement et corps en souffrance », *L'Année du Maghreb*, 20, 2019, p. 123-138.

94. R. Branche, « Des viols pendant la guerre d'Algérie », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 75, 2002, p. 124-125 ; R. Branche, *La torture et l'armée pendant la guerre d'Algérie (1954-1962)*, op. cit., p. 345. L'historienne associe le viol pendant la guerre d'Algérie avec l'idée de violence politique et de conquête. Le viol est réduit à l'expression d'une domination coloniale sur les corps et les structures sociales des colonisés. Elle précise ainsi : « le viol est un acte de violence dans lequel le sexe de l'homme est le moyen — mais un objet peut lui être substitué — et dont le sexe de la femme n'est pas la fin ultime. C'est la femme elle-même qui est visée. Le désir y est moins sexuel que volonté de possession et d'humiliation. C'est pourquoi les hommes peuvent en être aussi des victimes. Le soldat qui viole ne choisit pas sa victime, il la prend. L'unique caractéristique de celle-ci est d'être algérienne et, dans la guerre engagée, ce critère suffit à dégager un vaste espace des possibles ».

95. T. Shepard, *Mâle décolonisation...*, op. cit., p. 20.

96. Mentionnons à cet égard que Monique Antoine, alors licenciée en droit, mène comme Françoise Collin en Belgique, une activité pour les insoumis regroupés dans le mouvement « Jeune Résistance ». Monique Antoine-Timsit devient ensuite l'une des grandes avocates féministes et Françoise Collin fonde *les Cahiers du GRIF* (Groupe de Recherche et d'Information Féministe). B. Pavard, F. Rochefort, M. Zancarini-Fournel, *Ne nous libérez pas, on s'en charge : une histoire des féminismes de 1789 à nos jours*, Paris, La Découverte, 2020, p. 346 ; S. Van Rokeghem, et al., *Des femmes dans l'Histoire de la Belgique, depuis 1830*, Bruxelles, Luc Pire, 2006, p. 187. Parmi les « porteur-ses de valises », plusieurs s'engagent ensuite dans la création du Planning familial. Le cas le plus emblématique est celui d'Évelyne Sullerot ; voir notamment C. Gobin, *Genre et*

engagement : devenir « porteur-e de valises » en guerre d'Algérie (1954-1966), thèse, Université de Lyon, 2017, p. 68

97. Cette transformation du combat algérien est évoquée dans la recherche de Francis Sanseigne, notamment chez les militants du PSU. F. Sanseigne, *Inventer une cause, (dé)faire une loi : le cas de la contraception en France : Socio-histoire de la transformation d'une relation de pouvoir (1955-1967)*, thèse, Université de Lyon, 2019, 981 p.

98. Cécile Draps est devenue la première femme avocate à la Cour de cassation, après avoir soutenu la cause des femmes ouvrières liégeoises, ainsi que le procès de la dépenalisation partielle de l'avortement (affaire du docteur Hubinont). Sa consœur Marie-Thérèse Cuvelliez, est à l'origine des arrêts Defrenne pour l'égalité des femmes salariées. CJCE Arrêt Defrenne I/1971, Defrenne II/1976 et Defrenne III/1978. En l'espèce Gabrielle Defrenne, hôtesse de l'air de la compagnie Sabena, contestait l'application de la clause résolutoire de son contrat qui prévoyait qu'à l'âge de 40 ans, les femmes n'étaient plus « présentables » et qu'elles pouvaient être licenciées de ce fait, contrairement aux hommes. Marie-Thérèse Cuvelliez est l'une des avocates, avec Gisèle Halimi, de l'affaire Tonglet, Castellano, devant la Cour d'assises d'Aix-en-Provence, à propos de la criminalisation du viol.

99. Après l'indépendance de l'Algérie, Michèle Beauvillard (1925-2003) devient successivement l'avocate d'Aït Ahmed, condamné à mort sous Ben Bella, de la famille de Mehdi Ben Barka, des Guadeloupéens du GONG (Groupe d'Organisation Nationale de la Guadeloupe), des Palestiniens de l'OLP (Organisation de Libération de la Palestine), des étudiants iraniens et opposants du Chah... aux ministres de Khomeini, déchus et condamnés à mort, et enfin de la famille de l'avocat Ali Mécili... contre le régime algérien. L'avocate du quai Henri IV, reste une praticienne désintéressée du *cause lawyering*, quand ses confrères du collectif ont déserté des causes considérées à la fois comme des causes justes, mais aussi, souvent, comme des causes perdues.

100. Surtout Cécile Draps. Mais également Jacqueline Jaeger, Nicole Rein, Marie-Claude Radziewsky, ainsi que d'autres avocates du Nord, de Normandie ou des Ardennes.

RÉSUMÉS

Les femmes avocates en situation de lutte pour l'indépendance, envisagée dans une perspective genrée, constitue le cœur de cette étude. Engagées dans le cadre d'un collectif d'avocat·es anticolonialistes du FLN (Front de Libération Nationale), ces femmes ont quasiment disparu de l'Histoire des indépendances. Pourtant, elles ont joué un rôle important pendant la guerre d'Algérie, s'inscrivant dans la pratique du *cause lawyering*. Elles ont développé des arguments spécifiques et expérimenté des stratégies propres qui les placent dans l'histoire des mobilisations féministes du droit, autant que dans celle des luttes anticolonialistes qu'elles défendaient.

This article looks into the ways women lawyers worked during the Algerian Independence War from a gender perspective. These women lawyers were members of an anti-colonial lawyers group of the FLN (Front de Libération Nationale). Contrary to their male counterparts, they remained invisible in History even if they had also taken part in the practice of *cause lawyering*, mainly in metropolitan France. These women lawyers developed their own arguments and strategies. Therefore, they should also be written in the feminist law History as well as the anti-colonial History.

INDEX

Mots-clés : avocates, biais de genre, défense politique, collectif d'avocats, Michèle Beauvillard (1925-2003), Gisèle Halimi (1927-2020), Cécile Draps (1932-2021)

Keywords : women lawyers, gender bias, cause lawyering, lawyers' group, Michèle Beauvillard (1925-2003), Gisèle Halimi (1927-2020), Cécile Draps (1932-2021)

AUTEUR

PAUL-EMMANUEL BABIN

Doctorant

Univ. Lille, UMR 8025 – CHJ – Centre d'histoire judiciaire, F-59000 Lille, France

Dossier : Genre, histoire et droit

III. Les stratégies d'agentivité contre les injonctions juridiques de genre

Stratégies contentieuses et femmes en affaires au XIX^e siècle

Comment tirer avantage des paradoxes d'une législation inégalitaire ?

Sonia Baijot

- 1 Dans sa contribution à l'*Histoire des femmes en Occident*, Nicole Arnaud-Duc insiste sur les contradictions du droit du XIX^e siècle, expliquant notamment que « les rapports de force masculin/féminin font partie d'un jeu d'échanges, d'interpénétrations entre système social et système juridique, au cœur même [de ces] contradictions »¹. Les stratégies contentieuses des femmes en affaires au XIX^e siècle s'appuient sur ces contradictions afin de servir les intérêts commerciaux et juridiques de ces femmes.
- 2 Le terme « femme en affaires » embrasse des situations diverses dans lesquelles des femmes ont pu être amenées à participer activement à la vie économique. Non réduite à la marchande publique², la femme en affaires peut être commerçante, négociante, épouse d'un commerçant pratiquant le commerce à ses côtés ou bien encore être associée ou actionnaire d'une société commerciale³. Dans toutes ces situations, la femme participe aux « affaires » en exerçant sa puissance d'agir dans le cadre d'activités économiques et financières règlementées⁴.
- 3 Les femmes en affaires du XIX^e siècle font l'objet de récentes études grâce à un travail de renouvellement méthodologique⁵. Les manifestations de leur présence active à la tête d'entreprises contribuent à remettre en question le paradigme des sphères distinctes. Cette remise en question avait déjà été initiée, dès les années 1990 par la recherche anglo-saxonne considérant que la répartition genrée des rôles dans l'Angleterre Victorienne – la sphère publique relevant du domaine des hommes, celle privée, domestique, des femmes – constituait davantage un discours normatif qu'il ne correspondait à la réalité de l'expérience des femmes anglaises du XIX^e siècle. Amanda Vickery notamment, a remis en cause le paradigme des sphères distinctes porté, par exemple, par l'analyse de référence de Davidoff et Hall⁶. Cette dernière est considérée comme l'une des premières ayant conduit à faire de l'idéologie des sphères distinctes un véritable paradigme de recherche. En France, l'idéologie des sphères distinctes du XIX^e siècle ainsi que le paradigme de recherche projeté sur son fondement ont

également récemment été questionnés. L'idée que « regard d'hommes sur les hommes, les archives publiques taisent les femmes »⁷ est désormais mise en perspective avec la conscience qu'il appartient au chercheur de renouveler son regard et ses méthodes pour sortir les femmes du XIX^e siècle d'une forme d'invisibilité⁸. Ce travail de renouvellement méthodologique invite à s'interroger sur la portée de l'idéologie des sphères distinctes ainsi que du paradigme en découlant en histoire du droit. D'une part, le législateur, les juges ou les auteurs de doctrine du XIX^e siècle ont été influencés par le discours normatif sur le genre et donc par l'idéologie des sphères distinctes diffusée à leur époque, ce qui a pu avoir un effet sur leur production de droit. D'autre part, l'histoire du droit, même inspirée par la recherche en histoire et imprégnée des présupposés de sa propre époque, s'affranchit également du paradigme des sphères distinctes. Les résultats des récents travaux sur les femmes en affaires du XIX^e siècle invitent en tout état de cause à poser les jalons d'une meilleure compréhension du contexte juridique dans lequel ces femmes ont pu évoluer.

- 4 Au-delà de la question de l'idéologie des sphères distinctes diffusée au XIX^e siècle et de l'influence exercée par celle-ci sur des pans entiers de la recherche sur l'histoire des femmes, le contexte juridique du XIX^e siècle questionne la manière dont on doit appréhender le contentieux des femmes en affaires. Tout d'abord, on ne peut pas attribuer à la norme, qu'elle soit sociale ou juridique, une qualité nécessairement descriptive de la société qu'elle régule⁹. Ensuite, le droit du XIX^e siècle s'articule entre les contraintes prescrites par le droit civil telle que l'incapacité de la femme mariée entérinée par le Code civil (1804)¹⁰ et le droit d'exception consacré par le Code de commerce (1807), davantage favorable aux femmes¹¹. Le système de hiérarchisation juridique des sexes porte en lui-même les « contradictions du droit »¹², notamment car l'idée de la protection de la femme contre sa propre inconstance, telle qu'elle imprègne les rédacteurs du Code civil, traduit l'incohérence intrinsèque de la norme juridique tenant à l'incapacité des femmes mariées : incapables en droit, elles sont pourtant capables en fait¹³. Sans nécessairement parvenir à ses fins, le législateur du XIX^e siècle, inspiré par des arguments traditionalistes¹⁴, a souhaité mettre en œuvre, à tout le moins dans une certaine mesure, un système organisé d'exclusion économique et sociale des femmes en mobilisant le mécanisme juridique de l'incapacité¹⁵. Il convient par ailleurs de mentionner le vide législatif en matière de capacité civile de la femme non mariée, c'est-à-dire célibataire, concubine, veuve ou divorcée. Cet espace de liberté, laissé volontairement ou non aux femmes par le législateur¹⁶, accorde de fait une place à l'expression commerciale des femmes au XIX^e siècle. En tout état de cause, les nécessités économiques et sociales ont posé des limites à l'élan traditionaliste des rédacteurs du Code civil¹⁷. Ceux-ci, suivis par les rédacteurs du Code de commerce, ont naturellement été conduits à tempérer la rigueur de l'incapacité civile des femmes mariées, notamment par l'élaboration d'un régime spécial pour les marchandes publiques. Thaller, semblant lui-même inspiré – consciemment ou non – par l'idéologie des sphères distinctes diffusée à son époque¹⁸, constate qu'il n'est pas rare de voir des femmes exercer le commerce, et même le « grand commerce », lorsque les circonstances le commandent¹⁹. Pour le juriste, les circonstances en question semblent se résumer à la mort ou à l'interdiction du mari, ce qui induirait pour l'épouse l'obligation d'assurer des revenus de subsistance à la famille.
- 5 Les contradictions du droit, portées par une ambivalence morale entre domination et protection des femmes²⁰, invitent les femmes en affaires au XIX^e siècle et leurs conseils à

construire des stratégies contentieuses fondées sur ces ambiguïtés. Jouer sur les qualifications pour s'appropriier les avantages de tel ou tel statut et bénéficier de l'aspect protecteur du droit inégalitaire est alors tout l'enjeu des stratégies contentieuses appuyant les intérêts des femmes en affaires. En effet, le statut de marchande publique notamment, s'il permet aux femmes de bénéficier d'une forme de liberté, implique la responsabilité : la femme marchande publique qu'elle soit mariée ou non prend les mêmes risques que l'homme commerçant. Elle peut être frappée de faillite et subir la contrainte par corps²¹. C'est ainsi en tant qu'elle exerce sa puissance d'agir que la femme en affaires peut être appréhendée en évitant le prisme restrictif de la notion de sujet de droit²². Une nouvelle voie s'ouvre lorsque l'on s'écarte du paradigme de la sujétion pour appréhender la femme en tant qu'agent du droit qui exerce sa puissance d'agir. Il semble alors possible de s'extraire de la fiction civiliste de l'autonomie de la volonté²³, particulièrement insatisfaisante pour la femme contrainte du XIX^e siècle.

- 6 À la tête de son entreprise²⁴, la femme en affaires du XIX^e siècle est avant tout une stratège. Comme l'explique Hélène Verin, « conduire son entreprise est reconnaître la séparation du pouvoir et du vouloir ; c'est ainsi devenir stratège »²⁵. La femme en affaires du XIX^e siècle, prise dans sa dimension d'entrepreneur, exerce donc sa puissance d'agir en mettant en œuvre une stratégie économique pour atteindre son objectif entrepreneurial : obtenir un gain monétaire et/ou atteindre une forme de sécurité, de prestige ou d'indépendance²⁶. Dans le cadre du contentieux, la stratégie prend une autre dimension. Lors du procès commercial, la femme en affaires, conseillée et représentée par un conseil en fonction du stade de la procédure, déploie sa puissance d'agir en mobilisant à son avantage une stratégie contentieuse ayant pour objectif la satisfaction de sa prétention ou le rejet de la prétention de son adversaire. La stratégie contentieuse est concrètement appuyée par le développement de moyens de faits ou de droit venant appuyer son objectif contentieux. Les moyens, comme pour n'importe quel plaideur, sont ainsi porteurs d'une argumentation juridique et contentieuse orientant la décision du juge qui devra y répondre par des motifs.
- 7 Mais comment déterminer le lien entre ces femmes en affaires et les stratégies contentieuses déployées dans le cadre des litiges auxquels elles sont parties ? Il est en effet délicat de distinguer la part d'intention d'une partie à un litige dans la stratégie contentieuse dès lors qu'elle est conseillée et représentée par un conseil qu'il soit agréé, avoué ou avocat dans le cadre du contentieux commercial et en fonction des stades de la procédure.
- 8 Certains indices peuvent appuyer l'idée d'une conscience, voire d'une intervention directe des femmes dans les stratégies contentieuses les concernant, et ce sans préjudice du rôle prévalant de leur conseil le cas échéant. Tout d'abord, la représentation n'étant pas obligatoire en première instance devant le Tribunal de commerce²⁷, les arguments avancés par les femmes en affaires en première instance ont éventuellement pu être repris et détaillés par leurs conseils en appel ou en cassation. Ensuite, une partie, lorsqu'elle est représentée, est aussi conseillée et donc potentiellement informée, si ce n'est des détails juridiques, à tout le moins des rudiments de la stratégie contentieuse portée en son nom et pour son compte par un conseil exerçant sa mission dans le cadre d'un mandat *ad litem*. Par ailleurs, les femmes en affaires ont un besoin spécifique d'information pour exercer leur activité dans la légalité (autorisation maritale à exercer le commerce, autorisation spéciale à constituer

une société de commerce, obligation de publication du contrat de mariage, paiement de la patente, etc.)²⁸. Lorsqu'elles concluent des contrats commerciaux dans le cadre de leur activité, elles ont donc *a minima* une conscience intellectuelle de leur engagement, et potentiellement une conscience, même rudimentaire, des contours juridiques de cet engagement. Dès lors qu'elles acceptent, même par l'intermédiaire d'un conseil agissant pour leur compte, de se défendre des actions de leurs créanciers en revendiquant l'une des variantes de leur incapacité juridique (incapacité à exercer le commerce, à agir en justice, à contracter, à engager des biens dotaux, etc.), ces femmes concourent à mobiliser les paradoxes de la législation inégalitaire pour servir leurs intérêts contentieux, mais aussi commerciaux. Outre-manche, la recherche universitaire s'intéresse ainsi à la manière dont les femmes en affaires du XIX^e siècle font preuve d'agentivité, notamment par l'utilisation du droit. Par exemple, les travaux historiques de Jennifer Aston et Paolo Di Martino soulignent la manière dont les femmes en affaires anglaises utilisent activement le droit inégalitaire pour orienter les procédures de faillite à leur avantage²⁹. Démontrant une utilisation stratégique du mécanisme juridique de *coverture* dans le cadre de la *common law*, des études récentes démontrent ainsi le rôle actif que les femmes en affaires anglaises du XIX^e siècle développent dans leur vie juridico-commerciale. Dans ses travaux orientés vers l'histoire du genre et recourant notamment à l'étude de contrats d'assurance, Nicola Phillips explique également que les femmes en affaires mariées parties à un litige semblent conscientes des mécanismes du système légal anglais, le « manipulant » dès que possible à leur avantage³⁰. Pour revenir à notre étude et au cas français, s'il reste délicat de déterminer le degré d'implication des femmes en affaires dans des stratégies contentieuses élaborées à tout le moins en leur nom et pour leur compte, l'hypothèse de leur implication est ainsi plausible et semble en cohérence avec le comportement juridico-commercial des femmes en affaires anglaises. Dans une démarche contentieuse, les femmes en affaires du XIX^e siècle ont intérêt à s'appuyer sur l'ambivalence d'une incapacité juridique non justifiée par une incapacité intellectuelle. Pour mettre en lumière cette utilisation contentieuse des paradoxes de la législation du XIX^e siècle, notre démarche méthodologique se fonde sur l'analyse des moyens de fait et de droit invoqués à l'appui des intérêts des femmes en affaires parties à un litige commercial. Ces moyens, qui révèlent une stratégie contentieuse, ont été identifiés à travers l'exploitation d'un corpus de 87 arrêts d'appel et de cassation. Ces arrêts, compilés dans le *Recueil Dalloz* pour la période 1804-1900, sont parfois accompagnés de comptes rendus détaillés d'audience et de notes permettant de retracer la procédure et les faits des affaires étudiées³¹. Bien qu'au fur et à mesure de l'avancée du siècle les moyens sont de moins en moins détaillés par les rédacteurs des recueils³², il est tout de même régulièrement possible d'identifier les moyens invoqués dans l'énoncé des moyens à l'appui d'un pourvoi en cassation, à travers le rappel de procédure réalisé par les cours ou dans d'éventuelles notes rédigées par le rédacteur du recueil lui-même. S'appuyer sur les moyens développés dans le cadre du contentieux commercial pour y distinguer une intentionnalité des parties constitue une démarche méthodologique non exempte d'imperfections. Elle présente néanmoins un intérêt plus spécifique dans le cadre du contentieux commercial dans lequel les parties sont particulièrement informées de par leur activité professionnelle. Précisons par ailleurs que l'analyse des moyens est ici réintégrée dans l'analyse d'une procédure entière (faits, demande initiale, moyens soulevés en première instance, décision contestée, etc.) telle que rapportée à des degrés plus ou moins approfondis dans le *Recueil Dalloz*. Cette présente

recherche pose ainsi les jalons d'un travail nécessitant d'être prolongé par la suite, par exemple grâce à l'exploitation d'autres recueils de jurisprudence, d'archives judiciaires ou d'archives d'entreprises.

- 9 Cette étude propose donc de mettre en lumière les stratégies contentieuses déployées au soutien des intérêts des femmes en affaires quel que soit, finalement, l'auteur à qui l'on attribuerait l'initiative, la construction ou le développement de celles-ci. Dans cette perspective, nul besoin de hiérarchiser les décisions ou d'insister sur le caractère parcellaire des recueils. En effet, chacune des décisions étudiées démontre une originalité dans la stratégie juridique choisie. Le raisonnement qu'Arlette Farge applique à l'histoire peut trouver sa résonance ici : si l'unique ne fait pas le droit, « il lui appartient, et, par moments, l[']e constitue ou l'infléchit, y compris dans ses extravagances »³³. Par ailleurs, il semble nécessaire de préciser que la classification choisie pour présenter le corpus de décisions n'est pas exempte de défauts. Notamment, par souci de clarté, nous avons parfois choisi de nous focaliser sur un seul des aspects de la stratégie juridique employée afin de servir l'objectif de classification.
- 10 À travers l'analyse du corpus d'arrêtés et comptes rendus, deux constantes apparaissent. D'une part, les affaires étudiées concernent majoritairement des litiges dans lesquels les femmes en affaires sont défenderesses face à l'action en paiement d'un créancier commercial. L'objectif est alors pour ces femmes d'éviter le paiement des sommes dues à leur créancier³⁴, d'éviter une saisie-vente de leurs biens en cas de déclaration de faillite³⁵ ou plus spécifiquement d'éviter la contrainte par corps³⁶. Seules quelques décisions mentionnent la femme en affaires comme demanderesse à l'action, notamment dans le cadre d'une action en paiement menée contre un débiteur, c'est pourquoi notre étude met en lumière les cas dans lesquels elle est défenderesse³⁷. D'autre part, c'est lorsqu'il y a matière à jouer de l'ambiguïté de la norme pour en tirer profit qu'un contentieux naît. Ainsi, les affaires étudiées concernent en majeure partie des femmes mariées puisque que les contradictions relatives à leur incapacité juridique peuvent être mobilisées pour servir leurs intérêts. Ceci explique que peu d'arrêtés concernent des femmes non mariées, c'est-à-dire célibataires, veuves ou concubines³⁸.
- 11 Ces éléments précisés, deux axes stratégiques semblent employés par les femmes en affaires et leurs conseils dans le corpus étudié au XIX^e siècle. Pour tirer avantage des contradictions du droit, les stratégies développées au profit des femmes en affaires vont parfois consister à rejeter le bénéfice d'un statut juridique qui leur est *a priori* favorable (I). Soulignant encore davantage l'incohérence d'un système reposant sur des fictions juridiques motivées par des présupposés biologiques et moraux, la stratégie contentieuse visera d'autres fois à invoquer directement un statut juridique *a priori* infériorisant (II). Par ces deux manières d'agir en procès, les femmes en affaires parties à un litige commercial s'approprient, directement ou indirectement, la norme inégalitaire pour en tirer avantage à titre individuel au détriment parfois de leur émancipation à titre collectif.

I. Rejeter une norme *a priori* favorable aux femmes

- 12 La lecture des moyens de fait et de droit apparaissant dans les décisions et comptes-rendus d'audiences étudiés montre que les femmes en affaires du XIX^e siècle, conseillées et représentées par leurs conseils en appel et en cassation, rejettent très régulièrement la qualité de marchande publique pour tenter d'éviter la contrainte que pourraient

exercer leurs créanciers commerciaux sur leur personne ou sur leurs biens. La stratégie contentieuse, de bonne ou de mauvaise foi, repose ainsi sur le refus de bénéficier d'une qualité juridique pourtant émancipatrice. Cette situation concerne principalement des femmes épouses de commerçants (A)³⁹. De même, rejetant la qualité d'associée d'une société commerciale entre époux, des femmes en affaires ont tenté d'échapper à leurs créanciers en acceptant de s'appuyer sur des stratégies visant à rejeter le bénéfice de l'égalité issue de la création d'une société entre époux (B).

A. Le rejet de la qualité émancipatrice de marchande publique : le contentieux des épouses de commerçants

- 13 Pour comprendre les stratégies contentieuses mobilisées à l'appui des intérêts des femmes en affaires épouses de commerçants lors des litiges commerciaux, il est dans un premier temps nécessaire de comprendre l'ambiguïté des normes civiles et commerciales. Cette ambiguïté a pu créer le terrain d'un jeu contentieux reposant sur la qualification de marchande publique. En effet, le devoir d'obéissance de l'épouse à son mari en contrepartie de sa protection (art. 213 du Code civil) justifie pour les rédacteurs une incapacité juridique de l'épouse. Ainsi, l'article 217 du Code civil précise que « la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit » et l'article 1124 du même code classe la femme mariée dans les personnes incapables de contracter. La femme mariée a donc par principe besoin d'une autorisation spéciale de son mari pour contracter⁴⁰. En matière de commerce, la nécessité économique et pratique a conduit les rédacteurs du Code civil eux-mêmes à émettre un tempérament à ce statut civil particulièrement contraignant pour les femmes. Ainsi, l'article 220 du Code civil redonne une forme de liberté aux femmes disposant du statut de marchande publique. Les femmes, lorsque autorisées par leur mari à exercer le commerce, peuvent contracter sans autorisation maritale spéciale pour tout ce qui concerne leur commerce. Dans le cas spécifique de l'exercice d'un commerce conjoint entre époux, l'article 220 précise cependant que « la femme n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé ». Les articles 4 et 5 du Code de commerce de 1807 poursuivent cette logique⁴¹. Ainsi, une femme mariée qui ne fait qu'exercer le commerce aux côtés de son époux ne peut bénéficier de la liberté contractuelle découlant du statut de marchande publique. Dans ce cas, elle est soumise au statut contraignant du droit commun. En contrepartie, les actes passés par la femme mariée dans le cadre du commerce familial n'engagent que le mari qui peut seul, le cas échéant, être frappé de faillite ou de contrainte par corps⁴².
- 14 Cette question de l'exercice conjoint d'un commerce entre époux commerçants présente en pratique « très souvent les difficultés les plus sérieuses »⁴³ puisqu'une incertitude peut naître quant au statut juridique de la femme de commerçant en fonction de son degré de participation au commerce familial. Dès lors, dans le contentieux du commerce conjoint, il est évident qu'un jeu entre les parties se met en place au niveau des qualifications juridiques. Alors que les créanciers ont intérêt à faire reconnaître la qualité de marchande publique de l'épouse de commerçant pour augmenter leurs chances de recouvrer leurs créances commerciales, les femmes épouses de commerçants ont au contraire généralement intérêt à rejeter cette même

qualification pour éviter d'être tenues des dettes commerciales relatives au commerce conjugal et d'encourir, le cas échéant, une faillite et/ou une contrainte par corps. Rejeter les vertus d'un statut *a priori* émancipateur en ce qu'il leur reconnaît une forme de liberté contractuelle est alors la seule solution des femmes en affaires aux côtés de leur époux pour limiter leur responsabilité commerciale.

- 15 Au fil du siècle, le contentieux du commerce conjoint mène à l'élaboration d'une jurisprudence relativement constante : la femme exploitant conjointement un commerce avec son mari ne peut pas être, par principe, réputée marchande publique⁴⁴. Cette solution jurisprudentielle consacre les stratégies contentieuses développées pour le compte des femmes en affaires. En effet, dans le panel d'arrêts et comptes-rendus d'audiences étudiés, il est fréquent que la stratégie élaborée à l'appui des intérêts des épouses de commerçants s'appuie sur l'argument du commerce conjoint, favorisant le rejet du statut de marchande publique plutôt émancipateur pour les femmes. Cherchant à éviter d'être personnellement tenues des dettes du commerce conjugal, les femmes épouses de commerçant ont en effet intérêt à éviter d'être considérées comme marchandes publiques lorsqu'elles sont poursuivies par leurs créanciers. Appelant à une interprétation restrictive des articles 5 du Code de commerce et 220 du Code civil, des femmes mariées en affaires tentent, souvent avec succès et potentiellement aidées de leurs conseils, de tirer avantage de la rigueur de la norme pour déjouer les actions de leurs créanciers et exclure la mise en cause de leur responsabilité.
- 16 Tout d'abord, l'argument du commerce conjoint a très rapidement été invoqué au profit des femmes en affaires exerçant leur activité aux côtés de leur mari pour limiter leur responsabilité vis-à-vis des effets de commerce – billets à ordre et lettres de change – qu'elles ont pu être amenées à conclure ou à cautionner au profit de leur époux commerçant. Ainsi, par exemple, afin de faire bénéficier de l'effet protecteur des dispositions de l'article 1326 du Code civil⁴⁵ à Dame Bataille, il est soutenu à son profit et tout au long de la procédure en paiement de son créancier qu'elle n'est pas marchande publique, car elle n'exerce pas un commerce séparé de celui de son époux. Par conséquent, les billets souscrits avec son époux sont nuls à son égard « par le motif que le billet ne contenait pas le bon ou approuvé de la somme écrite de sa main, et exigé par l'article 1326 »⁴⁶. La Cour de cassation finit par donner raison à l'argumentaire porté par la demanderesse au pourvoi qui, même si elle a pris part au commerce de son époux, ne devait pas être considérée comme marchande publique. Ainsi, le billet souscrit par Dame Bataille conjointement avec son époux devait, conformément à la jurisprudence de la Cour⁴⁷, être réputé nul à son égard en l'absence de l'approuvé en toutes lettres de la somme. On voit ici l'habileté de la stratégie contentieuse développée pour soutenir les intérêts de Dame Bataille qui mobilise l'argument du commerce conjoint pour échapper à l'exception prévue à l'article 1326 pour les commerçants. En se conformant au droit par une interprétation stricte des dispositions légales relatives au commerce séparé, cette femme qui exerce de fait le commerce, même si c'est aux côtés de son époux, parvient à échapper aux obligations relatives au statut de commerçant en se conformant strictement à la norme. Suivant la même logique, Dame Labat et son conseil expliquent face à l'action de ses créanciers qu'« elle n'a pas exercé un commerce séparé de celui de son mari » pour conclure qu'« elle ne peut être déclarée en faillite »⁴⁸. Ici aussi, la Cour de cassation confirme le raisonnement. L'argumentaire développé ainsi que les solutions sont les mêmes pour Dame Loyseau (Civ., 19 janvier 1881⁴⁹) et Dame Louis (Civ., 10 mai 1882⁵⁰)⁵¹. Au contraire et par exception, la chambre des requêtes de la Cour de cassation rejette l'argumentaire

similaire porté au soutien des intérêts de Dame Galdemard qui tente d'échapper à la responsabilité solidaire de son époux. La responsabilité de la plaideuse est en l'espèce demandée par un client de l'auberge familiale tenue par Dame Galdemard et son époux sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. L'affaire intervient dans le cadre d'un vol ayant eu lieu dans cette auberge alors que cette femme la surveillait pendant les absences régulières de son époux. Dans cette affaire, sa négligence dans la surveillance de l'établissement conjugal est reprochée à Dame Galdemard, celle-ci ayant conduit selon les juges au vol dont la victime demande indemnisation. Dame Galdemard subit finalement la réticence de la chambre des requêtes à consacrer une interprétation stricte du commerce séparé contrairement aux autres femmes en affaires ayant mobilisé l'argument du commerce conjoint⁵².

- 17 Pouvant parfois donner l'apparence d'une forme de déloyauté vis-à-vis de cocontractants ou de clients avec lesquels les femmes en affaires ont contracté en toute capacité « intellectuelle », les argumentaires développés à leur profit ne font que, avec succès ou non, leur permettre de se jouer de l'ambiguïté d'un système juridique oscillant entre volonté de domination et justification morale de protection. Finalement et contrairement à la femme non mariée, la femme épouse de commerçant exerce de fait le commerce sans être soumise aux obligations légales des commerçants. C'est dans ce contexte que les épouses de commerçant parties à ces litiges n'ont fait que bénéficier de stratégies contentieuses fondées sur un espace de contradictions laissé par le droit. S'appuyer sur des stratégies contentieuses visant à rejeter le statut *a priori* émancipateur de marchande publique a ainsi été un moyen pour elles de protéger leur personne et leurs biens.
- 18 L'étude du contentieux relatif aux femmes en affaires du XIX^e siècle montre l'habileté des stratégies juridiques déployées à l'appui de leurs intérêts, plus spécifiquement lorsqu'elles sont mariées. L'une de ces stratégies consiste ainsi à rejeter le statut pourtant émancipateur de marchande publique en s'appuyant sur l'ambiguïté de la législation relative au commerce entre époux. La finalité de cette stratégie est d'éviter l'engagement de leur responsabilité, contrepartie d'une forme de liberté associée au statut de marchande publique. Dans la même logique, des femmes mariées en affaires ont eu intérêt à rejeter le statut égalitaire d'associée d'une société commerciale entre époux afin de préserver l'intégrité de leur personne et de leurs biens.

B. Le rejet d'une position égalitaire entre époux : le contentieux des sociétés entre époux

- 19 Le contentieux des sociétés entre époux témoigne de la manière dont des stratégies contentieuses élaborées à l'appui des intérêts des femmes en affaires ont consisté à profiter d'un vide juridique pour créer du droit. Participant à la construction d'une norme contraignante qui à un moment donné de leur parcours économique les a arrangées, les femmes en affaires ont contribué activement au déploiement de ces stratégies, à tout le moins en acceptant leur mobilisation par un mandataire *ad litem* agissant en leur nom et pour leur compte.
- 20 En effet, au début du XIX^e siècle, ni le Code civil ni le Code de commerce n'interdisent expressément les sociétés entre époux. Alors que dans la première moitié du XIX^e siècle des sociétés entre époux sont enregistrées dans les greffes des tribunaux de commerce⁵³, un arrêt du 9 août 1851 rendu par la chambre criminelle de la Cour de

cassation se prononce en défaveur de cette pratique⁵⁴. La sanction de la création d'une société entre époux est alors posée : une telle société est passible de nullité⁵⁵. La solution qui est initialement prononcée pour une société en nom collectif entre deux époux seulement est étendue aux époux mariés en communauté ayant contracté ensemble avec un tiers (CA Paris, 14 avril 1856⁵⁶). Elle est encore élargie par la suite aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens (CA Paris, 9 mars 1859⁵⁷). Cette solution est globalement fondée sur deux arguments juridiques principaux : le respect de l'autorité maritale (art. 1388 du Code civil de 1804) et le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales (art. 1395).

- 21 Concernant l'argument de l'autorité maritale, la Cour de cassation explique dans son arrêt du 9 août 1851 que l'association qui résulterait d'une société entre époux « conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec les droits conférés au mari, soit comme chef de l'association conjugale, soit comme maître des biens de la communauté ». Au regard de cet argument, on pourrait *a priori* penser que les demandes de nullité des sociétés entre époux auraient été opérées dans l'intérêt des hommes. Au contraire, dans les arrêts de 1851 et 1856, fondateurs pour la solution jurisprudentielle⁵⁸, l'action en nullité de la société entre époux profite à l'épouse en 1851 et est clairement demandée par l'épouse elle-même en 1856.
- 22 À la lecture de l'arrêt de 1851 dans le *Recueil Dalloz*, on peut voir, dans le cadre d'une procédure criminelle de banqueroute, que Dame Gavelle et son conseil se fondent sur sa qualité d'épouse conjointe de commerçant pour repousser la qualité de marchande publique telle qu'avancée par ses créanciers en raison de l'existence d'une société commerciale conclue entre elle et son époux. Alors même qu'elle exerce son commerce sous la forme d'une société commerciale avec son époux, la stratégie consiste pour la demanderesse au pourvoi à rejeter la qualification de commerçante, et donc si l'on poursuit le raisonnement, d'associé égalitaire, pour éviter une condamnation à la banqueroute. La Cour de cassation donne raison à l'argumentaire développé au profit de la femme en affaires en confirmant sa qualité d'épouse conjointe de commerçant non responsable et annule la société contractée entre les époux.
- 23 Dans l'affaire de 1856, qui cette fois intervient dans le cadre d'une procédure de liquidation-partage, Dame Belhomme et son conseil semblent reprendre pour le compte de la commerçante la solution de 1851. La stratégie consiste alors à demander l'annulation de la société conclue entre elle, son époux et un tiers. En effet, à la suite d'une demande en compte, liquidation et partage formée par le tiers, les époux ont été condamnés conjointement à verser à ce tiers une provision importante. En appel, Dame Belhomme demande l'infirmité de cette décision. Il est soutenu dans son intérêt « qu'étant mariée sous le régime de la communauté, elle n'a pas, sans porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, contracté une société civile ou commerciale avec son mari ». Il est de plus prétendu que les sentences prononcées « lui font grief en ce qu'elle y a été considérée comme associée en nom collectif avec son mari, quoiqu'elle n'eût pas cette qualité, et alors que, en tout cas, l'association par elle contractée était nulle ». Ici, le statut égalitaire d'associée est rejeté, même indirectement, invitant cette épouse à se réfugier derrière son état de subordination conjugale. Reposant principalement sur le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, l'argumentation contentieuse a pourtant pour conséquence la négation d'une position avantageuse en termes de liberté et de capacité. Alors que la position d'associée égalitaire d'une société commerciale avait pour effet de lui permettre de

s'extraire de sa condition de droit commun contraignante pour les femmes mariées, Dame Belhomme accepte le recours à un argumentaire conduisant finalement à une forme d'infériorisation. Tirant profit du volet protecteur du système juridique inégalitaire, elle est ici amenée à se jouer de l'ambivalence d'un droit oscillant entre domination et protection des femmes pour obtenir la satisfaction de son intérêt commercial. Par cette stratégie potentiellement orchestrée par son conseil, la plaideuse obtient finalement la nullité de la société contractée avec son époux. Elle parvient donc à éviter l'engagement d'une responsabilité contrepartie d'une forme de liberté. Mais si dans son cas la solution est avantageuse, cette participation à la construction de la jurisprudence sur l'interdiction des sociétés entres époux aura pour contrepartie l'établissement d'un régime juridique qui contribuera à inférioriser et invisibiliser les femmes en affaires tout au long de la seconde moitié du XIX^e siècle.

- 24 Rejeter un statut juridique *a priori* favorable n'est pas la seule manière pour ces femmes entrepreneurs d'obtenir la satisfaction de leurs intérêts. Allant encore plus loin dans la logique portant à se conformer au système juridique infériorisant pour tirer profit de son ambivalence, des femmes en affaires, aidées de leurs conseils, ont été jusqu'à invoquer une norme *a priori* défavorable pour favoriser leurs intérêts.

II. Invoquer une norme *a priori* défavorable aux femmes

- 25 Le contentieux des femmes en affaires au XIX^e siècle révèle de nombreux cas dans lesquels ces femmes, plus spécifiquement lorsqu'elles sont mariées, bénéficient de stratégies mobilisées à leur avantage et consistant à invoquer un statut juridique *a priori* infériorisant. Elles sont amenées à accepter cet axe stratégique pour se protéger, c'est-à-dire pour éviter la contrainte sur leur personne ou sur leurs biens. Le défaut de capacité est ainsi régulièrement invoqué par les femmes en affaires et leurs conseils que ce soit concernant la question de la capacité à exercer le commerce en général ou bien la capacité plus spécifique à contracter ou à ester en justice (A). Dans le même ordre d'idée, des femmes se prévalent régulièrement de la dotalité de leurs biens pour éviter leur saisie, alors même que le régime dotal est inégalitaire par nature (B).

A. L'invocation par les femmes en affaires parties à un litige commercial de leur propre incapacité

- 26 Paradoxalement, des femmes mariées se retrouvent régulièrement au cœur d'une stratégie contentieuse reposant sur l'invocation de leur propre incapacité. Dans la même logique que les femmes mariées en affaires anglaises⁵⁹, les femmes mariées en affaires françaises du XIX^e siècle semblent mobiliser les contradictions de la législation napoléonienne à leur avantage. Si cet axe stratégique a certainement été alimenté par le travail des conseils de ces femmes, il repose sur une démarche consistant à tirer avantage d'une incapacité juridique en dysharmonie avec la capacité réelle de ces femmes. Trois types d'incapacité sont invoqués à l'appui des stratégies contentieuses développées au profit des intérêts des femmes en affaires, la question de la capacité étant à mettre en lien avec celle de l'acte juridique d'autorisation maritale. Tout d'abord, dès l'adoption du Code civil, une femme et son conseil ont tenté d'exploiter les ambivalences de la nouvelle législation dans le cadre d'un litige commercial. Un arrêt

représentatif de l'esprit du contentieux révèle ainsi la stratégie originale élaborée au profit d'une défenderesse dans une procédure en paiement d'une dette commerciale invoquant sa propre incapacité à ester en justice afin d'éviter de régler ses dettes commerciales (1). Plus généralement, des femmes en affaires et leurs conseils ont par la suite invoqué le défaut d'autorisation à exercer le commerce pour justifier l'annulation de contrats commerciaux⁶⁰ (2). En-dehors de cette autorisation générale à exercer le commerce, des stratégies contentieuses ont par ailleurs reposé sur l'invocation par les femmes en affaires de leur incapacité contractuelle pour demander la nullité de contrats de sociétés dans lesquelles elles étaient parties (3).

1. Invoquer sa propre incapacité à agir

- 27 Dès 1804, un arrêt du 21 Germinal an XII rendu par la section des requêtes du Tribunal de Cassation témoigne de cette habileté des stratégies contentieuses déployées au soutien des intérêts des femmes en affaires en ce qu'elles visent à tirer profit du caractère inégalitaire de la norme juridique. En l'espèce, la stratégie contentieuse soutenue dans l'intérêt de Dame Cézan épouse Castaing vise à interpréter au profit de cette femme le nouvel article 215 du Code civil disposant que « la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique [...] »⁶¹. L'objectif est en l'espèce de tenter d'éviter une condamnation en paiement de Dame Cézan dans le cadre d'une instance commerciale⁶². En effet, cette disposition est interprétée de manière à justifier l'incapacité à agir en justice de la commerçante alors qu'elle est initialement défenderesse à l'action, non autorisée de son mari. L'application de l'article 215 en demande semble logique, elle n'est cependant pas si évidente en défense compte tenu des termes utilisés par le Code civil. Ainsi, à l'appui des intérêts de la demanderesse au pourvoi, il est invoqué que le tribunal de première instance qui a prononcé sa condamnation sur assignation de son créancier a violé l'article 215 en ce qu'il l'a « admise à ester en jugement sans l'autorisation de [s]on mari ou celle du juge ». Retournant l'argumentaire invoqué au soutien de son pourvoi contre Dame Cézan, la section des requêtes du Tribunal de cassation ordonne finalement avant dire droit qu'elle devra justement rapporter l'autorisation de son mari ou du juge si nécessaire pour qu'il soit statué sur son pourvoi demandant l'annulation du jugement ayant prononcé sa condamnation. Par un subterfuge contentieux, le Tribunal de cassation parvient donc à écarter l'argumentaire juridique de la partie demanderesse au pourvoi sans répondre à la question posée, c'est-à-dire celle de la nécessité ou non d'une autorisation maritale en défense.
- 28 En l'espèce, la stratégie déployée au soutien des intérêts de Dame Cézan ne fonctionne pas. L'argumentaire est rejeté, peut-être en raison de la mauvaise foi apparente qui irrigue une stratégie fondée sur l'ambivalence des dispositions civiles relatives à l'incapacité des femmes mariées. Et même si la Cour de cassation tranche finalement par la solution « incapable mais responsable » la double peine pour les femmes mariées en affaires la stratégie appuyant les intérêts de Dame Cézan était tout de même pertinente. En effet, cet argumentaire est développé et complété dans des litiges ultérieurs, ce qui mène les tribunaux à affiner leur interprétation du Code civil pour préserver les droits des demandeurs comme des défenderesses. Les longs développements sur cette question dans le compte rendu d'audience relatif à l'arrêt du 17 août 1813 montrent comment les juges ont dû s'adapter à ces stratégies contentieuses déployées par – ou à tout le moins au profit – des femmes en affaires

parfois dès la première instance⁶³. Les juges construisant leur solution en fonction des moyens développés par les plaideurs, les stratégies au soutien des intérêts des femmes en affaires ont donc eu un rôle essentiel dans la construction de la jurisprudence les concernant. Contraints de préciser leur interprétation de l'article 215 du Code civil en fonction de l'appropriation par les femmes en affaires et leurs conseils des espaces d'interprétation de la loi, les tribunaux finiront par accorder systématiquement « sans examen, cette autorisation pour la défense, parce qu'on a pu former la demande sans leur permission, et que la défense est un droit nécessaire »⁶⁴.

- 29 Dès 1804 donc, une femme mariée en affaires et son conseil tentent de se jouer des contradictions de la nouvelle législation pour tenter d'échapper à l'action d'un créancier. D'autres suivront en essayant de décliner ce jeu contentieux fondé sur les failles d'une incapacité juridique ne reposant sur aucun véritable fondement biologique. Notamment, des femmes mariées parties à un litige commercial ont intérêt à invoquer leur incapacité à exercer le commerce en se jouant des ambivalences de la législation relative à l'autorisation maritale.

2. Invoquer sa propre incapacité à exercer le commerce

- 30 Poursuivant la logique de l'article 220 du Code civil, l'article 4 du Code de commerce de 1807 dispose que « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ». Ainsi, l'autorisation maritale, corollaire de la puissance maritale consacrée par les rédacteurs⁶⁵, est indispensable à la femme mariée si elle souhaite, ou doit par nécessité économique, exercer le commerce⁶⁶. Malgré les débats relatifs à l'éventualité d'une distinction des régimes pour les femmes mariées sous séparation de biens ou régime dotal, les rédacteurs du Code de commerce ont finalement décidé de soumettre toutes les femmes mariées quel que soit leur régime matrimonial à l'exigence de l'autorisation maritale⁶⁷. Cependant, une incertitude demeure dans le Code de 1807 quant à la forme de cette autorisation. En l'absence de précision, sa forme reste libre. Le consentement du mari, par souci de flexibilité, peut, compte-tenu de l'absence de formalisme prescrit par le Code de commerce, être donné expressément ou bien tacitement. Une jurisprudence finit par s'installer⁶⁸. Dès lors que le commerce s'exerce au vu et au su du mari, l'autorisation à faire le commerce est présumée avoir été donnée tacitement⁶⁹. Comme l'explique Locré, au regard des débats ayant eu lieu au moment de l'adoption de cette disposition, une certaine latitude a ainsi été laissée aux juges pour se prononcer « d'après les circonstances, sur l'existence ou sur la non-existence du consentement »⁷⁰. En pratique, la marge d'interprétation laissée par les rédacteurs du Code de commerce conduit nécessairement à des litiges dans lesquels un jeu contentieux questionne la présence ou l'absence d'autorisation à exercer le commerce pour tenter de satisfaire les intérêts des femmes en affaires.
- 31 Deux arrêts sont particulièrement intéressants car les moyens développés à l'appui des intérêts des femmes parties aux litiges ont été assez largement retranscrits dans les recueils. En effet, dans la note accompagnant l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 23 août 1851, il est fait mention des moyens mobilisés à l'appui de l'appel de Dame Bonzé, assignée par ses créanciers afin de payer les sommes dues en vertu d'une clause de dédit suite à son retrait d'un engagement commercial⁷¹. En l'espèce, alors qu'elle vit séparée de fait de son époux, l'appelante et son conseil expliquent, pour contrer les créanciers de cette femme, que l'absence d'autorisation maritale à exercer le commerce justifierait la nullité de l'engagement souscrit. À travers l'argumentaire développé à

son profit, l'appelante tente de s'affranchir de la jurisprudence admettant la présomption selon laquelle le consentement marital peut s'induire du seul fait que l'exercice du commerce est réalisé au vu et au su de l'époux. Il est ainsi expliqué dans son intérêt que « ce n'est qu'avec une extrême circonspection qu'une telle présomption doit être admise » sans quoi « la protection que la loi commande au mari envers sa femme, et que l'autorisation de celui-ci a pour but d'assurer », serait dénuée d'efficacité. En l'espèce, Dame Bonzé et son conseil considèrent que « cette protection est plus nécessaire encore à la femme mariée que les entraînements coupables ont éloigné du domicile conjugal, qu'à celle qui vit auprès de son mari ». Autrement dit, la vertu « protectrice » de l'autorisation maritale est ici invoquée à l'appui des intérêts de Dame Bonzé pour tenter de lui permettre de se soustraire à ses engagements commerciaux. On voit donc l'ambivalence de cette stratégie visant à soulever une incapacité juridique en contradiction avec la capacité de discernement dont dispose factuellement la justiciable. Autrement dit, celle-ci accepte de revendiquer dans le cadre contentieux, même par l'intermédiaire d'un conseil, sa propre incapacité juridique alors pourtant qu'elle avait conclu initialement les engagements litigieux en toute conscience, à tout le moins au niveau intellectuel. Cet argumentaire, bien que teinté d'une certaine mauvaise foi, paraît en accord avec l'objectif de protection de l'autorisation à exercer le commerce, censée être la contrepartie de la puissance maritale. La cour d'appel de Paris rejette finalement l'argumentaire soutenant les intérêts de Dame Bonzé en considérant qu'elle est « une femme vivant, au vu et au su de son mari, dans un état complet d'indépendance, et avec les ressources qu'elle se procure ». Dans ces conditions, elle « a contracté sans opposition ni protestation de la part de celui-ci », elle « est censée avoir été tacitement autorisée par ce dernier [...] ». La Cour considère donc qu'en l'espèce « la femme ne peut en demander la nullité [de son engagement contractuel] en se fondant sur ce défaut d'autorisation ». La Cour peut avoir ici sanctionné une forme de déloyauté de la défenderesse dont la stratégie contentieuse, probablement orchestrée par son conseil, consiste à revendiquer une incapacité juridique clairement en contradiction avec son mode de vie, révélateur d'une indépendance financière vis-à-vis de son époux mais aussi d'une certaine indépendance d'esprit.

- 32 Fondant également sa stratégie sur le défaut d'autorisation maritale, l'épouse Lenfant a invoqué en première instance le défaut d'autorisation à faire le commerce pour échapper à ses obligations commerciales⁷². Dans l'extrait du jugement de première instance reproduit en note de commentaire de l'arrêt d'appel, on peut voir que la stratégie contentieuse à l'appui des intérêts de cette femme consiste à tenter d'expliquer que bien qu'ayant effectivement souscrit le billet dont le paiement est demandé, son mari n'a pas pu lui donner valablement d'autorisation à exercer le commerce étant lui-même pourvu d'un conseil judiciaire⁷³. Le Tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 4 juillet 1865, rejette l'exception de nullité soulevée dans l'intérêt de la défenderesse. Un appel est alors interjeté, mais seulement au profit de l'époux. Dans l'arrêt du 13 novembre 1866, la cour d'appel de Paris consacre l'argumentaire soulevé en première instance à l'appui des intérêts de l'épouse, mais seulement pour servir la cause de l'époux. Selon la Cour, « considérant que le mari, qui, étant pourvu d'un conseil judiciaire, ne peut faire le commerce, ne peut, par la même raison, autoriser sa femme à devenir marchande publique », c'est pourquoi l'époux n'est pas tenu des engagements commerciaux pris par sa femme. À la lecture du recueil, on ne peut savoir exactement ce qu'il est advenu quant à la responsabilité personnelle

de l'épouse mais l'on peut supposer que celle-ci est confirmée puisque l'appel n'a vocation qu'à décharger l'époux incapable de sa responsabilité. On peut déduire de cette affaire, comme de la précédente, que les juridictions ont été confrontées à la contradiction intrinsèque des dispositions législatives relatives à l'incapacité de la femme mariée. Se refusant, en tout cas dans ces deux affaires, à appliquer l'impératif de protection de l'épouse qui aurait été le corollaire de l'autorisation maritale, les cours semblent reconnaître la part de responsabilité de ces femmes, contrepartie d'une liberté, à tout le moins intellectuelle. Les cours refusent ainsi de faire droit à leur stratégie contentieuse pourtant fondée sur le respect des plus stricts de la législation relative à l'autorisation à faire le commerce. La marge d'interprétation laissée par le législateur quant à l'autorisation maritale, malgré les argumentaires destinés à délester ces femmes de leur responsabilité commerciale, conduit finalement à une solution jurisprudentielle en leur défaveur. Cependant, cette solution est conforme à leur capacité réelle – et non juridique – à prendre des décisions responsables. Les femmes mariées en affaires subissent alors une double peine, elles sont incapables quand il s'agit de leur accorder une forme de liberté, elles sont en revanche capables lorsqu'il s'agit de consacrer leur responsabilité.

- 33 Revendiquer son incapacité à exercer le commerce en tentant d'exploiter les ambivalences de la législation sur l'autorisation maritale est donc un axe stratégique qui ne s'avère pas particulièrement concluant pour les femmes en affaires. Elles finiront par avoir plus succès avec les stratégies contentieuses visant à invoquer leur incapacité contractuelle pour faire annuler des contrats de société.

3. Invoquer sa propre incapacité contractuelle pour faire annuler des contrats de société

- 34 Les dispositions légales relatives à l'autorisation maritale à exercer le commerce ont laissé une marge d'interprétation aux parties de litiges commerciaux quant à l'étendue des actes inclus ou non dans l'autorisation. Utilisant sa marge d'interprétation, la jurisprudence a finalement considéré que l'autorisation générale à exercer le commerce ne valait pas autorisation pour l'épouse à conclure un contrat de société. Selon le commentateur de l'arrêt du 9 novembre 1859 rendu par la chambre des requêtes, la majorité de la doctrine considère notamment que « l'association créée pour la femme des rapports dont la convenance et la sécurité doivent être spécialement appréciés »⁷⁴. À défaut d'autorisation spéciale à contracter une société de commerce, le contrat de société encourt la nullité⁷⁵.
- 35 Au regard du panel de décisions étudiées, il est intéressant de constater que la solution jurisprudentielle évoquée s'est en réalité établie à la suite d'affaires impliquant des femmes bénéficiant de stratégies contentieuses visant à tenter de tirer avantage d'une norme juridique apparemment en leur défaveur. Elles ont ainsi été jusqu'à invoquer, ou à tout le moins accepter d'invoquer leur propre incapacité, et donc un état en réalité « fictif » de faiblesse, pour servir leur intérêt contentieux.
- 36 Initialement, la Cour de cassation était plutôt défavorable à la nécessité d'une autorisation contractuelle spéciale pour constituer une société de commerce lorsqu'une femme était autorisée à exercer le commerce. En 1838, Dame Caron, dépeinte dans le *Recueil Dalloz* comme une femme se livrant habituellement à des entreprises et spéculations commerciales, assigne son associé en nullité de la société commerciale conclue avec lui pour défaut d'autorisation donnée par son époux⁷⁶. Dame Caron, au

stade même de la formulation de sa demande, revendique sa propre incapacité à contracter pour faire annuler un contrat de société qui, on le comprend à la lecture de la décision, ne l'avantage pas économiquement. La demande en nullité est rejetée tant en première instance qu'en appel. À l'appui de son pourvoi en cassation, la Dame et son conseil soutiennent qu'« on ne peut pas admettre que le principe qui attribue à la femme marchande le pouvoir de se livrer aux actes ordinaires de son commerce sans l'autorisation du mari, parce qu'en effet la nécessité de cette autorisation serait une entrave continuelle aux opérations commerciales qui ne souffrent pas de retardement, soit également applicable aux cas où la femme engage sa fortune et son avoir dans une société ». Contrairement à cet argumentaire tendant à favoriser une restriction du champ de liberté attribué à la femme marchande, la Cour de cassation rejette le pourvoi de Dame Caron considérant qu'il n'était nul besoin d'une autorisation spéciale pour contracter une société de commerce dès lors que l'exploitation de cette société faisait partie intégrante du commerce de la demanderesse au pourvoi⁷⁷.

- 37 Au contraire, dans un contexte différent, la même argumentation est retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 9 novembre 1859⁷⁸. La Cour aligne alors sa jurisprudence sur l'opinion d'une partie de la doctrine⁷⁹. Dame Decaux, séparée de corps avec son mari mais autorisée par lui à exercer le commerce, demande la nullité de la société commerciale qu'elle a contractée avec les sieurs Bérard sur le fondement qu'elle n'a pas été autorisée spécialement à contracter cette société par son époux⁸⁰. Son objectif, en invoquant sa propre incapacité juridique alors même qu'elle est autorisée à exercer le commerce, est d'éviter de payer un créancier qui l'actionne en paiement à la suite de la faillite de la société en question. Son argumentaire, étayé par un conseil dans le cadre d'une demande portant déjà en elle-même une stratégie fondée sur les contradictions du droit, s'appuie sur une vision des plus restrictives de la liberté à exercer le commerce par la marchande publique. L'argumentaire produit cette fois son effet et la chambre des requêtes confirme l'annulation de la société.
- 38 Il est cependant ici délicat de savoir si l'évolution du positionnement de la Cour de cassation tient à un changement volontaire de politique juridique pour se conformer à la doctrine ou bien à une appréciation relative au contexte des deux affaires. En effet, dans l'affaire impliquant Dame Caron, l'habileté de celle-ci dans les affaires est soulignée, la Dame « faisant un négoce qui embrassait toutes sortes de spéculations », de même que le consentement de son époux à ses activités de spéculation commerciale incluant les démarches contractuelles relatives à l'exploitation d'un établissement de forges. De plus, il est relevé dans la synthèse rédigée par le rédacteur du recueil dans lequel est commenté l'arrêt que l'affaire concernait « l'exploitation d'un établissement industriel ». On peut donc supposer également que l'ampleur du négoce de la Dame Caron, à dimension industrielle, démontre sa particulière habileté et son expérience dans les affaires commerciales. Ainsi, l'interprétation extensive qui est faite de la capacité commerciale de Dame Caron, qui inclurait ici sa capacité à contracter une société commerciale dans le cadre de son négoce, n'est sans doute pas dénuée d'une appréciation factuelle sur le contexte de l'affaire alors que l'incohérence entre incapacité juridique et capacité réelle était particulièrement apparente dans l'affaire de 1838.
- 39 La solution de 1859 est reprise par la cour d'appel de Lyon dans un arrêt du 28 juin 1866⁸¹. Dans cet arrêt, la cour précise que le principe d'une autorisation maritale spéciale pour contracter une société de commerce est « admis en jurisprudence et en

doctrine ». Cette fois, la politique judiciaire est claire, il s'agit de suivre la doctrine et la jurisprudence désormais établie, peu importe les circonstances dans lesquelles la société de commerce a été conclue par l'épouse marchande publique. Finalement, des femmes acceptent donc, même si c'est par l'intermédiaire de leur conseil, de mobiliser dans leur stratégie contentieuse le paradoxe de la législation protectrice pour faire consacrer par le juge une interprétation de la norme qui leur est défavorable en termes de liberté contractuelle mais favorable en termes de responsabilité individuelle.

- 40 Comme cela est visible dans le contentieux relatif aux incapacités des femmes mariées en affaires, le choix de recourir à la norme infériorisante est une stratégie contentieuse apparaissant régulièrement pour tenter de se préserver des recours des créanciers. En toute logique, puisque l'incapacité des femmes mariées n'est fondée sur aucune faiblesse intellectuelle objective, l'invocation de l'incapacité donne, quel que soit le contexte contentieux, l'apparence d'une certaine forme de déloyauté, voire de mauvaise foi, dès lors que les stratégies développées visent à s'appuyer sur l'incohérence du droit pour permettre à ces femmes d'échapper à leurs obligations commerciales. On peut en effet interroger ici la notion de bonne foi, au sens contractuel du terme, dès lors que certaines des contractantes ont pu conclure des conventions commerciales en sachant dès le stade de leur négociation ou de leur conclusion qu'elles pourraient les remettre en cause par la suite en se fondant sur un défaut de capacité juridique. Et, même dans l'hypothèse où la femme découvrirait son incapacité juridique au moment d'une requête à son encontre et après la conclusion d'un contrat commercial, la question de la bonne foi se pose encore dès lors que la contractante tente d'éviter l'exécution d'un contrat qu'elle a conclu en toute capacité intellectuelle avec son cocontractant à défaut de bénéficiaire de capacité juridique. Cette question de la bonne foi est alors à mettre en relation avec l'appréciation que l'on ferait des fondements intellectuels et biologiques de l'incapacité juridique de la femme mariée. La différence avec l'incapacité d'un mineur ou d'une personne souffrant d'une altération de ses facultés mentales est que l'incapacité juridique de ces femmes a été levée puisque considérée au ^{xx}e siècle comme en non-adéquation avec une situation d'incapacité morale ou intellectuelle qui conduirait à une inégalité des parties dans la relation contractuelle ou à une mise en danger du patrimoine familial. Dans la même logique, une autre stratégie est invoquée à l'appui des intérêts des femmes en affaires pour préserver leurs biens d'une saisie de la part de leurs créanciers. Cette stratégie consiste à invoquer la dotalité de leurs biens, le régime dotal étant par nature un régime matrimonial inégalitaire et infériorisant pour les femmes.

B. Se prévaloir d'un régime matrimonial inégalitaire et patriarcal pour éviter une saisie de ses biens

- 41 Le régime dotal, bien qu'il ait été parfois justifié par une volonté entre autres de protection de la femme et de la famille⁸², est l'archétype du régime matrimonial inégalitaire et imprégné d'une conception patriarcale héritée du droit romain, à tout le moins dans sa résonance du début du ^{xix}e siècle⁸³. En effet, en 1804, le Code consacre un avatar particulièrement rigoureux du régime dotal, comme expliqué par Nicole Arnaud-Duc, « pour en faire 'la conséquence et l'appui de cette puissance maritale qui, n'étant qu'une dépendance, une affinité immédiate de la puissance paternelle', renforça l'incapacité de la femme qui perdit ainsi toute personnalité juridique »⁸⁴.

- 42 Inégalitaire par nature, le régime dotal de 1804 donne la possibilité aux époux de choisir un régime matrimonial dans lequel la femme seule apporte un/des bien(s) en dot « au mari pour supporter les charges du mariage » (art. 1540 du Code civil). Le mari est le « seul » à avoir le pouvoir d'« administration des biens dotaux pendant le mariage. Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts et de recevoir le remboursement des capitaux [...] » (art. 1549). La femme n'a un pouvoir d'administration et de jouissance de ses biens que s'ils sont paraphernaux (art. 1576). La justification de ce pouvoir unilatéral du mari passe par l'idée d'une protection de la femme par l'inaliénabilité de ses biens dotaux, qu'ils soient immeubles (art. 1554) ou meubles (voir l'arrêt rendu le 1^{er} février 1819 par la chambre civile de la Cour de cassation⁸⁵). Néanmoins, le principe même du régime dotal induit une inégalité entre les époux dans un rapport de pouvoir favorable au mari. Par le contrat de mariage, celui-ci confisque à son épouse son droit de propriété sur ses biens⁸⁶.
- 43 Bien que d'inspiration patriarcale et inégalitaire, le régime dotal présente l'avantage patrimonial de rendre la dot de l'épouse inaliénable. On comprend dès lors comment certaines femmes en affaires ont intérêt à mobiliser les contradictions d'un droit hiérarchisant les sexes dans un rapport d'ambivalence domination protection. Comme pour la question de l'incapacité, des femmes et leurs conseils ont su tirer avantage d'une norme *a priori* contraignante dans leur intérêt propre en s'appuyant sur le caractère protecteur du droit, conçu comme une contrepartie à la norme liberticide. Plusieurs arrêts de cours d'appel et de la Cour de cassation concernent ainsi des femmes en affaires invoquant l'inaliénabilité de leur dot pour éviter une saisie des créanciers sur leurs biens dotaux, le plus souvent avec succès⁸⁷, bien que les défendeurs trouvent parfois à opposer une défaillance dans la publicité du contrat de mariage pour pouvoir procéder tout de même à la saisie litigieuse. Les femmes en affaires qui bénéficient de cet axe stratégique particulier ont consenti tant à leur régime matrimonial qu'aux contrats commerciaux ayant fini par générer des situations d'endettement. Elles ont donc nécessairement conscience du paradoxe de finalement revendiquer en justice vis-à-vis de leurs créanciers l'inaliénabilité de biens intégrés initialement à leur logique contractuelle économique et commerciale. L'avocat Jassuda Bédarride (1804-1882), régulièrement cité dans le *Recueil Dalloz*, porte un regard critique sur les failles d'une législation permettant selon lui que la femme mariée « puisse abuser de la foi d'autrui » en se retranchant « derrière les lois qui régissent le mariage [il s'agit ici d'une référence à l'autorisation maritale] et la dotalité de ses biens »⁸⁸.
- 44 Parmi les affaires relatives à cette question, trois arrêts du 4 mars 1880 rendus par la cour d'appel de Rennes sont particulièrement intéressants en ce que les moyens largement développés laissent entrevoir la subtilité de l'argumentaire développé à l'appui des intérêts de Rosa Roberta da Sylva, épouse dotale de Monsieur Guitton et associée d'une société en participation exploitant deux navires, le *Cuzeiro* et le *Maranhao*. En l'espèce, Madame da Sylva, non marchande publique mais associée d'une société d'armateurs, est poursuivie en paiement par plusieurs créanciers, constructeurs et fournisseurs. Pour éviter une saisie sur ses biens, la stratégie contentieuse développée à son profit se fonde sur l'inaliénabilité de ses biens dotaux : « qu'en tout cas, le régime dotal, sous l'empire duquel elle était mariée, ne permet pas d'accueillir la demande ; que les quirats qui lui appartenaient dans les navires [...] représentaient des deniers dotaux et que, s'ils ne pouvaient être repris en nature comme constituant le

fonds dotal même, leur prix au moins devait être considéré comme dotal et soustrait, par suite, aux poursuites des fournisseurs ». L'argumentaire produit son effet et la cour d'appel de Rennes donne globalement raison à cette femme accoutumée aux affaires et à son conseil. En invoquant le régime dotal, la stratégie développée au profit de Rosa Roberta da Sylva parvient ainsi à mettre « à l'abri des poursuites des créanciers » le prix revenant à cette femme en affaires suite à licitation en justice des deux navires. Devant la Cour de cassation, nous remarquons que l'un des créanciers parvient tout de même à contrer l'argumentaire de la défenderesse en se fondant sur un défaut d'accomplissement des formalités de publication de son contrat de mariage⁸⁹.

Conclusion

- 45 Les stratégies contentieuses développées par les femmes en affaires, le cas échéant par l'intermédiaire d'un conseil mandaté *ad litem*, mettent en lumière les contradictions du droit du XIX^e siècle. Ces stratégies ont participé à dessiner les contours d'une jurisprudence piégée dans l'ambivalence d'un rapport domination protection et traduisant les interconnexions entre droit, discours moral et organisation sociale. Ce jeu contentieux fondé sur l'ambivalence des régimes juridiques a pu être déployé prioritairement par les femmes mariées en affaires premières concernées par un système d'incapacité dénué de justification biologique. Incapable mais tenue régulièrement responsable par les juges, la femme en affaires du XIX^e siècle, dès lors qu'elle est mariée, subit parfois les conséquences de sa capacité en fait bien que frappée par une incapacité en droit. Grâce à la stratégie contentieuse mobilisée pour servir ses intérêts, elle tente en fait d'éviter l'engagement de sa responsabilité en s'appuyant sur les contradictions de la norme établie par un Code civil qui, par ses dispositions contraignantes, « a reculé plus loin même que le droit du moyen âge »⁹⁰.
- 46 Les femmes mariées en affaires du XIX^e siècle, conscientes au moins intellectuellement – si ce n'est dans les détails juridiques – des engagements consentis dans le cadre de leur activité, font preuve d'une forme de déloyauté commerciale en acceptant des stratégies contentieuses portées en leur nom et pour leur compte tendant à invoquer une incapacité juridique en décalage avec leur capacité intellectuelle. Les stratégies contentieuses déployées ne font pourtant qu'exploiter la fiction juridique de l'incapacité de femmes aptes en fait. Ces femmes, en tentant d'obtenir la protection contrepartie de la domination qu'elles subissent, ne font par ailleurs que chercher des solutions pragmatiques aux difficultés économiques nées de leur activité commerciale. Et alors, elles contribuent paradoxalement à créer un droit – au moins jurisprudentiel – qui leur est favorable à titre individuel, mais défavorable à titre collectif.

NOTES

1. N. Arnaud-Duc, « Les contradictions du droit », *Histoire des femmes en Occident, IV, Le XIX^e siècle*, dir. G. Duby et al., Paris, Plon, 1991, p. 103.

2. Dans « La femme marchande publique : coutumes, jurisprudence, doctrine (xvi^e-xviii^e siècles) », Ahmed Slimani souligne l'importance d'analyser la situation de la femme marchande publique et d'interroger sa capacité sous l'Ancien régime (v. *La femme dans l'histoire des idées politiques*, dir. P. Charlot et É. Gasparini, Dijon, E.U.D., 2008, p. 93-121). Cet article vise à prolonger l'étude sur le xix^e siècle en étendant la notion de femme en affaires au-delà du seul statut de marchande publique.

3. Nous avons choisi de ne pas inclure dans l'étude les femmes ne faisant que mettre en œuvre un acte de commerce, l'exercice du commerce n'étant pas leur activité habituelle.

4. Sur la puissance d'agir, ou l'*agency*, en tant que paradigme multidimensionnel d'analyse en sciences sociales voir le numéro 41 de *Rives méditerranéennes*, 2012. Le paradigme de l'*agency* (traduit par l'idée de puissance d'agir ou d'agentivité) trouve son intérêt aussi dans la science du droit en ce qu'il permet notamment d'intégrer la dimension performative du sujet dans sa capacité à agir face aux prescriptions juridiques.

5. Pour un aperçu global des récents travaux internationaux, v. *Female Entrepreneurs in the Long Nineteenth Century. A Global perspective*, dir. J. Aston et C. Bishop, London, Palgrave Macmillan, 2020. Pour exemples des travaux historiques sur l'entrepreneuriat féminin dans la France du xix^e siècle, v. B. Craig, « Petites bourgeoises or penny capitalists ? Female retailers in Northern France in the Nineteenth century », *Enterprise and Society*, 2, 2001, p. 198-224 ; *Female enterprise behind the discursive veil in nineteenth century northern France*, London, Palgrave Macmillan, 2016 ; *Les femmes et le monde des affaires depuis 1500*, Québec, Presses de l'Université de Laval, 2019 ; H. Igersheim et C. Le Chapelain, « Women leaders in industry in nineteenth-century France : The case of Amélie de Dietrich », *Business History*, 64, 2022 ; É. Richard, « Femmes chefs d'entreprise à Marseille. Une question de visibilité », *Sextant*, 5, 1996, p. 47-58 et B. Khan, « Invisible Women : Entrepreneurship, Innovation, and Family Firms in Nineteenth-Century France », *The Journal of Economic History*, 76/1, 2016, p. 163-195.

6. V. L. Davidoff et C. Hall, *Family Fortunes : men and women of the English middle class, 1780-1850*, Londres, Hutchinson, 1987 et A. Vickery, « Golden Age to Separate Spheres ? A Review of the Categories and Chronology of English Women's History », *The Historical Journal*, 36, 1996, p. 383-414.

7. M. Perrot, *Les femmes ou les silences de l'histoire*, Paris, Flammarion, 1998, p. 13.

8. É. Richard, dans ses travaux sur les femmes en affaires à Marseille, interroge la « myopie » des historiens qui, victimes du discours normatif du xix^e siècle conditionné par l'idéologie des sphères distinctes, ont tenté de justifier l'absence de travaux en la matière soit du fait d'un manque de sources soit en s'« abritant derrière l'incapacité légale des femmes » (É. Richard, *op. cit.*, p. 57). Dans *Les femmes et le monde des affaires depuis 1500*, Béatrice Craig retrace plus largement la manière dont le paradigme des sphères distinctes a imprégné l'historiographie européenne jusqu'à récemment tout en proposant de s'affranchir de ce paradigme en remettant le travail sur les sources au cœur de sa méthode (*op. cit.*, p. 120-125).

9. Hannah Barker, dans *The business of women : Female enterprise and urban development in Northern England, 1760-1830* (New-York, Oxford University Press, 2006, p. 6), explique que le travail de l'historien nécessite de prendre du recul sur la qualité prescriptive ou descriptive de la norme sociale du xix^e siècle compte-tenu de l'effet de l'idéologie des sphères distinctes et de ses résonances ultérieures. Le même raisonnement peut être appliqué par analogie à la norme juridique française relative aux femmes en affaires. Les droits civil et commercial du xix^e siècle, qu'ils aient été plutôt libéraux pour les femmes ou plutôt contraignants, n'ont pas nécessairement été représentatifs de la réalité sociale et économique de ces femmes. Il est en effet délicat pour l'historien du droit, en règle générale, de déterminer si la norme juridique a été prescriptive (volonté d'une imposition de la norme) ou bien descriptive (la norme ne fait qu'entériner une réalité sociale). Dans le premier cas, un décalage peut alors exister entre la norme et la pratique.

10. Sur l'incapacité civile de la femme mariée v. D. Deroussin, *Histoire du droit privé*, Paris, Ellipses, 2010, p. 212-233 et J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé depuis 1804*, 2^e éd., Paris, P.U.F. 2012, p. 86-87.

11. Sur l'articulation des dispositions du Code civil et du Code de commerce concernant la marchande publique, v. J.-P. Nandrin, *Hommes et normes : Enjeux et débats du métier d'un historien*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2016, p. 481-495. Par ailleurs, il convient de préciser qu'une partie des solutions juridiques relatives aux femmes en affaires au XIX^e siècle reprend dans une certaine mesure des dispositions qui étaient applicables sous l'Ancien régime. Les débats relatifs aux Codes civil et de commerce permettent d'identifier l'origine des dispositions reprises par la codification (v. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T1-15 et J.-G. Locré, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 17-20.)

12. N. Arnaud-Duc, « Les contradictions du droit », *op. cit.*, p. 101-138. Pour Nicole Arnaud-Duc, le système juridique relatif aux femmes du XIX^e siècle connaît de nombreuses ambivalences. La contradiction entre « fiction de l'autonomie de la volonté » et législation autoritariste envers les femmes pousse les juristes à justifier la législation inégalitaire par une volonté imaginée et peu convaincante des femmes de s'auto-protéger face à leur propre faiblesse. Cette logique implique alors un autre malaise dans le système juridique du XIX^e siècle alors que l'incapacité civile des femmes mariées semble en elle-même incohérente : si les femmes sont dotées d'une forme de faiblesse mentale qui justifie leur protection, alors il n'est pas logique que leur incapacité juridique ne s'applique que pendant le mariage, soit ni avant, ni après. Par ailleurs, la contradiction entre discours juridique et réalité sociale vient également alimenter les ambivalences du système.

13. Pour Xavier Martin, la conception du législateur de 1804 est notamment nourrie par l'idée d'une « cause organique de la faiblesse mentale des femmes » véhiculée par le discours médical en vogue à l'époque (*Mythologie du Code Napoléon*, Bouère, D.M.M., 2003, p. 274-278).

14. J. Chauvin, *Des professions accessibles aux femmes en droit français*, thèse pour le doctorat en droit, Paris, A. Giard et E. Brière, 1892, p. 187.

15. Corinne Boulogne-Yang-Ting explique comment l'incapacité civile des femmes mariées avait, pour le législateur, avant tout un rôle de régulation de la vie sociale, excluant en réalité l'idée d'un objectif de protection de la femme face à sa supposée vulnérabilité (*Les incapacités et le droit des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 5). Ainsi, « frapper une personne d'incapacité c'est, en fonction de la politique juridique définie par le législateur, l'exclure à un degré plus ou moins variable de la vie sociale » (p. 17). Alors même que le droit donne parfois l'impression d'être délié de toute considération de genre et déconnecté des structures sociales sous-jacentes, il est en réalité largement imprégné de son environnement culturel, scientifique, économique et social ; v. sur cette question J.-L. Halpérin, *op. cit.*, p. 2.

16. Pour Nicole Arnaud-Duc, l'absence de dispositions civiles concernant les femmes non mariées semble relever plutôt d'une forme de mépris du législateur pour la question de la femme prise en dehors de son rapport à l'homme : « la femme sans mari est dépourvue d'intérêt pour le législateur » (« Les contradictions du droit », *op. cit.*, p. 134).

17. Thaller explique en 1898 que « le législateur n'a pas songé à refuser à la femme, à raison de son sexe, le droit de faire le commerce » (*Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Rousseau, 1898, p. 77). Portalis expliquait déjà lors de sa présentation du titre V du projet de Code civil au corps législatif « La faveur du commerce a fait regarder la femme marchande publique comme indépendante du pouvoir marital, dans tout ce qui concerne les opérations commerciales qu'elle fait » (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, Paris, Videcoq, 1836, p. 180). Pour une analyse plus poussée, v. J.-F. Niort, *Homo Civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, rééd., Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004.

18. Selon Thaller, en faisant le commerce, la femme « sort ainsi de la vie privée et aborde un terrain qui paraît mieux approprié aux fonctions de l'homme » (*op. cit.*, p. 78). Nous pouvons voir ici une référence explicite, même si non conscientisée, à l'idéologie des sphères distinctes.

19. E.-E. Thaller, *op. cit.* p. 78. Par « grand commerce », Thaller fait référence au commerce international. Plus largement, il fait état d'environ 200 000 femmes commerçantes à son époque. Il ne donne pas la source à partir de laquelle il tire ce chiffre mais nous pouvons supposer qu'il fait référence aux femmes patentées à la fin du XIX^e siècle. Dans cette hypothèse, il convient de préciser que ce chiffre minimiserait alors le nombre de femmes exerçant le commerce car il n'inclurait pas les femmes cachées derrière le nom de leur époux payant la patente ni les femmes exerçant le commerce conjointement avec leur époux (B. Craig, « Petites bourgeoises or penny capitalists ? Female retailers in Northern France in the Nineteenth century », *op. cit.* p. 203).

20. Pour Nicole Arnaud-Duc, discours juridique et moral sont entremêlés en matière de droit des femmes (« Les contradictions du droit », *op. cit.* p. 101-102). Suivant cette idée, nous pouvons supposer que les juristes du XIX^e siècle tentent de donner une justification juridique à la situation politique et économique des femmes. Il est ainsi possible de considérer que la société du XIX^e siècle, dans toutes ses composantes, a tenté de justifier un système de domination par l'argument moralement – et juridiquement – acceptable de la protection. Pour exemple de cette ambivalence chez les juristes du XIX^e siècle, v. M. Brugnon, *De la condition des femmes commerçantes*, Paris, Arthur Rousseau, 1881, p. 96. L'auteur considère en effet que l'autorisation maritale nécessaire à la femme commerçante est justifiée par « un double but : protection de la femme, et respect et obéissance à l'autorité du mari ».

21. Ed. Richard, *Droit des affaires, Questions actuelles et perspectives historiques*, Rennes, P.U.R., 2005, p. 140-144.

22. Pour une réflexion générale sur le renouvellement de la notion de sujet de droit, v. A. Garapon, « Le sujet de droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2/31, 1993, p. 70. Questionnant déjà cette notion, René Demogue explique en 1909 que « la conception de sujet de droit a suivi assez fidèlement les idées morales ou sociales qui ont successivement régné » (R. Demogue, *La notion de sujet de droit, caractère et conséquences*, Paris, L. Larose, 1909, p. 13). Étudier les femmes en affaires au XIX^e siècle implique ainsi de s'affranchir des catégories juridiques traditionnelles, notamment lorsqu'elles ont pu trouver leur origine dans une atmosphère sociale et morale imprégnée d'un discours valorisant une hiérarchisation des sexes.

23. Pour Nicole Arnaud-Duc, au XIX^e siècle, « la fiction de l'autonomie de la volonté, exaltée par le libéralisme individualiste, engendre l'idée de l'adhésion de la femme au statut qui en fait un être relatif, n'existant que comme fille, épouse et mère, figure secondaire définie par rapport à l'homme, seul véritable sujet de droit » (« Les contradictions du droit », *op. cit.* p. 102). Cette exaltation du volontarisme, très présente dans la logique civiliste du XIX^e siècle, doit ainsi être questionnée lorsque l'on tente d'appréhender la réalité de la vie juridique des femmes en affaires.

24. Nous entendons ici le terme entreprise au sens large : unipersonnelle ou pluripersonnelle. Dans leur article sur la prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit, Isabelle Beyneix et Sylvie Hebert articulent la notion d'entrepreneuriat autour de celle d'entreprise. Cette dernière peut être définie de la manière suivante pour appréhender l'entrepreneuriat : « un ensemble de biens exploité de manière indépendante ou sous le couvert d'une forme sociale, elle est certes appelée à évoluer, mais a déjà atteint sa maturité économique » (« La prise en compte de l'entrepreneuriat par le droit », *RTD com.*, 4, 2012, p. 671).

25. H. Vérin, *Entrepreneurs, entreprise. Histoire d'une idée*, Paris, P.U.F., 1982, p. 248.

26. Sur la nécessité d'étendre la définition de l'entrepreneuriat au-delà de la seule recherche de la maximisation des profits pour pouvoir appréhender la question des femmes en affaires, v. S. Bajot et C. Le Chapelain, « Reassessing women's participation in entrepreneurial activities in the nineteenth century : A review of the literature », *Oeconomia*, 12/3, 2022, p. 405-442.

27. Art. 414 du Code de procédure civile de 1806.

28. Les guides pratiques à usage des commerçants peuvent avoir contribué à leur connaissance de la réglementation. Sur les guides à usage des commerçants, v. *Littératures populaires du droit*, dir. L. Guerlain et N. Hakim, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019. Ces guides vulgarisent la réglementation juridique et peuvent avoir contribué à la possibilité pour les femmes en affaires de se réapproprier le droit pour l'exercice de leur commerce, notamment à travers la diffusion de formules types guidant l'élaboration d'actes juridiques variés.

29. J. Aston et P. Di Martino, « Risk, success, and failure : female entrepreneurship in late Victorian and Edwardian England », *The Economic History Review*, 70/3, 2017, p. 844.

30. Voir N. Phillips, *Women in Business, 1700-1850*, Woolbridge, The Boydell Press, 2006, p. 68 : « Married female litigants, and their husbands, seem to have been well aware of the pluralistic nature of the legal system and to have manipulated the relevant systems of law in their own interests whenever possible ». V. également H. Barker, *op. cit.* sur l'utilisation active du mécanisme de *coverture* par les femmes en affaires anglaises.

31. Il faut préciser que par souci de clarté il n'a pas été possible de détailler tous les arrêts étudiés. Les décisions mises en lumière sont en priorité celles dans lesquelles les moyens sont largement détaillés ou celles dans lesquelles la stratégie juridique choisie nous a paru récurrente ou particulièrement intéressante.

32. V. Pierre-Nicolas Barenot, *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, Paris, L.G.D.J., 2022, p. 142.

33. A. Farge, *Vies Oubliées : Au cœur du XVIII^e siècle*, Paris, La découverte, 2019, p. 7.

34. Ex : Cass. civ., 6 mai 1816 (R. 1816, p. 257) ; CA Paris, 16 mai 1812 (R. 1814 p. 92) ; CA Paris, 23 août 1851 (R. 52.2.10).

35. Ex : Cass. req., 24 décembre 1860 (R. 61.1.373) ; Cass. req., 29 juillet 1869 (R. 71.1.237) ; CA Grenoble, 30 janvier 1885 (R. 86.2.263).

36. Ex : Cass. civ., 15 novembre 1813 (R. 1814, p. 576) ; Cass. req., 14 novembre 1820 (R. 1821 p. 280) ; CA Paris, 2 juin 1827 (R. 28.2.156).

37. Pour exemples d'affaires dans lesquelles la femme est demanderesse à l'action : CA Angers, 29 juillet 1868 (R. 69.2.9) (action contre un banquier) et Cass. req., 12 avril 1869 (R. 69.1.517) (action d'une marchande publique faillie contre un débiteur d'aliments).

38. Pour exemples d'arrêts dans lesquels la femme apparaît non mariée car mentionnée comme « demoiselle » ou « veuve » : CA Paris, 12 juillet 1825 (R. 26.2.134) ; CA Paris, 2 juin 1827 (R. 28.2.156) ; CA Aix-en-Provence, 5 avril 1832 (R. 34.2.19) ; CA Grenoble, 10 janvier 1853 (R. 56.2.22) ; CA Angers, 29 juillet 1868 (R. 69.2.9) ; CA Rennes 2 janvier 1880 (R. 81.2.131) ; Cass. req., 1^{er} juin 1892 (R. 93.1.311). Dans ces arrêts, les stratégies sont notamment fondées sur la question de la preuve en matière commerciale, sur l'exception d'incompétence du tribunal de commerce ou sur la novation en matière de compte courant.

39. Nous avons choisi de nous concentrer ici sur le rejet de la qualité de marchande publique par les femmes mariées en affaires car ce contentieux est relativement récurrent. Néanmoins, nous pouvons citer deux arrêts dans lesquels la stratégie consiste à rejeter la qualité de marchande publique en dehors du cas du commerce conjoint entre époux. Dans l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 15 avril 1837 (R. 38.2.190), même si les moyens ne sont que peu détaillés, on comprend que Dame Lethuillier et son conseil rejettent la qualité de marchande publique pour éviter une procédure de ses créanciers par la voie commerciale. En effet, elle est sage-femme et considère que le pensionnat qu'elle tient en parallèle de son activité n'« est que l'accessoire » de son activité de soin. La cour d'appel lui donne raison notamment du fait du nombre peu élevé de ses pensionnaires. Par ailleurs, la note accompagnant l'arrêt du 24 juillet 1883 rendu par la chambre des requêtes de la Cour de cassation détaille le moyen au pourvoi de la Dame de Jarlaud (R. 84.1.125). La stratégie consiste alors pour cette Dame prise en sa qualité de partie à invoquer, pour son activité de couturière, être artisane et non commerçante ce qui justifierait qu'elle ne soit pas justiciable du tribunal de commerce. La cour ne fait cependant pas droit à

l'argumentaire. On peut constater de manière générale que le contentieux relatif à la qualité de marchande publique relève parfois aussi pour les femmes d'une forme de *forum shopping* ; au sens de stratégie procédurale visant à soulever l'incompétence du tribunal devant lequel l'affaire est portée dans un but dilatoire ou pour tenter d'obtenir un jugement de la part d'une juridiction éventuellement plus avantageuse – en l'occurrence la juridiction civile de droit commun. V. Franco Ferrari, « Forum shopping : pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs », *Revue critique de droit international privé*, 2016, 1, p. 85 à 105 et P. de Vareilles-Sommières, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2001, 14^e année, p. 49-82.

40. Comme précisé par David Deroussin, cette autorisation maritale spéciale peut être expresse ou tacite. Un contrat de mariage peut prévoir une autorisation générale de l'épouse à contracter mais alors cette autorisation ne vaudra que pour les actes d'administration (*op. cit.*, p. 213).

41. L'article 4 du Code de commerce dispose que « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ». L'article 5 dispose que « la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et, audit cas, elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux » et que la femme mariée « n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari ; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle a un commerce séparé ». Pour une explication des dispositions relatives aux articles 4 et 5 du Code de commerce, voir Ed. Richard, *op. cit.* p. 140-144.

42. Hors statut de marchande publique, la femme est considérée comme mandataire ou préposée de son époux dans l'exercice du commerce conjoint ; v. Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, t. 1, 2^e éd., Paris, Marescq Ainé, 1890, p. 97 et C. Demolombe, *Cours de Code civil*, t. 2, éd. augmentée, Bruxelles, J. Stienon, 1848, p. 300.

43. Il est ici fait référence à la note de commentaire n° 2 en dessous de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 9 décembre 1875 (R. 76.2.208).

44. V. Cass. civ., 1^{er} mai 1820 (R. 1820, p. 524) ; Cass. civ., 27 mai 1851 (R. 51.1.172) ; Cass. crim., 9 août 1851 (R. 52.1.160) ; Cass. req., 3 août 1859 (R. 59.1.419) ; Cass. civ., 27 janvier 1875 (R. 75.1.297) ; Cass. civ., 19 janvier 1881 (R. 82.1.63) ; CA Lyon, 5 février 1881 (R. 81.2.192) ; Cass. civ., 10 mai 1882 (R. 83.1.112) ; Cass. civ., 4 août 1884 (R. 85.1.296). Deux arrêts de la chambre des requêtes de la Cour de cassation viendront nuancer cette solution habituelle les 5 mai 1857 (R. 57.1.503) et 11 janvier 1869 (R. 69.1.208). Dans ces deux arrêts, la qualité de commerçante est reconnue à l'épouse qui fait seule les acquisitions pour alimenter le commerce de son époux (premier arrêt) et à l'épouse qui reste seule à la tête de l'établissement conjugal pendant les fréquentes absences de son mari (deuxième arrêt). Ces deux arrêts émanent de la chambre des requêtes de la Cour de cassation qui semble donc hésitante sur la solution. Il faut alors noter que dans la note d'arrêt relative à l'arrêt du 10 mai 1882 rendu par la chambre civile de la Cour de cassation, il est clairement fait référence à la « jurisprudence constante » de la Cour de cassation telle que mentionnée. Alors que les commentaires précédents mentionnaient des hésitations jurisprudentielles, cette solution est à partir de ce moment-là considérée comme la norme à tout le moins par les commentateurs du *Recueil Dalloz*. À noter également que la présomption relative à la non-qualité de commerçante de l'épouse ne s'applique pas dans le cas où l'épouse est clairement à la tête du commerce conjugal, le mari ne faisant alors que détailler ses marchandises. Dans ce cas, le mari n'est considéré que comme un commis dès lors qu'il a autorisé son épouse à exercer le commerce (Cass. req., 5 novembre 1900, R. 01.1.463).

45. L'article 1326 du Code de 1804 prévoit que « le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose » (al. 1). Ces dispositions protectrices s'appliquent « excepté

dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service » (al. 2).

46. V. l'arrêt du 1^{er} mai 1820 rendu par la chambre civile de la Cour de cassation accompagné de son compte rendu d'audience détaillant les moyens soulevés dans l'intérêt de Dame Bataille (R. 1820 p. 524).

47. La solution confirme ici celle dégagée par l'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 6 mai 1816 (R. 1816, p. 257) concernant Dame Lefebvre, bien que des cours d'appel ont privilégié la solution inverse (v. pour exemple CA Paris, 16 mai 1812, R. 1814, p. 92). La note d'observation accompagnant l'arrêt du 6 mai 1816 indique que c'est bien la solution de la Cour de cassation qui doit être retenue malgré les critiques qui ont pu en être faites. Conformément à l'intention de Bigot de Préameneu telle que dégagée de la lecture des débats sur le Code civil, l'article 1326 a vocation à protéger la signature des billets d'éventuelles manœuvres frauduleuses. En l'occurrence, il est nécessaire, selon le commentateur de l'arrêt, de protéger l'épouse de commerçant d'éventuelles manœuvres frauduleuses de la part de son époux.

48. V. les moyens soulevés par Dame Labat dans la procédure rappelée par la note accompagnant l'arrêt rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 27 janvier 1875 (R. 75.1.297).

49. R. 82.1.63.

50. R. 83.1.112.

51. Même stratégie notamment dans Cass. req., 27 mars 1832 : « la dame Clément soutient qu'elle n'est pas marchande publique ; qu'elle ne fait que détailler les objets du commerce de son mari » (R. 32.1.168) ; Cass. civ., 27 mai 1851 : Dame Couneau prétend « n'avoir pas exercé un commerce séparé de celui de son mari » pour éviter la faillite (R. 51.1.172) ; Cass. req., 5 mai 1857 : Dame Roy invoque « qu'elle n'avait contracté aucun engagement personnel [...] c'était à tort que le tribunal l'avait condamnée conjointement avec son mari » (R. 57.1.503), CA Paris 9 décembre 1875 : Dame Duboscq invoque le commerce séparé pour éviter d'être condamnée solidairement à payer une créance commerciale avec son époux, elle n'« est pas marchande publique » en tant que débitante de vin pour son mari entrepositaire (R. 76.2.208) ; Cass. civ., 10 mai 1882 : « pourvoi en cassation par la Dame Louis [...] en ce que la cour de Montpellier, tout en reconnaissant que la femme Louis exerçait, conjointement avec son mari, la profession d'aubergiste, l'a considérée comme faisant le commerce [...] et l'a condamnée, solidairement avec son mari, au paiement des fournitures faites pour les besoins de l'auberge » (R. 83.1.112). Par exception, avec la stratégie inverse, la Dame Vaucanèghem et son conseil revendiquent le statut de marchande publique pour éviter une saisie des créanciers de son époux sur la marchandise de son propre commerce (Cass. req., 5 novembre 1900, R. 01.1.463).

52. Le pourvoi de Dame Galdemard, conjoint avec son époux, consiste à invoquer qu'« elle ne fut qu'une simple préposée, prenant seulement part à l'exercice du commerce de son mari, dans le sens de l'article 5 précité, qui refuse, en ce cas, à la femme la qualité de commerçante, qualité qu'on ne peut lui attribuer, aux termes du même article, que si elle fait un commerce séparé ». Le pourvoi est rejeté par la Cour qui considère que dès lors qu'elle a eu un statut d'associée à son mari, la femme mariée exerçant la même industrie que son époux doit se voir attribuer la qualité de marchande publique (Cass. req., 11 janvier 1869, R. 69.1.208). Il est délicat en l'espèce au regard des informations disponibles dans le *Recueil Dalloz* de savoir ce qui explique cette solution divergente rendue par la chambre des requêtes de la Cour de cassation. Cette divergence pourrait être fondée sur une interprétation hésitante de la chambre des requêtes concernant l'article 5 du Code de commerce, sur les circonstances de l'espèce et notamment sur « les faits spéciaux d'imprudence » commis par Dame Galdemard et relevés dans l'arrêt ; ou bien sur le fondement de l'action en responsabilité (art. 1382 du Code civil), la Cour étant en pleine construction de sa jurisprudence sur la responsabilité personnelle dans la seconde moitié du XIX^e siècle.

53. V. B. Craig, *Female Enterprise Behind the Discursive Veil in Nineteenth Century Northern France*, *op. cit.*, p. 70-71.

54. R. 52.1.160. V. également dans le *Recueil Dalloz* l'arrêt d'appel qui détaille davantage les moyens (CA Amiens 3 avril 1851, R. 51.2.230).
55. L'arrêt du 14 avril 1856 pose le caractère d'ordre public de cette nullité (R. 56.2.231).
56. Ibidem.
57. R. 60.2.12.
58. Jules Lonfier mentionne en effet ces deux arrêts comme fondateurs de l'interdiction jurisprudentielle des sociétés entre époux mariés sous le régime de la communauté (*Des contrats entre époux, en droit romain et en droit français*, Rennes, Oberthur, 1873, p 125).
59. V. l'introduction et la référence notamment aux travaux de J. Aston et Di Martino, N. Phillips ou encore H. Barker.
60. Pour l'autorisation à faire le commerce, nous précisons que nous nous concentrons principalement ici sur le cas dans lequel la femme en affaires nie avoir bénéficié d'une autorisation maritale pour tenter d'échapper à ses obligations commerciales. Cependant, il existe également du contentieux impliquant les femmes en affaires concernant la question de l'autorisation en justice à faire le commerce à défaut d'autorisation maritale (v. R. 45.4.470, R. 63.5.38 et R. 68.2.28), ou encore la question de l'autorisation parentale s'ajoutant à l'autorisation maritale pour la femme mineure mariée commerçante (v. R. 26.2.137, R. 59.1.419 et R. 61.5.83).
61. Sur l'article 215 du Code civil, v. N. Maillard « La femme, le mari et le juge : étude sur la procédure à fin d'autorisation d'ester en justice », *Revue historique de droit français et étranger*, 87, 2009 p. 599-613.
62. Voir le compte-rendu d'audience et l'arrêt du 21 Germinal an XII (R. 1803, p. 343).
63. Voir l'arrêt accompagné du compte-rendu d'audience (R. 1813 p. 485). Dans le compte-rendu d'audience, on constate que l'argument contentieux de l'incapacité à ester en jugement en défense est utilisé dès l'audience de première instance par une commerçante. De plus, sans bien distinguer ce qui relève du moyen du défendeur des observations personnelles du commentateur du recueil, il est néanmoins intéressant de relever les arguments soulevés au profit du demandeur ayant assigné, comme dans l'affaire Dame Cézan, une femme en paiement : « mais lorsque c'est la femme qui est assignée, il devient indispensable qu'elle soit autorisée ; et si le mari ne comparait pas pour accorder son autorisation, on ne peut raisonnablement obliger le demandeur à former une action contre lui, devant le tribunal de son domicile, pour obtenir une autorisation qui ne peut pas être refusée. Il faut donc que le juge saisi de la contestation puisse accorder lui-même à la femme l'autorisation qui lui est nécessaire ».
64. F.-A. Vazeille, *Traité du mariage*, t. 2, Paris, Bavoux, 1825, p. 84.
65. Loqué dans son *Esprit du Code de commerce* explique en effet que le consentement du mari était rendu nécessaire « par le Code civil, comme conséquence de la puissance maritale » (t. 1, 2^e éd., Paris, J.-B. Garnery, 1829, p. 17).
66. Pour Jean-Pierre Nandrin, cette exigence d'autorisation maritale pour exercer le commerce est une « véritable régression » par rapport à l'Ancien droit dans lequel « l'autorisation du mari n'était pas nécessaire pour « faire commerce », nonobstant le fait qu'il ne pouvait y avoir d'opposition de sa part » (« L'évolution du statut juridique de la femme indépendante », *op. cit.*). Lors des débats relatifs à la rédaction du Code de commerce, Bigot de Préameneu a lui-même insisté sur le caractère nouveau de l'article 4 par rapport à l'Ancien droit dans lequel il suffisait que la femme exerce son activité de manière notoire pour être réputée marchande publique. Il semble d'ailleurs relativement sceptique par rapport à l'exigence d'une autorisation maritale formelle (V. PV du Conseil d'État de la séance du 25 novembre 1806, Loqué, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 17, Paris, Treuttel et Wurtz, p. 131).
67. Comme rapporté par Loqué, au moment des débats relatifs à la rédaction du Code de commerce, la Section de l'intérieur avait proposé d'écarter l'exigence d'autorisation maritale pour les femmes mariées non communes en biens. Mais cette subtilité ne fut pas entérinée dans

la rédaction finale du Code, toutes les femmes mariées, peu importe leur régime matrimonial, furent donc soumises à l'exigence d'autorisation maritale pour faire le commerce (*Esprit du Code de commerce, op. cit.*, p. 18-19). Locré, semblant pencher pour un certain conservatisme retranché derrière une référence à la rigueur civiliste, confirme le bien-fondé de cette absence de distinction notamment en raison du fait que « quelles que soient les conventions matrimoniales relatives aux biens, [la femme] demeure soumise envers son mari au devoir d'obéissance, qui est une des causes de la nécessité de l'autorisation ».

68. Cette jurisprudence reprend la philosophie de la solution qui était consacrée par l'Ancien droit ; v. Vazeille, *op. cit.*, p 70.

69. V. Cass. civ., 14 novembre 1820 (R. 21.1.280) ; Cass. req., 1^{er} mars 1826 (R. 26.1.171) ; Cass. req., 27 mars 1832 (R. 32.1.168) ; CA Paris, 5 mars 1835 (R. 35.2.68) ; Cass. req., 27 avril 1841 (R. 41.1.219) ; CA Paris 23 août 1851 (R. 52.2.10). Les arrêts considérés comme faisant office de référence jurisprudentielle par le commentateur de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 23 août 1851 sont ici mis en évidence. V. également CA Agen, 9 janvier 1856 (R. 56.5.73) ou encore CA Paris, 6 juin 1896 (R. 96.2.471).

70. Locré, *Esprit du Code de commerce, op. cit.*, p. 25.

71. En l'espèce, il s'agissait d'un engagement théâtral étant précisé que, comme expliqué dans la note d'arrêt, « la vie indépendante des femmes de théâtre les a fait ranger dans la classe des marchandes publiques » par la jurisprudence.

72. V. la note accompagnant l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 novembre 1866 (R. 66.2.245).

73. Le Code civil de 1804 prévoit la nomination d'un conseil judiciaire pour assister les personnes considérées comme « prodigues », c'est-à-dire atteintes d'une forme de faiblesse d'esprit pouvant mettre en danger le patrimoine (art. 513).

74. Voir la note sous l'arrêt de 1859 (R. 601.87). Malepeyre et Jourdain considèrent par exemple que cette nécessité d'une autorisation spéciale se justifie par « le scandale qui pourrait résulter de l'association de deux personnes d'un sexe différent, sans le consentement des personnes chargées de surveiller leur conduite » (*Traité des sociétés commerciales*, Paris, Mansut Fils, 1833, p. 13).

75. La solution jurisprudentielle vaut à tout le moins pour les sociétés de personnes. Pour les sociétés de capitaux, certains auteurs semblent plus nuancés. Pour Malepeyre et Jourdain notamment, la femme mariée incapable semble pouvoir faire partie d'une société anonyme sans autorisation maritale alors que dans ce type de société « la considération de la personne n'entre pour rien » (*op. cit.*, p. 15). D'ailleurs, dans un arrêt du 11 mars 1851, la cour d'appel de Grenoble a considéré que l'épouse autorisée à faire le commerce n'avait pas besoin de l'autorisation de son mari pour souscrire un contrat de prise d'actions dans une société de capitaux (R. 53.2.62). En l'espèce, Dame Eymard demandait la nullité d'une convention passée avec son époux selon laquelle elle s'engageait « à prendre pour son compte les actions de celui-ci et à en acquitter le prix ». Les actions concernaient une société d'exploitation de forêts situées en Espagne et perdirent de leur valeur suite à des difficultés survenues avec le gouvernement espagnol. Pour demander la nullité de la convention passée avec son époux dont elle était séparée de fait et de biens, Dame Eymard invoquait qu'« elle y avait stipulé sans l'autorisation de justice, autorisation qui suivant elle était nécessaire, le concours du mari ne pouvant valoir comme autorisation dans un contrat où sa femme s'obligeait envers lui ». Son argumentation est cependant rejetée car la cour considère qu'« ayant été commerçante, et le traité du 16 février 1828 se rattachant à une opération commerciale, elle n'avait pas même besoin, aux termes des articles 4 et 5 du c. com., de l'autorisation de son mari pour le souscrire ».

76. V. les moyens soulevés dans l'arrêt de la chambre des requêtes du 27 avril 1841 accompagné d'une note explicative (R. 41.1.219). Il s'agit en l'espèce d'une société pour l'exploitation d'une forge à la catalane avec un apport social de 50 000 frs. La société, impliquant seulement Dame

Caron et un associé, est d'une taille relativement importante, ce qui vient conforter la description réalisée dans le recueil d'une femme habituée au monde des affaires.

77. Le commentaire de l'arrêt mentionne d'ailleurs une contrariété de la solution de la cour à la doctrine de Vazeille (v. son *Traité sur le mariage*, t. 2, *op. cit.*, p. 72) .

78. V. l'arrêt Civ. req., 9 novembre 1859 accompagné de sa note explicative (R. 60.1.87).

79. Tel qu'expliquée dans la note d'arrêt, cette solution serait conforme aux avis de Pardessus, Malepeyre et Jourdain, Molinier, Delangle et Demolombe. Au contraire, elle serait en désaccord avec les avis de Massé et Vergé.

80. Voir les moyens à l'appui de l'action de Dame Decaux dans l'arrêt rendu le 9 novembre 1859 par la chambre des requêtes de la Cour de cassation, accompagné d'une note explicative (R. 60.1.87).

81. Le *Recueil Dalloz* ne détaille pas les moyens pour cet arrêt (R. 66.2.224), certainement car la solution est alors devenue évidente.

82. Pour une analyse plus poussée du régime dotal et de ses implications, v. J.-P. Agresti, *Les régimes matrimoniaux en Provence à la fin de l'Ancien régime* (Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2009). Une partie de l'analyse relative au XVIII^e siècle permet d'éclairer celle portant sur le XIX^e siècle. Pour une analyse du XIX^e siècle plus spécifiquement, v. H. Pascaud, *Le régime dotal, ses avantages, ses inconvénients et les modifications qu'il pourrait comporter*, Paris, Albert Fontemoing, 1899.

83. Nicole Arnaud-Duc dans *Droit, mentalités et changement social en Provence occidentale : une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial de 1785 à 1855*, met en lumière le caractère patriarcal de la tradition romaine faisant particulièrement écho en matière de régimes matrimoniaux au XIX^e siècle (Aix-en-Provence, Édisud, 1985, p. 7). Elle souligne cependant la difficulté à distinguer dans ces régimes ce qui relève réellement du droit romain de ce qui relève de son interprétation et de ses résonances ultérieures (p. 15).

84. *Ibid.*, p. 16.

85. R. 1819, p. 129.

86. Nicole Arnaud-Duc explique que le système juridique relatif au régime dotal induit une dérogation tant au droit commun des régimes matrimoniaux qu'au droit commun de la propriété et à la libre disposition par la femme de ses biens (*Droit, mentalités et changement social en Provence occidentale : une étude sur les stratégies et la pratique notariale en matière de régime matrimonial de 1785 à 1855, op. cit.*, p. 15).

87. Pour des femmes en affaires invoquant l'inaliénabilité de leur dot pour échapper aux poursuites de leurs créanciers v. Cass. civ., 19 décembre 1810 (R. 1811, p. 43) ; Cass. civ., 9 avril 1823 (R. 1823, p. 173) ; trois arrêts CA Rennes, 4 mars 1880 (R. 81.2.210) ; CA Montpellier, 17 janvier 1890 (R. 92.2.123).

88. J. Bédarride, *Études de législation*, Paris, A. Maresq, 1868, p. 173. Bédarride souligne plus précisément le paradoxe législatif qui existe entre la reconnaissance d'une part, de la capacité à agir des femmes en général (puisque le Code civil n'interdit pas aux femmes majeures célibataires de contracter), et la consécration d'autre part, de l'autorisation maritale et du régime dotal qui permettent à la femme mariée de « se retrancher » activement derrière l'aspect protecteur de la législation pour éviter l'engagement de sa responsabilité.

89. V. l'un des trois arrêts du 27 février 1883, Russeil c. Dame Guitton (R. 84.1.29) : « Qu'en négligeant d'accomplir cette formalité [la publication du contrat de mariage selon les formes prescrites à l'article 69 du Code de commerce de 1807], même en l'absence de toute intention de nuire, la dame Guitton commettait un quasi-délit ; que l'inaliénabilité de sa dot mobilière ne faisait pas obstacle à ce que la réparation en fut poursuivie sur le prix des navires *Cruzeiro* et *Maranhao* ». En effet, l'article 69 du Code de commerce de 1807 dispose que tout époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce [...] ». La non-publication de son contrat de mariage par une femme mariée

exerçant le commerce constitue un quasi-délit dont elle est responsable même sur ses biens dotaux. Sur cette stratégie des créanciers d'invoquer un défaut de publication du contrat de mariage de la femme en affaires, v. également : Cass. req., 24 décembre 1860 (R. 61.1.373) ; Cass. req., 29 juillet 1869 (R. 71.1.237) ; CA Grenoble, 30 janvier 1885 (R. 86.2.263) ; CA Rouen, 21 avril 1890 (R. 92.2.504) ; Cass. req., 5 février 1894 (R. 94.1.416).

90. É. Acollas, *Le mariage : son présent, son passé, son avenir*, Paris, A. Marescq, 1880, p. 34. Le juriste vise ici expressément l'incapacité civile de la femme mariée. Bien sûr on pourra tempérer ces propos qui sont néanmoins révélateurs d'une forme de traditionalisme des rédacteurs du Code civil.

RÉSUMÉS

Dans le cadre des litiges commerciaux, des stratégies contentieuses tirant avantage des paradoxes de la législation inégalitaire du XIX^e siècle sont élaborées à l'appui des intérêts des femmes en affaires. À travers l'étude d'un corpus d'arrêts et comptes-rendus d'audiences tirés du *Recueil Dalloz*, il est possible d'identifier ces stratégies visant d'une part à rejeter le bénéfice d'un statut juridique *a priori* favorable aux femmes et d'autre part à invoquer directement un statut juridique *a priori* infériorisant. Ces stratégies contentieuses mettent en lumière les contradictions d'un droit reposant sur la fiction d'une incapacité juridique de la femme mariée non représentative d'une incapacité intellectuelle et morale. L'étude propose plus largement d'interroger les ambivalences des législations civile et commerciale consacrées par la codification napoléonienne.

In commercial litigation, contentious strategies that take advantage of the paradoxes of 19th century unequal legislation are developed to support businesswomen interests. Through the study of a corpus of courts decisions and reports of hearings drawn from the *Recueil Dalloz*, it is possible to identify these strategies aimed on the one hand at rejecting the benefit of a legal status *a priori* favorable to women and, on the other hand, at invoking legal status which *a priori* consign women to a position of inferiority. These contentious strategies highlight the contradictions of a law based on the fiction of a legal incapacity of the married woman not representative of an intellectual and moral incapacity. The study proposes more broadly to question the ambivalences of the civil and commercial legislation enshrined in the Napoleonic codification.

INDEX

Mots-clés : femmes, droit commercial, xixe siècle, contentieux stratégique, incapacité

Keywords : women, commercial law, 19th century, strategic litigation, incapacity

AUTEUR

SONIA BAIJOT

Doctorante à l'Université Jean Moulin Lyon III
Avec le soutien de la Fondation de Wendel

« Mettre l'alcool au feu » : stratégies juridiques et accommodations économiques des trafiquantes urbaines de *lutuku* face à la justice coloniale (Congo belge, 1945-1960)

Aurélie Bouvart

Citation du titre : Archives Africaines [désormais AA], Ministère des Affaires étrangères, Bruxelles [désormais MAE], Fonds Justice [désormais JUST] 3996, P.V. no 1523, Léopoldville, 27 décembre 1949.

Figure 1 : Ona Ndaji, *La lutte contre les boissons alcooliques*, s. d.



Collection MRAC Tervuren

- 1 Vers 1961, Ona Ndaji enrichissait le corpus déjà abondant de la peinture populaire congolaise avec un tableau intitulé *La lutte contre les boissons alcooliques*. La scène représente deux femmes congolaises portant des fûts et des tuyaux métalliques, suivies de près par un homme congolais, une bouteille de *lutuku*¹ à la main. Le petit groupe est escorté par deux policiers congolais qui les conduisent matraques à l'appui devant l'autorité coloniale. La composition du tableau adopte les motifs d'un genre pictural postcolonial dit « Colonie belge », inauguré à partir des années 1960 et qui a connu un essor particulier dans les années 1970 auprès des ménages de la classe moyenne de Lubumbashi². Déclinés à l'envi par les peintres congolais, les archétypes picturaux de ces tableaux étaient mobilisés pour représenter la violence de la répression coloniale à travers une scène centrale, consistant généralement dans le châtement corporel d'un prisonnier « indigène » soumis aux coups de fouet d'un soldat africain, sous la supervision d'un fonctionnaire européen en uniforme³. Pour rappeler l'origine politique de ces humiliations, le bâtiment de l'administration territoriale, flanqué d'un mât sur lequel flottait le drapeau belge, apparaissait en arrière-plan de ce type de toile comme haut lieu symbolique de l'autorité coloniale⁴.
- 2 Si le tableau de Ona Ndaji entretient des correspondances évidentes avec les œuvres de l'école urbaine de Lubumbashi⁵, les personnages représentés par l'artiste rompent cependant avec la tradition de ces peintures. En effet, le style « Colonie belge » intégrait rarement des femmes dans ses compositions et lorsqu'exceptionnellement celles-ci étaient représentées, elles étaient ordinairement reléguées en périphérie de la toile, demeurant des témoins passifs et impuissants face à la violence qui se déployait devant elles⁶. Dans *La lutte contre les boissons alcooliques*, la position centrale des femmes colonisées témoigne au contraire du rôle actif qu'elles ont joué en tant que trafiquantes

dans la lutte entreprise par les autorités coloniales après 1945 pour enrayer la consommation africaine de l'alcool distillé clandestinement. L'évocation d'un conflit, entériné par le titre du tableau, souligne à quel point l'« alcool » représentait un adversaire de taille à la moralisation des populations congolaises. Mobilisant une rhétorique belliqueuse, la « guerre [coloniale] à l'alcool »⁷ était marquée en effet par « la préoccupation constante » de l'État et de ses institutions répressives « de soustraire les populations de son territoire au fléau de l'alcoolisme »⁸.

- 3 La mise en scène du tableau livre d'autres éléments narratifs intéressants. L'homme arrêté est désigné par la bouteille d'alcool qu'il tient à la main comme le « consommateur ». Les femmes, représentées en binôme, portent les preuves matérielles de la distillation de cet alcool et sont identifiées comme « productrices ». Le tableau qui traduit un événement marquant de l'histoire coloniale belge tel qu'il a été conservé dans la mémoire collective, confirme le constat suivant, établi à partir de l'analyse des archives répressives de l'alcool au Congo belge que nous proposons d'examiner dans cet article : des femmes africaines sont arrêtées, souvent en groupe, pour avoir distillé illégalement de l'alcool à destination d'une clientèle majoritairement masculine. En tant qu'icône mémorielle, la toile réactive un épisode emblématique de la répression coloniale telle qu'elle s'exerçait au quotidien sur les femmes colonisées actives dans la fabrication illégale d'alcool distillé. La répression de cet illégalisme « féminin » se concluait le plus souvent par une condamnation devant le tribunal de district, juridiction compétente pour juger les infractions des populations colonisées⁹.
- 4 S'appuyant sur des dossiers judiciaires de condamnations de femmes colonisées pour des infractions associées à la fabrication et à la vente d'alcool, cet article ambitionne d'enrichir les recherches encore peu développées sur la petite criminalité féminine en situation coloniale et la répression judiciaire dont les trafiquantes furent l'objet¹⁰. Dans le contexte particulier du colonialisme tardif, marqué à la fois par une croissance urbaine exponentielle et un investissement colonial inédit dans les pratiques de contrôle et de surveillance des populations africaines¹¹, la poursuite des trafiquantes d'alcool a constitué une priorité répressive pour les autorités coloniales belges. L'engagement des citadines congolaises dans des pratiques commerciales « transgressives » qui constituaient une rupture avec les illégalismes traditionnellement rattachés au genre féminin, permettra dès lors de mettre en évidence les expériences des prévenues et leur agentivité face à la justice coloniale. La répression judiciaire des pratiques illicites de l'alcool offre en effet un terrain privilégié pour observer les tentatives de contournement mises en œuvre par les distillatrices dans l'objectif de pérenniser leur activité lucrative dans une capitale congolaise en proie à un haut degré d'urbanité. Afin d'échapper aux arrestations policières et d'atténuer les sanctions pénales en cas d'audition devant le juge, les fabricantes recouraient à un ensemble de stratégies économiques et juridiques, soulignant leurs capacités à manœuvrer au sein d'un régime colonial hostile aux perspectives d'émancipation des femmes africaines. Se situant notamment à l'intersection de l'histoire sociale et de l'histoire de la justice, cet article revendique une approche par le bas de l'action répressive coloniale et de ses effets sur les justiciables africaines.
- 5 Les conditions de participation des femmes colonisées dans la production illicite d'alcool au Congo belge seront retracées en deux temps. Après un bref détour historiographique sur le champ encore balbutiant de l'histoire du genre et de la petite criminalité en situation coloniale dans lequel s'inscrit cette recherche, un premier

temps sera consacré à la législation antialcoolique coloniale et à l'inscription spatiale de la distillation et du trafic d'alcool à Léopoldville. Cette étape permettra de mieux comprendre le cadre législatif qui était à l'origine de la criminalisation des trafiquantes ainsi que l'incidence de la densité urbaine sur les mécanismes de contrôle mis en place par les institutions répressives pour enrayer le trafic clandestin de l'alcool dans la capitale congolaise. Le second temps présentera les capacités d'adaptation mobilisées par des femmes trafiquantes pour rentabiliser économiquement la pratique de distillation et minimiser les effets de la géographie urbaine sur le repérage de leurs activités par les forces de l'ordre coloniales. Cette partie s'attardera d'une part, sur les stratégies économiques mises en œuvre par les trafiquantes à travers le choix d'une matérialité et d'une production alcoolique spécifique et d'autre part, sur les stratégies juridiques mobilisées par les distillatrices mises en examen, pour tenter de se soustraire à la condamnation pénale.

I. Les femmes colonisées dans l'historiographie sur la criminalité et le genre

- 6 L'articulation entre le genre, la race et la justice pénale a trouvé peu d'échos dans la production scientifique sur l'époque coloniale¹². Les publications qui ont investi les champs de la criminalité et de la justice en contexte colonial (ou plutôt impérial) s'attardent le plus souvent sur la criminalité violente de certains groupes de colons européens¹³ ou examinent les systèmes légaux et répressifs mis en place par les pouvoirs coloniaux¹⁴. L'introduction du genre à l'histoire de la « criminalité coloniale » innove surtout sur le thème de l'enfermement des femmes et à travers lui, de la déportation de condamnées métropolitaines vers les colonies¹⁵. La littérature anglo-saxonne, plus éloquente sur les rapports entre les femmes colonisées et la justice coloniale, s'est essentiellement penchée sur la justice « coutumière » en investissant deux domaines privilégiés du droit civil : le mariage et la propriété¹⁶. Ces travaux se sont également intéressés à l'accès et au recours des femmes colonisées au droit coutumier colonial comme espace de manœuvre pour négocier leur statut conjugal¹⁷. Parmi les travaux plus rares qui concernent les matières pénales, les affaires de « sorcellerie » et d'infanticides ont été privilégiées¹⁸, réservant peu d'attention aux autres domaines d'infractions qui conduisaient les femmes, colonisées et (moins encore) colonisatrices, devant la justice. Quelques travaux font figure d'exception et offrent une vision plus diversifiée de la criminalité féminine du point de vue des femmes colonisées, délaissant cependant la « petite délinquance » au bénéfice des « crimes violents »¹⁹. Le Congo colonial occupe quant à lui une place marginale sur ces questions bien que certains aspects de la répression coloniale aient été étudiés au travers d'infractions spécifiques²⁰, du cadre légal de la peine²¹, de la police urbaine²², de la délinquance juvénile²³, de la prison²⁴, de la représentation²⁵ et enfin de la peine capitale²⁶.
- 7 Face à cette absence historiographique sur la répression de la criminalité au Congo belge, les années d'après-guerre s'avèrent particulièrement pertinentes pour interroger l'exercice de la justice pénale à l'aune d'un colonialisme tardif traversé par des mutations sociales accélérées, des menaces renouvelées à l'ordre colonial et des contestations à la « mission civilisatrice », véritable socle idéologique sur lequel reposait l'entreprise coloniale²⁷. À l'ère d'une politique « développementaliste »²⁸ qui

ambitionnait entre autres de « relever le statut moral » des femmes africaines, l'État a manifesté un engagement sans précédent pour tenter de mettre un terme à la petite criminalité qui sévissait dans la capitale coloniale et qui « explosait » littéralement après 1945. Concomitamment à la hausse générale de la criminalité, la croissance des distilleries clandestines, qui alertait les acteurs du monde judiciaire colonial, coïncidait avec le développement économique caractéristique de l'après-guerre et l'engagement subséquent entrepris dans l'amélioration des voies de communication, permettant une circulation plus efficace des matières premières et de l'alcool²⁹. Dans la pratique judiciaire, l'investissement répressif des autorités coloniales s'est traduit par un renforcement des moyens mis à la disposition des Officiers de Police Judiciaire afin de faciliter la localisation des débits clandestins, en leur accordant un droit de perquisition plus étendu³⁰.

II. Vers un encadrement juridique genré de la distillation ?

- 8 La législation du Congo belge, qui dès 1913 interdit la consommation d'alcool distillé aux populations africaines, a encouragé malgré elle l'émergence d'une culture illicite de distillation à Léopoldville après 1945, sous l'impulsion des femmes colonisées. Pour mieux comprendre l'avènement de ce phénomène, il faut remonter le cours des mesures antialcooliques coloniales, qui s'inscrivent dans un contexte impérial de tempérance paternaliste où la présupposée dépendance « naturelle » des Africain·es à l'alcool renforçait les discours sur leur infériorité raciale³¹. Les lois sur les pratiques de l'alcool dans le monde colonial se sont en effet appuyées sur des déterminants raciaux pour construire une catégorisation différentielle de boissons autorisées à la consommation par les Africain·es et les Européen·es. La législation coloniale participait ainsi à une hiérarchisation entre alcools « forts » distillés, réservés dans la majorité des colonies subsahariennes exclusivement aux colons « de race européenne » (et assimilés comme tels) et alcools « faibles » fermentés destinés aux Africain·es. La colonie belge qui ne fit pas exception en la matière s'est au contraire distinguée par un régime plus prohibitif sur la longueur en matière de consommation d'alcools « forts » et plus restrictif sur les seuils qui séparaient les deux catégories d'alcools.
- 9 Au Congo belge, la distinction légale entre les boissons alcooliques autorisées et celles interdites à la consommation africaine a en effet été déterminée par un seuil qui mesurait la teneur en alcool présent dans les liquides. Réévalué à trois reprises sans jamais être aboli, de sorte que la discrimination raciale sur la consommation alcoolique a été maintenue tout au long la colonisation belge, ce seuil fluctuait selon les intérêts (parfois opposés) d'ordre économique, « social » et sécuritaire de la colonie. Économiquement, le contrôle de la consommation et de la production d'alcool des populations colonisées était motivé par l'influence supposément néfaste de la consommation d'alcool sur la productivité de la main d'œuvre africaine³² et par la crainte que la production d'alcool puisse offrir une alternative économique au travail salarié des Africains³³. Ces répercussions économiques étaient toutefois pondérées par les retombées financières assurées par l'introduction d'un système de licences qui réglementait les débits de boissons alcooliques fermentées et qui étaient devenues indispensables à l'administration budgétaire de la colonie³⁴. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'alcool représentait également un frein à « l'élévation morale et sociale » des

Congolaises, qui constituait le fer de lance du projet « civilisateur » depuis la reprise du Congo léopoldien par la Belgique en 1908³⁵. Enfin, la consommation d'alcool « fort » par les populations colonisées menaçait la sécurité des colons européens, particulièrement lorsque ces derniers étaient en infériorité numérique³⁶. L'idée durablement ancrée dans les mentalités coloniales que l'incapacité des Africain·es à « supporter l'alcool des blancs »³⁷, les mènerait inévitablement à commettre « les violences les plus extrêmes »³⁸, a sans doute servi de motif principal aux orientations légales des mesures antialcooliques³⁹. Davantage encore que l'alcool européen importé, l'alcool distillé « indigène » présentait dans l'esprit des colonisateurs une forte « potentialité de violence et de désordre »⁴⁰, au point que la fabrication et la consommation de cette catégorie d'alcool aient été interdites dans toutes les colonies d'Afrique subsaharienne sans exception et sans discontinuité⁴¹.

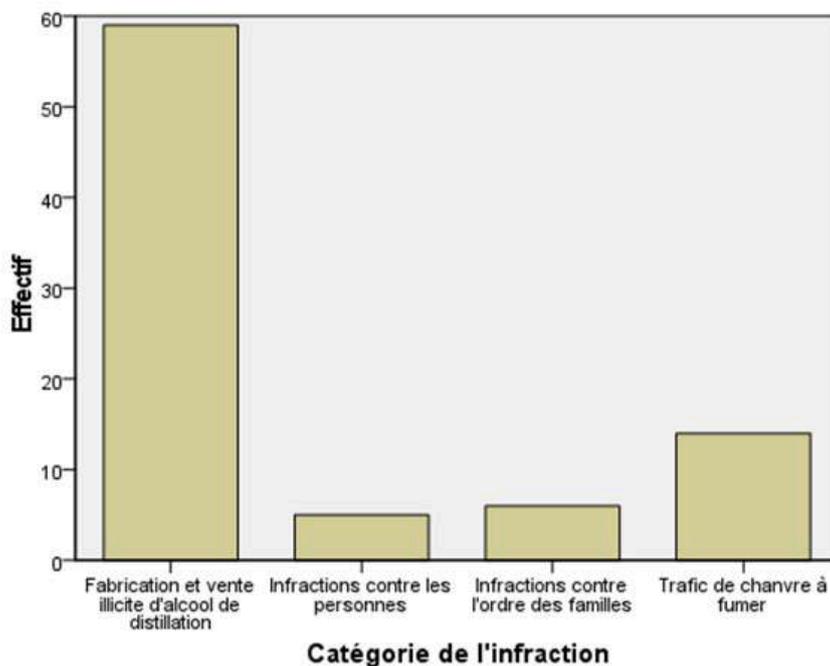
- 10 Alors que dans d'autres colonies européennes d'Afrique, la législation en matière d'alcool investissait des formes genrées de discrimination – en interdisant notamment aux femmes colonisées de produire de l'alcool fermenté ou parfois même d'en consommer – au Congo belge, les dispositions sur le genre, *a contrario* de la race et de la classe⁴², sont restées longtemps absentes des textes légaux. Aucune loi restrictive en matière d'alcool n'a visé en effet directement les femmes colonisées⁴³. Un décalage est cependant tangible entre la législation coloniale et ses applications effectives, particulièrement au regard du régime légal qui encadrait le commerce licite de l'alcool fermenté à Léopoldville. La traduction de ces lois dans la pratique a produit des conditions très inégalitaires pour les femmes africaines : la vente de bière dans les débits officiels de la capitale congolaise était par exemple conditionnée par l'obtention d'une licence qui requérait, outre un capital financier conséquent, une moralité irréprochable et une maîtrise des règles administratives de la part des demandeur·euse·s. Au Congo belge, les femmes étant exclues du travail salarié et – pour la très grande majorité d'entre elles – illettrées, le régime d'accès à la profession de débitant·e les desservait considérablement, comme en témoigne la rareté des licences qui leur étaient accordées à Léopoldville⁴⁴.
- 11 Dans ce cadre allait naître une législation sexuée et genrée sur la distillation illicite au sens où les femmes y sont explicitement et prioritairement visées. En 1932, le premier texte à légiférer sur les « distilleries clandestines » attribue ainsi la prévalence de cette activité aux femmes colonisées. Un des articles destiné aux sanctions encourues pour non-respect du régime alcoolique condamne en effet « celui qui aura toléré dans sa demeure l'exploitation par sa femme ou par une autre personne d'une distillerie clandestine »⁴⁵. Loin d'être anodine, cette mention confirme que les femmes colonisées étaient engagées dans la pratique illicite de distillation d'alcool dès les années 1930 (au moins). L'article de loi constitue à ce titre le seul indice « officiel » qui permette de fournir des repères chronologiques à l'apparition de cette pratique. Aucune autre source écrite ne nous renseigne en effet sur l'introduction de la technique de distillation et de son appropriation par les femmes colonisées au Congo belge. On sait néanmoins que les périodes de récession économique étaient propices à l'intensification d'activités illicites, comme ce fut le cas pour le brassage de bière dans les années 1930 en Afrique-Équatoriale française⁴⁶.

III. Évaluer le genre et l'ampleur du trafic à partir du contentieux judiciaire

A. Aperçu chiffré du contentieux

- 12 Avant d'aborder les enjeux relatifs aux différentes trajectoires empruntées par le trafic de l'alcool à Léopoldville, quelques repères numériques sont utiles afin d'objectiver les condamnations de femmes colonisées pour fabrication et trafic de boissons alcooliques distillées en regard de l'ensemble de la criminalité observée à Léopoldville à travers les jugements du tribunal de district.
- 13 Comme le laisse entrevoir le graphique reproduit ci-dessous, qui offre un aperçu des activités criminalisées dans lesquelles étaient engagées les 84 femmes africaines traduites devant le tribunal de district de Léopoldville entre 1945 et 1960, le trafic illicite d'alcool de distillation, qui atteint pas loin de 75 % de l'ensemble des condamnations, s'imposait comme la catégorie majoritaire des infractions impliquant des femmes colonisées. Bien que le trafic d'alcool ne représentait qu'un pourcentage réduit de la criminalité totale (sans distinction de sexe) à Léopoldville, la fabrication d'alcool distillé et son commerce n'en révèlent pas moins une infraction essentiellement féminine qui a constitué un enjeu répressif pour les autorités coloniales⁴⁷. La minorité statistique représentée par cette infraction contraste en effet avec des rapports judiciaires estampillés « confidentiels » qui témoignent de la vigilance accrue exprimée par les autorités coloniales à l'égard du trafic d'alcool⁴⁸, particulièrement dans les centres urbains, où « les dégâts de l'alcool » sur les populations « indigènes » auraient été de plus en plus perceptibles et où les distilleries clandestines ne cessaient de croître⁴⁹.

Figure 2 : Distribution de la criminalité féminine jugée par les tribunaux de district de Léopoldville par catégories d'infractions (1945-1960)



- 14 La préoccupation coloniale en matière de trafic d'alcool illicite transparait également dans la sévérité pénale dont faisaient l'objet les trafiquantes. Les prévenues pour trafic d'alcool ne bénéficiaient en effet que très exceptionnellement de la clémence des juges, contrairement aux femmes colonisées mises en examen pour d'autres catégories d'infractions⁵⁰. L'application d'un régime répressif strict donnait également lieu à des temps d'incarcération exceptionnellement élevés, d'une durée moyenne de cinq mois. Les peines qui s'étendaient de 3 à 12 mois, dépendaient principalement de la nature de l'activité commerciale illicite (selon que l'alcool était fabriqué ou uniquement vendu) et de l'existence ou non d'une récidive. Sur les 59 prévenues mises en examen, une seule femme a été condamnée à 12 mois d'enfermement – qui constituait la peine maximale réservée à cette catégorie d'infraction – afin de sanctionner l'« entreprise importante montée par la prévenue qui conférait aux faits un caractère indéniable de gravité »⁵¹. Toutes les condamnées purgeaient leur peine à la prison centrale de Léopoldville. Aucune de ces prévenues qui étaient condamnées du chef d'« installation d'une distillerie clandestine » et/ou de « vente d'alcool de distillation » n'a bénéficié d'un acquittement.

B. Un trafic généré, local et inter-frontalier

- 15 Deux modes distincts d'organisation du trafic de boissons distillées sont apparus à Léopoldville à travers l'analyse des procès de femmes condamnées, selon que ces dernières vendaient de l'alcool distillé fabriqué par leurs soins ou qu'elles s'orientaient plutôt vers la revente d'alcool acheté à des tiers sans avoir participé à sa fabrication. Ces modalités qui entraînaient un investissement spatial distinct, se traduisaient par

une relative sédentarité chez les distillatrices et une forte mobilité chez les revendeuses, chacune de ces positions exigeant l'adoption de précautions spécifiques.

- 16 Dans le premier cas de figure, qui correspond à la majorité des femmes arrêtées, l'alcool distillé dans des distilleries clandestines était le plus souvent vendu à des clients qui l'achetaient sur place à la bouteille et l'emportaient pour le consommer ailleurs⁵². Dans le corpus judiciaire mobilisé, aucun cas n'est apparu de distilleries clandestines débitant des boissons alcooliques au détail sous forme de « bars clandestins ». Il est très probable que les distillatrices ne cumulaient pas intentionnellement ces deux activités afin d'être moins repérables par les forces de l'ordre. En cas de descente de police, l'organisation d'un bar risquait en effet de compromettre l'activité de fabrication si celle-ci se déroulait dans un espace similaire ou contigu à la vente au débit. La fabrication d'alcool à l'aide d'appareils installés à cet effet étant plus sévèrement punie que la détention et la revente « simple » (que ce soit au détail ou à la bouteille à emporter), il était essentiel pour les distillatrices de rester les plus discrètes possibles afin de ne pas éveiller les soupçons de la police sur leur activité.
- 17 Dans le second cas de figure, qui concerne une dizaine d'affaires de trafic d'alcool, les femmes se consacraient exclusivement à la revente d'alcool acheté à d'autres « indigènes ». Parmi ces revendeuses, toutes ont avoué avoir acheté de l'alcool distillé en provenance de l'Afrique-Équatoriale française [AEF]. Dans leurs témoignages, ces femmes déclaraient en effet avoir acheté des bouteilles d'alcool à des « gens du fleuve » ou « des gens venus de Brazzaville en pirogue »⁵³. Contrairement à l'alcool distillé à partir de maïs et de manioc par les fabricantes congolaises, celui-ci était distillé le plus souvent à partir de vin de palme fermenté. Une seule exception concerne le cas d'une revendeuse ayant été arrêtée pour avoir trafiqué de l'alcool distillé européen, du « Pernod », après l'avoir acheté également à « des gens de Brazzaville »⁵⁴. Les prévenues revendaient ensuite l'alcool soit en le débitant au verre, soit à la bouteille à emporter « à ceux qui voulaient venir en acheter à la maison »⁵⁵, ou livraient directement les bouteilles au domicile de leurs clients. Dans certains cas, la découverte par les policiers de « plateaux couverts de nombreux verres à liqueur ayant contenu de l'alcool » associés à la présence de « dames-jeannes et de bouteilles vides »⁵⁶, confirmait l'installation d'un « bar clandestin ».
- 18 L'observation d'un trafic d'alcool entre les deux capitales⁵⁷ qui occupait activement les revendeuses, a conduit au dépouillement des archives de l'ensemble des juridictions voisines de la colonie française afin de vérifier la présence d'une contrebande dans d'autres territoires congolais frontaliers. Au terme de ce sondage, seul le territoire du Libenge situé à l'extrémité nord-ouest du pays présentait des séries de jugements complètes et postérieures à 1945⁵⁸, susceptibles de fournir des éléments exploitables. Une quinzaine de dossiers sélectionnés ont confirmé l'existence d'un trafic actif d'alcool entre l'AEF et le Congo belge organisé par des femmes du Libenge et bien connu des services douaniers de la colonie belge qui étaient confrontés à « une grande importation d'*arack* depuis l'AEF »⁵⁹. À ce titre, les enquêtes de police ont révélé des hétérogénéités entre le trafic inter-frontalier d'alcool destiné à approvisionner le centre urbain de Léopoldville et celui qui caractérisait la distribution rurale du Libenge. Si l'alcool distillé importé depuis l'AEF était semblablement produit par des tiers à partir de vin de palme, une première différence notoire a été constatée dans l'investissement géographique des revendeuses qui dans le cas du Libenge acheminaient elles-mêmes l'alcool en le transportant sur des pirogues⁶⁰. De nombreuses

femmes ont ainsi été arrêtées par des gardes-frontières alors qu'elles descendaient de leur embarcation après avoir traversé le fleuve « avec une dame-jeanne pleine d'arack »⁶¹. Une seconde observation concerne la moindre sévérité des peines appliquées dans le territoire du Libenge. Les peines infligées aux revendeuses d'alcool du Libenge ne dépassaient en effet jamais la peine minimale (imposée à ce type de délit) de deux mois de prison, y compris dans le cas d'une récidive, alors que les revendeuses de Léopoldville écopaient au moins du double de cette peine. Au vu de ce contraste répressif, on peut émettre l'hypothèse qu'il semblait plus impératif pour les autorités coloniales d'enrayer la contrebande d'alcool dans un grand centre urbain tel que Léopoldville plutôt que dans de petits territoires secondaires⁶². Le constat établi par les autorités judiciaires que « la consommation et la vente d'alcool étaient en régression dans les milieux indigènes »⁶³ peuvent servir d'explication à ce traitement judiciaire différentiel.

- 19 Fort de l'observation du rôle essentiel joué par les espaces frontaliers en matière de trafic clandestin d'alcool, des itinéraires inter-frontaliers autres que ceux partagés par l'Afrique-Équatoriale française et le Congo belge mériteraient d'être envisagés⁶⁴. Bien que dans la majeure partie du territoire angolais, le vin de palme n'était pas disponible⁶⁵, les lois portugaises qui n'établissaient aucune restriction concernant la consommation de vin européen⁶⁶ offraient potentiellement un contexte favorable à l'émergence d'un trafic entre les deux colonies. La logique aurait donc voulu que cette contrebande se soit manifestée également dans la région du Bas-Congo qui possédait une frontière commune avec l'Angola. Or, le dépouillement systématique des dossiers judiciaires que nous avons entrepris dans les archives du Tribunal de District de Boma (capitale du Bas-Congo)⁶⁷ n'a pas permis de confirmer l'existence de ce trafic présumé et d'en étudier les modalités. L'examen approfondi des archives répressives du trafic inter-frontalier de l'alcool dans la partie occidentale de la colonie belge montre dès lors que cette forme de délit s'est principalement développée le long de la frontière équatoriale française.
- 20 Compte tenu de la tolérance appliquée par la colonie française en matière de législation alcoolique, il n'apparaît point surprenant que la frontière qui séparait les deux pays ait été mobilisée de façon intensive après 1945 pour introduire clandestinement de l'alcool au Congo belge. Depuis 1941 en effet, les lois qui réglementaient la consommation « indigène » en AEF interdisaient les alcools de distillation réservés aux Européens, mais autorisaient les alcools de fermentation titrant au maximum 8°⁶⁸. Produit légalement sur le territoire français⁶⁹, le vin de palme fermenté y circulait donc plus librement, offrant plus d'accessibilité à la distillation et à sa commercialisation consécutive par les revendeuses du Congo belge, où le régime de la prohibition était toujours en vigueur. On voit donc comment les femmes de Léopoldville et du Libenge ont tiré profit de leur proximité avec l'environnement légal moins restrictif de l'AEF pour importer de l'alcool de palme destiné à la revente. Après la guerre, en vertu de la nouvelle Constitution de l'Union française qui tendait à abolir les distinctions raciales, la répression alcoolique en AEF connut une nouvelle période de relâchement qui a certainement profité aux trafiquantes congolaises⁷⁰. On sait par exemple que cette législation plus clémente du côté de la colonie française influença notamment les déplacements inter-rives de Congolais (et d'Européens) qui allaient s'alcooliser de l'autre côté du fleuve⁷¹.

C. Les arrestations sur dénonciation : une pratique genrée

- 21 Comme les femmes africaines ne disposaient pas (ou très exceptionnellement) de moyens de transport leur permettant de se déplacer sur de longues distances, le trafic d'alcool distillé quelle que soit sa forme, s'organisait essentiellement à un niveau local. Si comme on l'a vu, les revendeuses d'alcool, plus mobiles, courraient le risque d'être arrêtées par des gardes-frontières qui contrôlaient les rives du fleuve ou par des policiers alors qu'elles transportaient des bouteilles chez leurs clients ou des dames-jeannes d'alcool depuis leur lieu d'achat jusqu'à leur domicile⁷², les femmes de Léopoldville qui distillaient leur propre alcool dans une parcelle (ou à proximité) étaient quant à elles victimes de nombreuses dénonciations. L'arrestation des distillatrices faisait en effet systématiquement suite à une dénonciation de la part d'un homme africain. Selon nos dossiers, celle-ci pouvait s'avérer « spontanée » et prendre la forme d'une lettre anonyme, ou être la conséquence d'une arrestation pour « ivresse publique ». Dans le premier cas, les lettres d'indigènes « désirant rester inconnus », écrites le plus souvent en langue vernaculaire⁷³, indiquaient le nom et l'adresse de la « femme qui vend la liqueur » et communiquaient en détails les jours et les heures auxquelles ces femmes procédaient à la vente de l'alcool fabriqué⁷⁴. L'ensemble de ces informations menaient rapidement à une « surveillance » de l'adresse signalée, suivie de l'interpellation et de la perquisition du domicile de la suspecte⁷⁵. Dans le second cas, il s'agissait principalement d'indigènes qui se faisaient arrêter alors qu'ils consommaient du *lutuku* dans l'espace public. Sans afficher trop de résistance lors des interrogatoires de police, ces prévenus déclaraient « avoir reçu l'alcool d'une femme dont ils ne connaissaient pas le nom mais dont ils connaissaient l'adresse »⁷⁶ ou encore qu'« on leur avait dit d'aller dans la parcelle rue de Barumbu chez la femme Lelo Marie qui leur donnerait de l'alcool »⁷⁷. Ces dénonciations pouvaient également s'avérer plus explicites comme dans le témoignage d'un « client » arrêté, reproduit ci-dessous :

Un jour vers 6h du matin je passais par là quand je vis cette femme dans un petit hangar derrière sa maison occupée à distiller de l'alcool, il y avait un petit fût sur un feu de ce fût sortait un tuyau en fer et en-dessous du tuyau il y avait une petite casserole dans laquelle coulait goutte à goutte l'alcool qui sortait du tuyau. La femme distille tout le temps sans arrêter car elle vend l'alcool chez elle, j'en ai bu aussi⁷⁸.

- 22 Les femmes trafiquantes arrêtées ne dénonçaient quant à elles ni leurs « fournisseurs » si elles étaient revendeuses, ni leurs clients, ni leurs complices lorsqu'elles distillaient à plusieurs, ni d'autres femmes susceptibles de distiller dans leur quartier, et ce malgré les insistances des Officiers de Police Judiciaire qui tentaient de leur soutirer ces informations dans l'espoir de démanteler leur « réseau ». Aux questions des fonctionnaires de justice concernant les identités de ces intervenant·es, les prévenues restaient tantôt silencieuses, tantôt laconiques et évasives en répondant que « c'était un inconnu »⁷⁹, qu'« elles ne demandaient pas leur nom »⁸⁰, que « personne ne les aidait »⁸¹ ou qu'« elles ne connaissaient personne qui fabriquait de l'alcool »⁸². Pour les plus vindicatives d'entre elles, qui refusaient catégoriquement de « livrer » d'autres fabricantes, les réponses étaient plus franches : « il y en a beaucoup qui s'occupent de ce genre de travail mais je ne veux pas dire leur nom »⁸³. Les réactions suivantes des Officiers de Police Judiciaire montrent que ceux-ci étaient peu convaincus par les réponses qui leur étaient données et mettaient régulièrement en doute la parole de ces femmes : « Vous mentez. Vous connaissez parfaitement les fournisseurs de l'alcool.

Dites-moi qui ils sont ? »⁸⁴, ou sur un ton plus cynique : « Vous avez bu cette dame-jeanne toute seule sans doute ? C'est faux, vous avez vendu cet alcool ! »⁸⁵. Loin de se montrer déçues par les diverses méthodes déployées par les officiers de police judiciaire lors des interrogatoires, les trafiquantes restaient fidèles à leurs premières déclarations.

- 23 Plusieurs facteurs pourraient expliquer l'occurrence élevée de ces dénonciations et les rapports genrés qu'elle met en évidence. Belinda Bozzoli et Ellen Hellmann ont d'ailleurs fait l'habile démonstration de ce phénomène dans le contexte colonial sud-africain en montrant les conséquences que représentaient ces dénonciations sur les trafiquantes de bières dans l'exercice de leurs activités⁸⁶. Dans le cas de Léopoldville, la jalousie ressentie par des voisins ou des concubins éconduits face à la réussite commerciale de certaines femmes ainsi que les intérêts de débitants (travaillant dans la légalité ou non) désireux de se débarrasser de la concurrence, alimentaient potentiellement le quota de dénonciations « volontaires » des trafiquantes. Lors de son interrogatoire, une prévenue soutenait par exemple « savoir que c'était son amant jaloux qui l'avait dénoncée »⁸⁷. Au-delà du caractère « anecdotique » de ce type de dénonciations, on peut aisément imaginer qu'il devait exister un certain nombre d'hommes inquiets face à la croissance des distilleries clandestines considérées comme des lieux de perversion et que ces derniers n'aient pas hésité à dénoncer l'une ou l'autre distillatrice qu'ils rendaient responsables des nuisances occasionnées par leur présence dans la cité « indigène ». Soulignons également l'existence, plus rare, de signalements effectués « à titre privé » de policiers congolais qui mettaient en cause « leurs sœurs de race »⁸⁸. Si dans d'autres contextes coloniaux, des policiers étaient accusés par des distillatrices, dont ils avaient dénoncé l'activité, de s'adonner eux-mêmes à l'activité illicite⁸⁹, nos recherches au Congo belge n'ont pas révélé de participation des intermédiaires congolais au trafic de l'alcool. Les accusations policières congolaises semblent donc plutôt provoquées par un devoir d'exemplarité morale qu'exigeait la fonction policière ou par la crainte des sanctions élevées qu'encourraient les gardiens du maintien de l'ordre en cas de dissimulation d'infractions commises par un membre de leur communauté⁹⁰. L'éventualité que certains policiers congolais aient profité de leur statut pour neutraliser une activité qui portait préjudice à leurs intérêts (ou à ceux d'une parente) ne peut toutefois pas être écartée. Tout comme il ne faut pas exclure – encore que la démonstration à partir des sources judiciaires ne soit à nouveau pas permise – l'existence de la part des distillatrices de diverses tentatives de corruption de policiers congolais afin d'éviter les arrestations.
- 24 Le modèle de ségrégation raciale sur lequel reposait la planification de la capitale coloniale n'était pas étranger à la vulnérabilité qui exposait les distillatrices aux dénonciations⁹¹. Plus opérantes dans la ville qu'à la campagne⁹², les dénonciations répétées auxquelles étaient confrontées les distillatrices de la cité indigène étaient en effet favorisées par la configuration spatiale des parcelles qui autorisait difficilement de pratiquer l'activité à l'insu du voisinage. L'agencement des unités d'habitation découpées en rectangles et séparées par un mur unique⁹³, ainsi que la promiscuité qui régnait dans la cité indigène⁹⁴, accentuaient en effet considérablement la visibilité des distillatrices.
- 25 Les dénonciations exclusivement masculines témoignent également de la division genrée qui caractérisait la culture de l'alcool à Léopoldville, en vertu de laquelle les

femmes africaines s'étaient approprié historiquement les techniques de production des boissons alcooliques, afin d'en faire le commerce auprès d'hommes africains qui en étaient devenus les principaux consommateurs. Cette relation « commerciale » asymétrique rendait les distillatrices particulièrement vulnérables à la dénonciation. Les clients « indigènes » arrêtés dans la capitale semblaient en effet bénéficier d'une « offre » suffisante de distilleries clandestines tenues par des distillatrices, leur permettant de changer facilement de lieu s'ils étaient « contraints » d'en dénoncer la propriétaire. Il n'était en revanche pas dans l'intérêt des femmes arrêtées pour trafic illicite d'alcool de divulguer le nom de leur fournisseur ou de leurs clients si elles ne désiraient pas compromettre leur propre réseau de distribution. Le silence ou les évitements de ces dernières face aux autorités judiciaires leur garantissaient en théorie de pouvoir continuer à écouler de l'alcool par les mêmes voies après avoir purgé leur peine.

- 26 Le risque de dénonciations qui menaçait l'activité des distillatrices semblait bien moindre du côté des revendeuses. En effet, comme l'indiquent les procès-verbaux, l'arrestation de ces dernières était essentiellement le résultat de contrôles policiers aléatoires effectués dans le cadre des nombreux déplacements qui caractérisaient l'activité de revente dans la ville. Si cette forme ambulatoire de trafic soumettait davantage les revendeuses aux interventions des forces du maintien de l'ordre⁹⁵, elle leur ouvrait en contrepartie des opportunités économiques non-négligeables. De nombreuses revendeuses privilégiaient en effet des espaces de professionnalisation masculine pour écouler l'alcool, certaines d'entre elles allant « revendre de l'alcool aux soldats, près du camp militaire »⁹⁶ ou « vendant des bouteilles au camp de travailleurs de l'Otraco »⁹⁷ ou encore « à des gens des bateaux de Galiema »⁹⁸.
- 27 L'absence de dénonciations anonymes de la part de femmes africaines permet également de confirmer la discrimination genrée que subissaient ces dernières en matière d'accès à l'écriture. Au vu des dossiers consultés pour d'autres affaires criminelles, dans lesquels les femmes justiciables déposaient plainte exclusivement verbalement en se rendant en personne au commissariat de police, il ne semble pas étonnant que les habitantes de Léopoldville éprouaient plus de difficultés à adresser par écrit (afin de conserver l'anonymat) des plaintes ou des dénonciations aux autorités coloniales.

IV. La distillation comme stratégie illégale de survie ou d'émancipation économiques

A. Distiller collectivement « pour trouver du revenu pour moi femme seule »⁹⁹

- 28 Les femmes célibataires étaient les plus nombreuses à s'engager dans le système informel de la distillation illicite à Léopoldville. Les femmes « vivant seules » étaient en effet confrontées à des conditions de vie précaires qui amplifiaient les probabilités de recourir à des voies extralégales. Nombreuses étaient en effet les prévenues dont « le mari était parti depuis longtemps » qui déclaraient « avoir besoin de ce commerce pour vivre » et « pour se procurer des ressources »¹⁰⁰. Pour l'ensemble des femmes interrogées par la justice sur leurs motivations, le commerce de l'alcool distillé était perçu comme un travail, certes illégal, mais nécessaire pour assurer leur survie

économique. Un travail « pour vendre, par faim »¹⁰¹ dont elles étaient les seules à bénéficier quand elles n'avaient pas « plusieurs enfants à nourrir »¹⁰². Cependant, contrairement à la majorité des femmes arrêtées pour migration illégale, toutes les distillatrices condamnées résidaient légalement à Léopoldville, l'activité de distillation exigeant comme on peut s'en douter, l'occupation d'un lieu de manière plus ou moins régulière. Parmi ces femmes célibataires, on trouvait fréquemment des veuves ainsi que quelques femmes considérées comme « âgées » par les autorités judiciaires¹⁰³. Les femmes mariées, dont le mari travaillait, distillaient souvent à l'insu de celui-ci et disaient « désirer un bénéfice supplémentaire personnel »¹⁰⁴. Dans le cas où le mari était au courant de l'activité illicite de sa compagne, celui-ci n'intervenait à aucune étape du processus de production. Comme cela a été évoqué dans l'introduction, les hommes africains mis en examen par la justice coloniale dans les affaires d'alcool, n'apparaissent qu'à titre de client ou de « complice » passif, pour avoir « toléré dans leur demeure une distillerie clandestine »¹⁰⁵.

- 29 Un grand nombre de femmes étaient interpellées comme « co-auteurs » alors qu'elles distillaient de l'alcool collectivement, le plus souvent en binôme ou plus rarement à trois. Dans ce cas, les fabricantes occupaient les chambres d'une même parcelle et « se mettaient d'accord pour répartir entre elles ce qu'elles gagnaient de l'affaire »¹⁰⁶. Ces collaborations empruntaient des formes diverses. Le matériel indispensable à la distillation, à savoir les fûts et les tuyaux qui étaient achetés individuellement, étaient par exemple mis en commun et utilisés à tour de rôle par les distillatrices¹⁰⁷. Outre le partage des frais, l'utilisation collective de cet équipement permettait de duper la police en complexifiant l'identification des propriétaires du matériel de distillation¹⁰⁸. Il était fréquent également que l'une des auteures s'occupe de fournir la matière première, comme le maïs, qui allait servir à la fabrication de l'alcool dont se chargeait par la suite sa complice¹⁰⁹. Bien que cette pratique n'ait été mentionnée qu'à deux occasions dans les affaires de distillation par les distillatrices, sans doute pour éviter de dévoiler l'identité de coauteurs, la transmission de la technique n'était certainement pas marginale et les femmes « s'apprenaient le métier »¹¹⁰ entre elles, y compris de mère en fille¹¹¹. À ce titre, deux distillatrices ont déclaré aux enquêteurs avoir « appris ce travail des femmes du Kasai »¹¹², preuve étant que des réseaux de diffusion de la technique existaient.
- 30 Quoiqu'il ne soit pas possible d'évaluer de manière précise les bénéfices réalisés par les distillatrices – j'y reviendrai – l'ampleur de l'installation des distilleries clandestines qui étaient organisées entre plusieurs fabricantes permettait de produire « des quantités d'alcool importantes » qui laissaient supposer aux autorités qu'il s'agissait « de véritables industries »¹¹³. Sur le plan économique, la distillation collective qui s'appuyait sur la mutualisation des ressources tant techniques que matérielles, apparaissait donc plus avantageuse que les initiatives entreprises à l'échelle individuelle.

B. Les spécificités d'une technique locale illégale

- 31 D'un point de vue purement technique, la distillation alcoolique consistait à porter à ébullition un moût fermenté dans le but d'en extraire l'alcool tout en l'isolant du reste des composés dissous. La vapeur contenant l'alcool était ensuite refroidie par condensation en traversant un conduit réfrigérant avant de se transformer en petites

gouttelettes appelées distillat¹¹⁴. À l'aide d'un appareillage assez rudimentaire, les distillatrices de Léopoldville produisaient jusqu'à cinq litres d'alcool par circuit de distillation¹¹⁵. Grâce aux témoignages recueillis à partir des interrogatoires de police des prévenues, les différentes étapes du processus de distillation tel qu'il était mis en œuvre par les femmes de la capitale, ont pu être reconstituées¹¹⁶. Les distillatrices fabriquaient toutes du *lutuku* à partir d'un moût fermenté constitué d'une farine de manioc et de maïs. Après la récolte des plantes alimentaires, la première étape appelée « rouissage » consistait à les écorcer (le manioc uniquement), les nettoyer et les faire fermenter, comme l'explique en détails cette fabricante : « le maïs et le manioc étaient mis dans un grand fût avec de l'eau pendant deux jours, ensuite l'eau était enlevée, on écrasait le mélange de manioc et de maïs et on le laissait sécher au soleil pendant quatre jours »¹¹⁷. L'étape suivante, qui consistait à faire bouillir la farine obtenue (le moût) pendant plusieurs heures pour en extraire de l'alcool, est décrite par une distillatrice à un Officier de Police Judiciaire en ces termes :

Je mets un fût rempli de matière première sur le feu, sur ce fût je mets la vieille casserole que vous voyez comme couvercle, que je ferme avec de la terre. Par le trou dans la casserole je passe le tuyau qui est relié à un bassin qui repose sur un autre fût. Sous l'embouchure du tuyau je mets une bouteille pour récolter l'alcool. Dans le bassin à travers lequel passe le tuyau je verse de l'eau pour refroidir¹¹⁸.

- 32 L'ensemble de ces opérations durait six à sept jours et se réalisait dans la parcelle des prévenues, qui y aménageaient des espaces pour se soustraire aux regards extérieurs. Parmi ceux-ci, les forces de police repéraient le plus souvent « un petit hangar »¹¹⁹, « une petite case »¹²⁰ ou encore « un abri en tôle »¹²¹ situés à l'arrière de la parcelle. Il arrivait également que les fabricantes distillent dans leur propre chambre¹²² ou dans leur cuisine¹²³. Contrairement à la pratique qui consistait à distiller le même liquide plusieurs fois pour en accentuer la teneur alcoolique¹²⁴, le *lutuku* du Congo belge était ordinairement le produit d'une seule distillation. L'alcool obtenu était par contre souvent mélangé à de l'eau afin d'en obtenir une quantité plus grande pour la vente¹²⁵. Comme l'a montré Ellen Hellmann à propos du brassage de la bière interdite à la commercialisation en Afrique du Sud, le travail dans l'illégalité entraînait des conséquences sur le rythme de production des fabricantes d'alcool. Pour éviter de se faire surprendre par les raids de police, les brasseuses urbaines accéléraient en effet le processus de fabrication en privilégiant la préparation de boissons fermentées qui exigeaient un temps d'ébullition plus court¹²⁶.

Figure 3 : Distillatrice et son matériel de distillation, Zaïre, 1971¹²⁷



Collection MRAC Tervuren ; photo R. Ceysens, © MRAC Tervuren

- 33 On ne dispose à l'heure actuelle d'aucune source publiée permettant de dater l'apparition de la technique de distillation au Congo belge. Une recherche plus approfondie dans les archives judiciaires de la période comprise entre les années 1920 et 1930 serait nécessaire pour y repérer les premiers signes de répression indiquant l'émergence de la pratique. En se référant aux modes d'importation d'autres colonies de l'Afrique subsaharienne, il est néanmoins possible d'envisager la trajectoire qui a pu mener à l'introduction au Congo belge de la technique de distillation.
- 34 Les procédés de distillation d'importation européenne étaient connus en Afrique subsaharienne depuis la fin du XIX^e siècle et se sont répandus sous la colonisation¹²⁸, d'abord lentement au cours des premières décennies du XX^e siècle, ensuite très rapidement, au point de devenir après la Seconde Guerre mondiale une préoccupation majeure pour les autorités coloniales¹²⁹. En Afrique de l'Est et du Sud, les techniques de distillation ont souvent été importées par des soldats africains étrangers¹³⁰. En Ouganda, par exemple, la technique de distillation a été introduite par des militaires soudanais au tournant du XX^e siècle. Ne possédant aucune terre à cultiver, la distillation du *waragi*, obtenu à partir d'alcool fermenté de bananes, était devenue leur première source de revenus¹³¹. Au Ghana colonial, la distillation du vin de palme, l'*akpeteshie*, a été introduite en 1850 par des missionnaires qui distillaient pour leur consommation personnelle¹³². La technique s'est diffusée rapidement au sein des cultivateurs de cacao qui désiraient s'assurer les bénéfices d'une activité complémentaire¹³³. Au Nigéria du Sud, dans les années 1930, la technique de distillation permettant de produire de l'*Ogogoro*, a été introduite semble-t-il par un Nigérian revenu de New York, où la prohibition était alors en vigueur¹³⁴. La diffusion extrêmement rapide de la technique à travers l'ensemble de la colonie, y compris dans la partie nord de celle-ci occupée par une population majoritairement musulmane, a été renforcée par les greffiers et les

interprètes de justice africains qui se la sont appropriée par l'intermédiaire des témoignages des prévenus livrés pendant les audiences judiciaires. Ces agents africains ont été ensuite impliqués étroitement dans le commerce d'alcool distillé tout au long de la période coloniale¹³⁵. Enfin, au sud du Tchad, la technique de distillation aurait été introduite par les anciens combattants de retour de la Seconde Guerre mondiale¹³⁶.

- 35 Sans qu'il ne soit possible de retracer avec certitude l'origine de la technique de distillation au Congo belge, l'ensemble de ces renseignements recueillis à partir des cas britanniques et français suggère des pistes intéressantes. Parmi celles-ci, l'introduction de la technique par des militaires de la Force Publique congolaise, qui l'auraient apprise au contact de leurs homologues africains étrangers, semble la plus plausible. La période de cette introduction reste néanmoins sujette à interprétation jusqu'à l'aboutissement de nouvelles recherches, dont la mobilisation des soldats congolais de la force publique sur les différents fronts d'Afrique lors des deux guerres mondiales et les échanges qui s'en sont suivis avec les soldats africains français et britanniques qui connaissaient la technique, pourraient constituer un premier angle d'approche.

C. Un trafic lucratif ?

- 36 Il est difficile d'évaluer si la vente illégale de boissons alcooliques distillées représentait une activité lucrative pour les femmes de Léopoldville. Les bouteilles d'alcool de 75 cl se vendaient au prix moyen de 10 francs dans la capitale alors qu'elles étaient vendues à 7,50 francs dans le territoire du Libenge. Le prix de l'alcool distillé était donc visiblement calculé en fonction du risque plus élevé auquel s'exposaient les distillatrices dans les centres urbains où les contrôles de police étaient menés régulièrement¹³⁷. Les fûts, lorsqu'ils n'étaient pas volés, coûtaient 60 francs la pièce¹³⁸. Hormis ces quelques indications tarifaires, les témoignages des prévenues ne livrent aucun autre élément, à propos du volume de production et de commercialisation de l'alcool distillé, qui permettrait de tirer des conclusions sur les bénéfices engendrés par cette activité. Cependant, certains arguments permettent de valider l'existence d'un profit non-négligeable. Les très nombreuses récidives observées à Léopoldville démontrent en effet que les femmes poursuivaient leur engagement dans cette « carrière illicite » après une première (et parfois seconde) arrestation, malgré le risque encouru d'être enfermées pour de plus longues périodes. La persévérance dans la pratique porte donc à croire que le profit réalisé par les distillatrices en valait la peine. La demande importante que connaissait l'alcool distillé clandestinement auprès des habitant·es de Léopoldville fournit une autre raison de penser que le trafic était profitable pour les fabricantes. Les alternatives légales destinées aux Africain·es pour consommer de l'alcool fermenté étaient en effet limitées aux bars servant exclusivement de la bière européenne Primus, dont le montant était inaccessible pour une part significative des « indigènes »¹³⁹. À l'instar d'autres colonies, la consommation d'alcool distillé au Congo belge avait donc acquis « une dimension de classe » grâce à son coût peu élevé qui la rendait accessible aux populations les plus précaires¹⁴⁰. Ainsi, dans les colonies françaises, les boissons distillées de fabrication locale étaient surtout consommées dans les centres urbains par « les éléments relativement moins évolués de la population »¹⁴¹. Il en allait de même au Nigéria et au Ghana colonial où la popularité de l'alcool local distillé illégalement, associé aux classes rurales et ouvrières, tenait à son prix abordable¹⁴².

- 37 La forte probabilité de l'existence d'un commerce lucratif doit néanmoins être nuancée au regard des amendes conséquentes perçues lors de chaque condamnation ainsi que des matières premières détruites et du matériel saisi par la police, qui réduisaient la marge de profit des distillatrices¹⁴³.
- 38 Les femmes colonisées de Léopoldville ont fait le choix stratégique de produire exclusivement de l'alcool distillé à partir de maïs et de manioc. Ces matières premières leur permettaient de contrôler toutes les étapes de la production et de la commercialisation, y compris la récolte de ces plantes alimentaires. En effet, si les distillatrices de Léopoldville s'étaient engagées dans la distillation de vin de palme fermenté, celles-ci, en étant exclues de la source d'approvisionnement, se seraient rendues dépendantes d'intermédiaires extérieurs pour se procurer leur matière première. Des deux possibilités suivantes envisageables aucune ne s'avérait en effet satisfaisante. S'approvisionner en Afrique Équatoriale Française, où on le rappelle, la consommation de vin de palme fermenté était autorisée, faisait prendre aux distillatrices le risque d'être arrêtées à la frontière congolaise comme leurs congénères revendeuses. Acheter de la sève de palmier auprès de récoltants du Congo belge se révélait économiquement moins intéressant, son prix étant probablement plus élevé étant donné les mesures prohibitives en vigueur. Le maïs et le manioc offraient en revanche l'avantage de « se cultiver presque partout », en association, et de nécessiter peu de main d'œuvre¹⁴⁴.
- 39 Si parmi les brasseuses de l'Afrique du Sud coloniale, la production « traditionnelle » rurale de boissons alcooliques fermentées était maintenue et mise au service du trafic illégitime de bières¹⁴⁵, on observe qu'à Léopoldville, cette pratique semble s'être transformée au profit de la distillation. Les distillatrices de Léopoldville auraient pu à la fois exploiter le secteur informel des boissons fermentées en organisant leur vente illégalement, or on n'en retrouve pas la trace dans les archives répressives coloniales. Les propriétés de conservation de l'alcool distillé, qui comme on l'a vu permettait une commercialisation prolongée, ont sans doute incité un grand nombre de femmes à privilégier cette forme de trafic. Pour conserver la rentabilité de leur entreprise face à la rigidification coloniale déployée en matière de surveillance antialcoolique, les distillatrices de Léopoldville ont saisi les champs normatifs du juridique et du judiciaire pour élaborer des stratégies de résistance.

V. Les stratégies juridiques et judiciaires des distillatrices

A. Dissimuler un matériel juridiquement incriminant

- 40 Constitué d'objets de récupération, l'équipement qui permettait aux femmes de Léopoldville de distiller de l'alcool était assez rudimentaire si l'on en croit nos sources : un tonneau ou un fût métallique, un bassin d'eau et un tuyau en cuivre. Seule la saisie de ces ustensiles par les policiers autorisait la condamnation des prévenues pour fabrication illégitime d'alcool distillé, raison pour laquelle la recherche de ces objets retenait la plus grande attention des forces de l'ordre.
- 41 Étant au fait du caractère juridique essentiel que recouvrait la saisie de ces matériaux, les distillatrices, afin d'échapper à la condamnation pour fabrication – et pour peu de

disposer du temps nécessaire compromis notamment par la prise en flagrant délit – se débarrassaient du matériel de distillation, en le détruisant ou en le cachant, parfois même dans des lieux très éloignés de leur domicile¹⁴⁶. La dissimulation des preuves matérielles s'avérait d'autant plus cruciale que lorsqu'elles étaient découvertes par la police coloniale, l'état « usagé » des ustensiles jouait bien souvent en la défaveur des distillatrices qui tentaient de minimiser l'infraction (et la peine qui la sanctionnait) en déclarant distiller pour la première fois¹⁴⁷.

- 42 Outre dans le cadre de tentatives de dissimulation des preuves, le matériel disparaît également dans les dossiers des distillatrices arrêtées, à travers son appropriation qui s'avérait délicate. Bien qu'elles soient moins remarquables que dans le cas nigérian, où l'augmentation des vols de tuyaux dans une localité particulière alertait les fonctionnaires coloniaux sur la pratique illicite¹⁴⁸, une plainte d'une entreprise européenne déposée contre une distillatrice pour « vol de fûts et autres matériaux »¹⁴⁹ ainsi que des disparitions non-expliquées de fûts confisqués dans le cadre d'affaires de fabrication d'alcool¹⁵⁰, suggèrent que les fabricantes de Léopoldville se procuraient ce matériel illégalement¹⁵¹.
- 43 Si le matériel nécessaire à la distillation requérait des stratégies d'appropriation telles que le vol, le bois, indispensable en grande quantité pour alimenter le feu destiné à bouillir l'alcool pendant plusieurs heures, faisait également l'objet de convoitise de la part des distillatrices¹⁵². Devenu une marchandise rare à Léopoldville, dont « les environs immédiats étaient déboisés »¹⁵³, le bois de chauffage était régulièrement dérobé dans des ateliers commerciaux par des femmes « indigènes »¹⁵⁴. Par ailleurs, les sources coloniales publiées font état d'un investissement majeur des femmes africaines de la capitale dans le commerce très lucratif du matériau qu'elles « achetaient par camions complets pour le débiter en bûchettes et le revendre à la cité indigène »¹⁵⁵. Alors que dans d'autres grandes villes coloniales, les femmes africaines ne semblaient pas avoir conservé la collecte de bois dans leurs activités commerciales, délaissant même la corvée autrefois « coutumière » pour s'approvisionner auprès de marchands masculins¹⁵⁶, les Kinois ont visiblement transformé cette pratique « relevant de la traditionnelle économie de subsistance »¹⁵⁷ en activité commerciale prospère. Il ne serait dès lors pas surprenant que les distillatrices de Léopoldville aient profité de cette appropriation féminine pour satisfaire leurs besoins en combustibles.

B. « Je connais le règlement » : connaissances de la loi et « culture du subterfuge »

- 44 L'attitude des prévenues¹⁵⁸ arrêtées par la police de Léopoldville démontre le développement d'une « culture du subterfuge¹⁵⁹ », comme l'a observé Belinda Bozzoli à propos des femmes sud-africaines engagées dans le commerce illicite de bières. Alors qu'elles étaient en majorité illettrées, les femmes mises en examen pour distillation illicite semblaient en effet avoir particulièrement bien intégré les rouages de la loi. En parallèle à la dissimulation du matériel de distillation et à la minimisation de leur expérience en tant que distillatrices, d'autres techniques de diversion étaient mises en œuvre pour tenter de diminuer la sentence des juges lors du procès judiciaire. Il est à noter à ce propos que les prévenues mises en examen pour trafic d'alcool ne bénéficiaient pas de l'assistance d'un avocat pour assurer leur défense¹⁶⁰. Les stratégies

auxquelles elles avaient recours faisaient donc l'économie d'une médiation professionnelle exogène.

- 45 Conformément au modèle inquisitoire sur lequel reposait le système judiciaire pénal au Congo belge¹⁶¹, les témoignages de la suspecte et des témoins étaient recueillis à deux reprises en amont de l'audience judiciaire. Par l'officier de police judiciaire d'abord, qui consignait les différentes dépositions dans des procès-verbaux établis très rapidement après les faits¹⁶². Par le magistrat représentant du ministère public ensuite, qui en s'appuyant sur les procès-verbaux de police et les résultats d'expertises (notamment requises pour interpréter le degré alcoolique des boissons saisies), réinterrogeait la prévenue¹⁶³. Ces déclarations enregistrées sur deux temporalités distinctes nous ont permis d'y relever des divergences mettant en évidence les stratégies discursives des distillatrices¹⁶⁴.
- 46 Parmi ces stratégies discursives, on observe notamment l'usage de déclarations contradictoires entre les interrogatoires de police et les interrogatoires menés par le Juge représentant du ministère public. Sans exception, toutes les prévenues reconnaissaient les faits de distillation qui leur étaient reprochés face à la police. Sans doute prises par surprise lors de la perquisition, les distillatrices avaient tendance à avouer rapidement les faits qui leur étaient reprochés lorsqu'elles comparaissaient le même jour devant l'officier de police judiciaire. En revanche, quelques semaines plus tard, alors qu'elles étaient confrontées aux questions de l'officier du ministère public, leur implication était revue à la baisse. Une prévenue se rétractait par exemple en déclarant ne pas être responsable de la distillation de l'alcool retrouvé à son domicile mais d'en avoir uniquement accepté le dépôt¹⁶⁵. D'autres prévenues rectifiaient la destination de l'alcool qu'elles étaient accusées d'avoir fabriqué. Pour éviter d'être condamnées pour « vente », elles avouaient en effet avoir distillé de l'alcool « pour leur consommation personnelle »¹⁶⁶, comme le décrit l'extrait d'interrogatoire suivant :
- J : « Vous reconnaissez vous livrer à la distillation de la bière de maïs ? »
- P : « Oui »
- J : « Vous saviez que c'était défendu ? »
- P : « Oui, mais j'avais soif et j'ai distillé »
- J : « Ce n'est pas possible que vous ayez distillé une telle quantité pour votre seul usage personnel ! »¹⁶⁷
- 47 Comme le laisse entendre la réponse du juge, la quantité d'alcool saisie servait bien souvent à réfuter les déclarations des prévenues qui tentaient de se rétracter. Le changement discursif des prévenues entre l'interrogatoire de police et celui du juge peut s'expliquer par la mise en détention préventive des prévenues tout au long de l'information judiciaire, « les faits de distillation [étant considérés] graves et la fuite [étant] à craindre »¹⁶⁸. Pendant ce laps de temps qui pouvait durer un à deux mois, les prévenues avaient en effet la possibilité de recourir aux conseils d'autres détenues pour orienter leur défense.
- 48 Quelques distillatrices, plus aguerries encore à la législation en vigueur, tentaient de contourner la loi en mentant sur la nature de l'alcool produit. Contestant la fabrication de *lutuku*, celles-ci reconnaissaient avoir préparé du *tshibuku*, la base fermentée de la préparation du *lutuku*, qui pouvait également être consommée légalement comme « bière de maïs » puisque la boisson titrait moins de 4° d'alcool de fermentation¹⁶⁹. Un détour par la jurisprudence indique que les fabricantes étaient rôdées à cette pratique.

Le *tshibuku* était en effet préparé en grandes quantités « dans le but de fabriquer par distillation, à l'aide de cette préparation, une certaine quantité de la boisson alcoolique dénommée lutuku »¹⁷⁰. Cette dernière tentative de diversion était souvent vouée à l'échec. Le *tshibuku* devait en effet être consommé dans un délai très court, ce qui rendait sa fabrication en très grandes quantités suspecte. De plus, les liquides alcooliques saisis étant systématiquement envoyés pour expertise au Laboratoire de chimie de Léopoldville pour en mesurer le degré alcoolique, il était vain de tenter d'en modifier la teneur dans l'espoir d'écoper d'une peine moins sévère.

Conclusion

- 49 Alors que dans d'autres colonies de l'Afrique subsaharienne, la distillation illicite était soit l'apanage des hommes colonisés¹⁷¹, soit une pratique mixte mais néanmoins majoritairement masculine et développée principalement dans les milieux ruraux¹⁷², au Congo belge, l'analyse des dossiers judiciaires en matière pénale a révélé qu'il s'agissait essentiellement d'une pratique urbaine quasi exclusivement féminine. Le trafic de l'alcool distillé dans la capitale congolaise s'inscrivait dès lors dans la continuité d'une prérogative culturelle féminine existante¹⁷³, renforcée par l'économie politique coloniale qui excluait les femmes du travail salarié. Ouvrant des perspectives d'émancipation et de subsistance économiques à de nombreuses femmes africaines (surtout lorsque celles-ci étaient célibataires), leur engagement dans l'activité informelle a néanmoins été compromis par l'investissement colonial répressif qui s'est démarqué dans les champs juridique et policier, afin de court-circuiter les effets de l'entreprise criminelle perçue comme une entrave à la moralité des Congolais·es et à la sécurité des Européen·nes.
- 50 Après avoir présenté les contraintes légales et sociales qui discriminaient les femmes africaines sur le marché légal de la vente des boissons alcooliques fermentées, nous avons identifié les stratégies « agentives » adoptées par les distillatrices pour conserver des marges de manœuvre face à une répression urbaine qui s'intensifiait. Pour prévenir les arrestations essentiellement dues à des dénonciations anonymes d'hommes africains – mettant en exergue le sous-texte genré qui caractérisait ce phénomène – les trafiquantes étaient tenues de pratiquer leur activité dans la plus stricte clandestinité en limitant leurs déplacements dans la capitale et en privilégiant l'utilisation de certaines matières premières. Lorsque l'infraction était constatée en dépit d'accommodations économiques et techniques renouvelées, des stratégies juridiques étaient mobilisées, combinant le camouflage des preuves matérielles inhérentes à la distillation et la réorientation des déclarations devant le juge pour négocier des peines moins sévères. En s'appropriant une technique d'importation européenne récente qu'elles ont adaptée aux conditions spécifiques imposées par la démographie urbaine, les distillatrices de Léopoldville, en dépit d'une législation et d'une répression particulièrement sévère¹⁷⁴, ont développé un éventail de ressources juridiques et économiques afin d'assurer la pérennité de leurs activités tout en conservant une relative indépendance. Au grand désarroi des pouvoirs coloniaux qui se sont efforcés de trouver des réponses légales au trafic illicite de l'alcool, « ces femmes ont trouvé dans cette industrie un si grand profit qu'elles n'ont pas hésité à risquer les pénalités graves comminées par la loi, pour le réaliser »¹⁷⁵.

NOTES

1. Alcool artisanal congolais fortement distillé à base de manioc et de maïs fermentés. Voir : « Taxe de consommation sur les boissons fermentées fabriquées par les autochtones », AA, MAE, GG 9369, Boende, 29 janvier 1951. Le terme *kabondo* a également servi dans la littérature des élites congolaises à désigner l'alcool distillé clandestinement à Léopoldville (D. Mutombo, « Les méfaits de l'alcoolisme », *La Voix du Congolais*, 56, 1950, p. 641) ainsi que le terme *arack*, que l'on retrouve principalement dans le vocabulaire judiciaire des régions équatoriales et qui s'utilisait plus communément pour caractériser de l'alcool distillé à partir de vin de palme.
2. Le thème « Colonie Belge » ou « Fouet » appartenait au répertoire de la plupart des peintres populaires de Lubumbashi dans les années 1970. Ces peintures étaient commandées par des citadins lukois qui les accrochaient aux murs de leur salon pour se remémorer la violence de la colonisation belge. Voir : T. Turner, « Images of Power, Images of Humiliation : Congolese "Colonial" Sculptures for Sale in Rwanda », *African Arts*, 38, 1, 2005, p. 61 et B. Jewsiewicki, « Une société urbaine "moderne" et ses représentations : la peinture populaire à Kinshasa (Congo) (1960-2000) », *Le mouvement social*, 204, 2003, p. 139.
3. B. Jewsiewicki et M.-B. Dembour, « La chicote comme symbole du colonialisme belge ? », *Revue canadienne des études africaines*, 26, 2, 1992, p. 206.
4. T. Turner, *op. cit.*, p. 61 et B. Jewsiewicki, *op. cit.*, p. 140.
5. Tshibumba Kanda Matulu (1947-1981) fait partie des peintres les plus représentatifs de cette école populaire urbaine, dont le tableau *Colonie belge, 1885-1950* figure parmi les plus célèbres et les plus commentés dans la littérature africaniste. Voir entre autres : M.-B. Dembour, *op. cit.*, p. 205-225 et J. Fabian, *Remembering the Present. Painting and Popular History in Zaïre*, Berkeley, University of California Press, 1996.
6. T. Turner, *op. cit.*, p. 63 et B. Jewsiewicki, *op. cit.*, p. 139.
7. E. Henry, « Régime de l'alcool au Congo », *Congo. Revue générale de la Colonie belge*, Bruxelles, Goemaere, 1921, p. 1.
8. Rapport du Conseil Colonial sur un projet de décret modifiant l'article 7, 2°, littera a, du décret du 23 juillet 1932 sur le régime des boissons alcooliques, *Bulletin Officiel du Congo Belge*, 1938, p. 1100.
9. Fidèle au modèle pluraliste adopté par les colonies européennes, le système judiciaire pénal congolais s'appuyait sur une stricte séparation des juridictions, des infractions et des sanctions en vertu de la « race » des justiciables. Selon l'organisation judiciaire congolaise, le tribunal de district était dès lors, dans la période concernée par cette recherche, exclusivement compétent pour juger toutes les infractions pénales des Africain.e.s passibles d'une peine allant d'un jour de servitude pénale (autrement dit l'enfermement) à la peine de mort. Dans les faits, la juridiction traitait les infractions considérées comme les plus « sérieuses », laissant le soin aux tribunaux de police de connaître les infractions considérées comme mineures et limitées à deux mois de servitude pénale en cas de condamnation. À propos de l'organisation judiciaire au Congo belge, voir : B. Piret, *La justice coloniale en procès. Organisation et pratique judiciaire, le tribunal de district de Stanleyville (1935-1955)*, Thèse de doctorat en histoire, Université Saint-Louis, 2016.
10. Indépendamment des époques, la participation des femmes à une criminalité moins ouvertement genrée (la prostitution et les infanticides notamment) a reçu peu d'attention de la part des historien·nes. J. Turner, « Summary Justice for Women : Stafford Borough, 1880-1905 », *Crime, Histoire & Sociétés*, 16/2, 2012, p. 56.

11. A. Lauro, « Suspect Cities and the Re(Making) of Colonial Order : Urbanization, Security Anxieties and Police Reforms in Postwar Congo (1945-1960) », *Policing New Risks in Modern European History*, dir. J. Champion et X. Rousseaux, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2016, p. 57-85.
12. Un rapide survol de récentes publications sur « genre et colonialisme » montre qu'aucune contribution n'explore la criminalité féminine : U. Lindner et D. Lerp, *New Perspectives on the History of Gender and Empire. Comparative and Global Approaches*, Londres, Bloomsbury, 2018.
13. M. J. Wiener, *An Empire on Trial: Race, Murder, and Justice under British Rule, 1870-1935*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 et E. Kolsky, *Colonial Justice in British India. White Violence and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
14. B. Godfrey et G. Dunstall, *Crime and Empire 1840-1940. Criminal justice in local and global context*, Londres, Routledge, 2012.
15. K. Reid, *Gender, Crime and Empire. Convicts, Settlers and the State in Early Colonial Australia*, Manchester, Manchester University Press, 2007 et J.-L. Sanchez, « La relégation des femmes récidivistes en Guyane française (1887-1907) », *Crime, Histoire et Sociétés*, 17/1, 2013, p. 77-100.
16. Deux ouvrages sont pionniers en la matière : J. Hay et M. Wright, *African Women and the Law : Historical Perspectives*, Boston, Boston University Papers on Africa, 1982 et K. Mann et R. Roberts, *Law in Colonial Africa*, Portsmouth, Heinemann, 1991. Plus récemment sur l'accès des femmes nigérianes à la propriété foncière : S. Pierce, « Farmers and "Prostitutes" : Twentieth-century problems of female inheritance in Kano Emirate, Nigeria », *Journal of African History*, 44/3, 2003, p. 463-486 et sur les enjeux matrimoniaux au Kenya : B. Shadle, "Girl Cases" : *Marriage and Colonialism in Gusiiland, Kenya, 1890-1970*, Portsmouth, Heinemann, 2006 et au Gabon : R. Jean-Baptiste, *Conjugal Rights : Marriage, Sexuality and Urban Life in Colonial Libreville*, Gabon, Athens, Ohio University Press, 2014. Précisons qu'une littérature francophone postcoloniale s'est également penchée sur ces questions, notamment dans le cas de l'Algérie française : J.-P. Charney, *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du xx^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, 1965.
17. C. Dickerman, « African Courts under the Colonial Regime : Usumbura, Ruanda-Urundi, 1938-62 », *Canadian Journal of African Studies*, 26/1, 1992, p. 55-69 et C. Coquery-Vidrovitch, « Les femmes, le droit et la justice », *Cahiers d'études africaines*, 47, 2007.
18. A. Booth, « "European Courts Protect Women and Witches" : Colonial Law Courts as Redistributors of Power in Swaziland », *Journal of Southern African Studies*, 18, 1992, p. 253-275 et M. McKittrick, « Faithfull Daughter, Murdering Mother : Transgression and Social Control in Colonial Namibia », *Journal of African History*, 40, 1999, p. 265-283.
19. T. B. Zimudzi, « African Women, Violent Crime and the Criminal Law in Colonial Zimbabwe, 1900-1952 », *Journal of Southern African Studies*, 30/3, 2004, p. 499-517 ; S. Hynd, « Deadlier than the Male ? Women and the Death Penalty in Colonial Kenya and Nyasaland, c. 1920-1957 », *Vienna Journal of African Studies*, 12, 2007, p. 13-33 et *eadem*, « R.v. Mrs Utam Singh : Race, Gender and Deviance in a Kenyan Murder Case, 1949-1951 », *Subverting Empire. Deviance and Disorder in the British Colonial World*, dir. W. Jackson et E. J. Manktelow, Basingstoke-New York, Palgrave Macmillan, 2015, p. 227-244.
20. A. Cornet, « Punir l'indigène : les infractions spéciales au Ruanda-Urundi (1930-1948) », *Afrique et histoire*, 7/1, 2007, p. 49-73.
21. A. Lauro, « "Une œuvre d'étalement et de reconstruction". Notes sur la fabrique du droit coutumier, le pouvoir colonial et l'ordre du mariage dans le Congo belge de l'entre-deux-guerres », *Droit et Justice en Afrique coloniale. Traditions, productions et réformes*, dir. B. Piret, C. Braillon et al., Bruxelles, Presses de l'université Saint-Louis, 2014, p. 165-188.
22. A. Lauro, « Suspect Cities... », *op. cit.*, p. 57-84 ; *ead.*, « Maintenir l'ordre dans la colonie-modèle. Notes sur les désordres urbains et la police des frontières raciales au Congo Belge (1918-1945) », *Crime, Histoire & Sociétés*, 15/2, 2011, p. 97-121 et B. Henriët, « Ordering the Wetlands. Policing and Legitimate Violence in the Leverage Concession (Belgian Congo, 1911-1920) », *Policing Colonial*

Empires. Cases, Connections, Boundaries (ca. 1850-1970), dir. E. Blanchard, M. Bloemberger et al., Bruxelles, Peter Lang, 2017, p. 41-62.

23. E. Ngongo, « “Un danger pour les honnêtes gens”. Les politiques de traitement de l'enfance délinquante au Congo belge, 1920-1960 », *Revue d'histoire de l'enfance « irrégulière »*, 17, 2015, p. 193-215.

24. V. Dewulf, « Enfermement administratif et répression coloniale. Formes et pratiques de la relégation au Congo belge (1910-1960) », *Revue belge de Philologie et d'Histoire*, 97, 2, 2019, p. 1-36.

25. L. Feuchaux, « Vie coloniale et faits divers à Léopoldville », *Itinéraires croisés de la modernité : Congo belge (1920-1950)*, dir. J.-L. Vellut, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 71-101.

26. J.-L. Vellut, « La peine de mort au Congo colonial. À propos de l'exécution de Bwana François, 1922 », *Art pictural zaïrois*, dir. B. Jewsiewicki, Québec, Éditions du Septentrion, 1992, p. 171-222.

27. M. G. Stanard, « Revisiting Bula Matari and the Congo Crisis : Successes and Anxieties in the Belgium's Late Colonial State », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 46/1, 2018, p. 144-168.

28. F. Cooper, « Development, Modernization, and the Social Sciences in the Era of Decolonization : the Examples of British and French Africa », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 10/1, 2010, p. 9-38.

29. *Bulletin Officiel du Congo Belge*, 1948, p. 297.

30. *Bulletin Officiel du Congo Belge*, 1947, p. 857 et ordonnance législative n° 33/134 du 18 avril 1955, modifiant l'ordonnance-loi n° 395/Fin.-Dou. du 26 décembre 1942 sur le régime des boissons alcooliques, *Bulletin Administratif du Congo Belge*, 18, 1955, p. 594.

31. C. Ambler et J. Crush, « Alcohol in Southern African Labor History », *Liquor and Labor in Southern Africa*, dir. J. Crush et C. Ambler, Athens, Ohio University Press, 1992, p. 9.

32. Dans le discours colonial antialcoolique, la consommation d'alcool était synonyme d'absentéisme et de négligence au travail. Voir : L. Pan, *Alcohol in Colonial Africa*, Helsinki, Finnish Foundation of Alcohol Studies, 1975, p. 11 ; J. Willis, « Drinking Crisis ? Change and Continuity in Cultures of Drinking in Sub-Saharan Africa », *African Journal of Drug & Alcohol Studies*, 5/1, 2006, p. 7 ; C. Ambler, « Alcohol, Racial Segregation and Popular Politics in Northern Rhodesia », *The Journal of African History*, 31/2, 1990, p. 297 et J. Hyslop, « “Undesirable Inhabitant of the Union... Supplying Liquor to Natives” : D.F. Malan and the Deportation of South Africa's British and Irish Lumpen Proletarians 1924-1933 », *Kronos*, 40, 2014, p. 180.

33. J. Willis, *op. cit.*, p.7.

34. Projet d'arrêté sur la fabrication et la consommation des boissons alcooliques par les Indigènes, 21 septembre 1944, AA, MAE, GG 6291.

35. L. Mottouille, « Le nouveau régime des boissons alcooliques au Congo belge. Danger d'alcoolisation des Congolais », *Bulletin des Séances de l'Institut Royal Colonial Belge*, 3/2, 1957, p. 384-390.

36. E. Akyeampong, « What's in a Drink ? : Class Struggle, Popular Culture and the Politics of *Akpeteshie* (Local Gin) in Ghana, 1930-1967 », *Journal of African History*, 37, 1996, p. 217.

37. A. Vleugels, *Narratives of Drunkenness : Belgium, 1830-1914*, Londres-New York, Routledge, 2016, p. 95.

38. H. Vanderyst, « Le vin de palme ou Malafu », *Congo*, 1, 1929, p. 653.

39. Comme dans l'ensemble des colonies d'Afrique subsaharienne, à l'exception de certains territoires portugais et italiens, les distilleries européennes étaient interdites sur le territoire congolais, de sorte que seul l'alcool distillé importé était autorisé à la consommation des Européen-ne-s. La crainte que l'alcool européen importé puisse être fourni aux Africain-es était limitée par la taxation importante imposée sur ces alcools et par la « sévérité » des peines encourues par les Européen-ne-s s'ils « permettaient ou facilitaient le débit d'alcool à des personnes de race non-européenne ». Voir : L. Strouvens et P. Piron, « Régime des boissons alcooliques », *Codes et lois du Congo Belge*, Bruxelles, Larcier, 1948, p. 336.

40. J. Willis, « Demoralised natives, black-coated consumers, and clean spirit : European liquor in East Africa, 1890-1955 », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 29/3, 2001, p. 57.
41. *Id.*, *Potent Brews. A Social History of Alcohol in East Africa 1850-1999*, Athens, Ohio University Press, 1999, p. 226.
42. La catégorie africaine des « Évoluées » a bénéficié à partir de 1950 des mêmes droits que les Européen-ne-s en matière de consommation d'alcool. La vente d'alcool distillé importé leur était cependant interdite. Voir l'article 1 de l'arrêté du 11 décembre 1954 du Gouverneur de la Province de Léopoldville, dans *Bulletin Administratif du Congo Belge*, 1955, p. 54.
43. À l'exception des femmes mariées qui en regard de la loi de 1922 « ne pouvaient engager valablement leurs services sans l'autorisation de leur mari ». À défaut de l'autorisation maritale, les femmes africaines étaient donc dans l'impossibilité légale de devenir propriétaires de débits de boissons. Voir : *Bulletin Officiel du Congo Belge*, 1922, p. 355.
44. Une analyse des licences accordées par le Conseil des licences de Léopoldville pour l'année 1949 montre que seules sept femmes africaines ont obtenu la licence contre cent quatre hommes. Voir : « Demandes de licence d'alcool », AA, MAE, GG 5731, Léopoldville, 1949.
45. *Bulletin Officiel du Congo Belge*, 1922, p. 478.
46. P. Martin, *Leisure and Society in Colonial Brazzaville*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 59.
47. Les affaires de trafic d'alcool représentaient 1 % de la criminalité totale des populations colonisées à Léopoldville. Les hommes colonisés prévenus dans le cadre d'affaires de trafic d'alcool n'étaient reconnus coupables qu'en tant que complices ayant autorisé ou facilité l'activité criminelle d'une femme. En guise de comparaison avec les autres catégories infractionnelles pénales, les crimes contre la propriété concernaient 56 % des condamnations et les homicides volontaires, avec 4 condamnations, formaient 0, 2 % de l'effectif. Les chiffres recueillis ici s'appuient sur une estimation calculée à partir des statistiques présentées par les rapports annuels de justice de la colonie. AA, MAE, RA/CB 1905, Aperçu de la criminalité, Rapport annuel 1955, Léopoldville, 17 mars 1956.
48. Le contrôle de l'alcoolisation des populations colonisées reflétait également l'obsession victorienne des autorités coloniales pour la moralité publique. À propos des anxiétés coloniales partagées par les classes dominantes européennes vis-à-vis de l'abus d'alcool des classes laborieuses dans les villes, voir : D. Anderson et D. Killingray, « Consent, Coercion and Colonial Control : Policing the Empire, 1930-1940 », dir. D. Anderson et D. Killingray, *Policing the Empire : Government, Authority, and Control, 1830-1940*, Manchester, Manchester University Press, 1991, p. 1-15.
49. Rapport Annuel, Parquet Général de Léopoldville, 6 avril 1955, AA, MAE, RACCB 1701.
50. Observable également chez les justiciables masculins, la « primitivité » attribuée aux femmes colonisées servait le plus souvent de circonstances atténuantes dans le cas d'infractions sur les personnes engageant de la violence, tels que les coups et blessures et même les homicides. Dans les affaires d'alcool cependant, une seule prévenue a obtenu une peine allégée pour le motif qu'elle devait s'occuper seule d'un nourrisson. Ce cas unique montre que les impératifs genrés prenaient rarement le pas sur la tendance coloniale à réprimer sévèrement les infractions associées à l'alcool. AA, MAE, JUST 4043, Dossier judiciaire n° 46 270, Léopoldville, 20 octobre 1953.
51. AA, MAE, JUST 838, Dossier judiciaire n° 7 333 K, Léopoldville, 26 novembre 1955.
52. Parmi les nombreux exemples disponibles, voir notamment le cas représentatif suivant : AA, MAE, JUST 3982, Dossier judiciaire n° 26 418, Léopoldville, 7 septembre 1948.
53. AA, MAE, GG 5543, Dossier judiciaire n° 1128, Léopoldville, 26 juin 1951 ; AA, MAE, GG 15544, Dossier judiciaire n° 6294, Léopoldville, 7 novembre 1950 ; AA, MAE, JUST 3976, P.V. n° 172, Léopoldville, 12 janvier 1948.
54. AA, MAE, GG 15586, Dossier judiciaire n° 25 992, Léopoldville, 23 juin 1948.

55. AA, MAE, JUST 3976, P.V. n° 172, Léopoldville, 12 janvier 1948.
56. AA, MAE, JUST 4024, P.V. n° 3298, Léopoldville, 28 juin 1952.
57. Sous le régime léopoldien (1885-1908), la voie navigable était notoirement exploitée pour trafiquer de l'absinthe alors interdite à la consommation dans la colonie belge, y compris pour les Européens auprès desquels la boisson était très appréciée. Voir à ce sujet : A. Vleugels, *op. cit.*, p. 92 et P. Martin, *op. cit.*, p. 20. Le fleuve qui séparait les deux capitales servait donc davantage d'artère de communication et d'échange de produits matériels et culturels que de frontière. Voir : C. D. Gondola, *Villes miroirs. Migrations et identités urbaines à Kinshasa et Brazzaville, 1930-1970*, Paris, L'Harmattan, 1996. À ce titre, une recherche sur la répression coloniale s'est intéressée aux déplacements commerciaux irréguliers entrepris par des femmes colonisées pour écouler des marchandises licites. Voir : A. Bouvart, « Gender, urban boundaries and colonial justice in the Belgian Congo : African women's mobility transgressions before the Police Courts of Leopoldville, 1945 s-1950 s », dir. X. Rousseaux, F. Muller *et al.*, *Governing the Colonial State : The Belgian Rule in Africa (1885-1962)*, New York, Palgrave Macmillan (à paraître en 2023).
58. Les archives judiciaires des autres territoires frontaliers de l'Afrique-Équatoriale française sont absentes ou souffrent de lacunes importantes n'autorisant pas leur exploitation dans le cadre d'une analyse de condamnations judiciaires.
59. AA, MAE, GG 6046, Dossier judiciaire n° 33 425, Libenge, 18 septembre 1957.
60. AA, MAE, GG 6046, Dossier judiciaire n° 16 647, Libenge, 4 septembre 1957.
61. AA, MAE, GG 6053, Dossier judiciaire n° 11 068, Libenge, 20 août 1955.
62. Cette asymétrie répressive traduisait de la part des autorités coloniales des inquiétudes sécuritaires relatives au potentiel criminogène des villes où la consommation d'alcool distillé pouvait constituer un incubateur de violences et de remise en question du pouvoir colonial. Voir à ce sujet : E. Akyeampong, *op. cit.*, p. 217.
63. AA, MAE, JUST 721, Dossier judiciaire n° 2180, Coquilhatville, 4 août 1951.
64. Une mise en relation de ces itinéraires commerciaux illicites avec les parcours migratoires de femmes africaines de Léopoldville serait également instructive.
65. Les palmiers ne poussant que dans les régions côtières. Voir : J.C. Curto, « Alcohol under the Context of the Atlantic Slave Trade : The Case of Benguela and its Hinterland (Angola) », *Cahier d'Études Africaines*, 51, 2011, p. 53.
66. Pour ne pas porter préjudice aux bénéfices engendrés par l'importation de ses vins, le Portugal a refusé de soumettre ses colonies à la législation internationale qui désirait fixer à 15° le seuil d'alcool maximal du vin autorisé à la consommation africaine. Voir : L. Pan, *op. cit.*, p. 44-45.
67. Les archives de ce tribunal qui présentent pour la période qui nous occupe des séries complètes permettent d'en objectiver l'analyse.
68. Pour plus de détails concernant la législation en vigueur en Afrique coloniale française, voir : H. Géralin, « Le problème de l'alcoolisme dans les territoires d'outre-mer », *Population*, 8/2, 1953, p. 291-310.
69. Bien que la réglementation française avait interdit la production du vin de palme destiné à la vente, il semble que celle-ci avait valeur essentiellement théorique et n'était pas ou très peu appliquée. Voir : *Ibidem*, p. 300.
70. L'impact de la politique « libérale » française de l'après-guerre sur les lieux de socialisation en AEF est décrit de manière plus approfondie dans l'ouvrage suivant : P. Martin, *op. cit.*, p. 136 et p. 194.
71. La suppression du couvre-feu à Brazzaville faisait également partie des facteurs ayant encouragé ces déplacements. Voir : C.D. Gondola, « "Bisengo ya la joie". Fête, sociabilité et politique dans les capitales congolaises », *Fêtes urbaines en Afrique*, dir. Odile Goerg, Paris, Karthala, 1999, p. 94 et P. Martin, *op. cit.*, p. 194.
72. AA, MAE, JUST 3976, P.V. n° 4502, Léopoldville, 14 décembre 1947.

73. Sur l'ensemble des lettres anonymes versées aux dossiers, une seule était écrite en français. Voir les dossiers suivants : AA, MAE, GG 15544, Dossier judiciaire n° 6294, Léopoldville, 7 novembre 1950 ; AA, MAE, JUST 4009, Dossier judiciaire n° 35 141, Léopoldville, 22 mai 1951 ; AA, MAE, JUST 4042, Dossier judiciaire n° 45 939, Léopoldville, 22 septembre 1953 ; AA, MAE, JUST 4043, Dossier judiciaire n° 46 270, Léopoldville, 20 octobre 1953 ; AA, MAE, JUST 4024, Dossier judiciaire n° 40 018, Léopoldville, 8 juillet 1952.
74. De gros traits, tracés par le Commissaire ou l'Officier de Police Judiciaire qui mettaient en évidence ces informations, ont permis de les repérer et d'en saisir la signification.
75. AA, MAE, JUST 4024, P.V. n° 3298, Léopoldville, 28 juin 1952.
76. AA, MAE, JUST 4051, P.V. n° 1978, Léopoldville, 19 mars 1954.
77. AA, MAE, JUST 3982, P.V. n° 4906, Léopoldville, 8 septembre 1948.
78. AA, MAE, JUST 3979, P.V. n° 348, Léopoldville, 6 mai 1948.
79. AA, MAE, GG 15383, P.V. 1592, Léopoldville, 23 juillet 1945.
80. AA, MAE, JUST 3976, P.V. n° 172, Léopoldville, 12 janvier 1948.
81. AA, MAE, JUST 3981, P.V. n° 4027, Léopoldville, 27 juillet 1948.
82. AA, MAE, JUST 3982, P.V. n° 4906, Léopoldville, 8 septembre 1948.
83. AA, MAE, JUST 2569, P.V. n° 1436, Léopoldville, 25 octobre 1950.
84. AA, MAE, JUST 3976, P.V. n° 172, Léopoldville, 12 janvier 1948.
85. AA, MAE, JUST 4025, P.V. n° 790, Léopoldville, 30 mai 1952.
86. B. Bozzoli, *Women of Phokeng. Consciousness, Life Strategy, and Migrancy in South Africa, 1900-1983*, Portsmouth-Londres, Heinemann-James Currey, 1991, p. 158 et E. Hellmann, « The Importance of Beer Brewing in an Urban Native Yard », *Bantu Studies*, 3/1, 1934, p. 54.
87. AA, MAE, JUST 3996, P.V. n° 1523, Léopoldville, 28 décembre 1949.
88. AA, MAE, JUST 4031, P.V. n° 1, Léopoldville, 31 décembre 1952 et AA, MAE, JUST 3989, P.V. n° 2653, Léopoldville, 17 juin 1948.
89. Au sud du Nigéria britannique, il était courant que les policiers fabriquent eux-mêmes illégalement de l'alcool distillé (S. Heap, « "Those that are cooking the gins" : The business of Ogogoro in Nigeria during the 1930 s », *Contemporary Drug Problems*, 35, 2008, p. 593). À la même période, en Afrique-Équatoriale française, des rapports de police ont révélé l'implication importante de femmes de policiers et de tirailleurs dans le commerce illicite de l'alcool (P. Martin, *op. cit.*, p. 128).
90. Les dépositaires de l'autorité publique étaient en effet considérés solidairement responsables s'ils manquaient d'informer leurs supérieurs hiérarchiques dans le cas d'infractions constatées. Voir : L. Strouvens et P. Piron, *Codes et lois du Congo Belge, op. cit.*, p. 336.
91. Pour une analyse détaillée de la planification de cette ségrégation raciale à Léopoldville, voir : L. Beeckmans et J. Lagae, « Kinshasa's Syndrome-Planning in Historical Perspective. From Belgian Colonial Capital to Self-Constructed Megalopolis », dir. C. Nunes Silva, *Urban Planning in Sub-Saharan Africa. Colonial and Post-Colonial Planning Cultures*, New York, Routledge, 2015, p. 201-224.
92. La ville impliquait un mélange de populations hétérogènes qui n'encourageait pas la solidarité « ethnique ».
93. S. De Nys-Ketels, « Colonial Policing and Urban Space in the Notorious *Commune Rouge* of Lubumbashi, Democratic Republic of Congo », *Urban History*, 49, 1, 2022, p. 8.
94. J. Denis, « Léopoldville. Étude de géographie urbaine et sociale », *Zaire*, 6, 1956, p. 606 et 609.
95. Celles-ci pouvaient également prendre la forme de « rafles » organisées par la police coloniale dans des lieux spécifiquement genrés tels que les marchés de la ville. AA, MAE, GG 5813, Dossier judiciaire n° 539, Léopoldville, 1^{er} mars 1951.
96. AA, MAE, GG 15 383, P.V. n° 1592, Léopoldville, 23 juillet 1945.
97. AA, MAE, JUST 4014, P.V. n° 5541, Léopoldville, 3 août 1951. L'Otraco étant l'Office d'exploitation des transports coloniaux.

98. AA, MAE, JUST 3981, Dossier judiciaire n° 25 912, Léopoldville, 31 août 1948. Galiema était une baie occupée par le plus grand chantier naval de Léopoldville (la société Chanic) employant 2500 travailleurs « indigènes ». Voir : J. Denis, *op. cit.*, p. 591.
99. AA, MAE, JUST 4013, Dossier judiciaire n° 35 050, Léopoldville, 14 août 1951.
100. AA, MAE, JUST 3981, P.V. n° 4.027, Léopoldville, 27 juillet 1948.
101. AA, MAE, JUST 4013, P.V. n° 5412, Léopoldville, 28 juillet 1951.
102. AA, MAE, JUST 4043, P.V. n° 155, Léopoldville, 1^{er} octobre 1953.
103. L'âge de ces fabricantes, qui était considéré comme une circonstance atténuante au moment de l'application de la peine, était toutefois rarement précisé sauf dans un cas où « la prévenue paraissait être âgée d'environ 65 ans ». Voir : AA, MAE, JUST 3981, Dossier judiciaire n° 26 105, Léopoldville, 16 juillet 1948.
104. AA, MAE, JUST 3985, Dossier judiciaire n° 24 426, Léopoldville, 25 janvier 1949.
105. AA, MAE, JUST 4014, Réquisition d'information, Dossier judiciaire n° 36 083, Léopoldville, 6 août 1951.
106. AA, MAE, JUST 2688, P.V. n° 42, Léopoldville, 12 février 1954.
107. AA, MAE, JUST 4031, P.V. n° 1, Léopoldville, 31 décembre 1952.
108. E. Hellmann, *op. cit.*, p. 40.
109. AA, MAE, JUST 2688, P.V. n° 42, Léopoldville, 12 février 1954.
110. AA, MAE, JUST 2569, Dossier judiciaire n° 4056, Léopoldville, 27 octobre 1950.
111. AA, MAE, JUST 3982, P.V. n° 4 906, Léopoldville, 8 septembre 1948.
112. AA, MAE, JUST 2688, P.V. n° 42, Léopoldville, 12 février 1954. Les femmes de la région du Kasai étaient également réputées pour les bières qu'elles vendaient sur les marchés de Léopoldville. Sans avoir obtenu plus de renseignements à ce sujet, la spécialisation des Kasaiennes dans la préparation de boissons alcooliques fermentées semble les rapprocher de catégories socioprofessionnelles dévolues à des activités artisanales spécifiques en Afrique subsaharienne.
113. AA, MAE, JUST 3981, Dossier judiciaire n° 26 365, Léopoldville, 31 août 1948.
114. S. Heap, *op. cit.*, p. 580.
115. AA, MAE, JUST 3981, P.V. n° 4 027, Léopoldville, 27 juillet 1948.
116. Ces témoignages en langues vernaculaires étaient traduits par l'intermédiaire d'un interprète congolais avant d'être consignés dans le procès-verbal par un greffier.
117. AA, MAE, JUST 2569, Dossier judiciaire n° 4 056, Léopoldville, 27 octobre 1950.
118. AA, MAE, JUST 4042, P.V. n° [illisible], Léopoldville, 10 septembre 1953.
119. AA, MAE, JUST 3979, P.V. n° 348, Léopoldville, 6 mai 1948.
120. AA, MAE, JUST 3982, P.V. n° 4 906, Léopoldville, 8 septembre 1948.
121. AA, MAE, JUST 4042, P.V. n° [illisible], Léopoldville, 9 septembre 1953.
122. AA, MAE, JUST 4000, P.V. n° 611, Léopoldville, 2 juin 1950.
123. AA, MAE, JUST 3989, P.V. n° 2653, Léopoldville, 17 juin 1948.
124. Au Nigéria du Sud par exemple, l'Ogogoro fabriqué à partir de vin de palme fermenté passait par trois circuits de distillation avant de présenter une teneur en alcool similaire au gin importé européen. Voir : S. Heap, *op. cit.*, p. 582.
125. AA, MAE, GG 9369, Taxe consommation boissons alcooliques fabriquées par autochtones, Boende, 20 janvier 1951.
126. E. Hellmann, *op. cit.*, p. 54.
127. La pratique de distillation d'alcool faisant toujours l'objet d'une interdiction légale en République Démocratique du Congo, nous avons préféré anonymiser la distillatrice potentiellement encore vivante. Au reste, n'ayant pas pu obtenir suffisamment d'éléments sur le contexte de production de cette image, nous ne sommes pas en mesure de garantir le consentement de la distillatrice quant à sa reproduction originale.
128. J. Willis, « Drinking Crisis ? », *op. cit.*, p. 9.

129. *Id.*, « Demoralised natives, black-coated consumers, and clean spirit : European liquor in East Africa, 1890-1955 », *The Journal of Imperial and Commonwealth History*, 29/3, 2001, p. 66.
130. D. Fahy Bryceson, « Changing Modalities of Alcohol Usage », *Alcohol in Africa. Mixing Business, Pleasure, and Politics*, dir. D. Fahy Bryceson, Portsmouth, Heinemann, 2002, p. 26.
131. N. Baza Tanzarn, « Liquid Gold of a Lost Kingdom : The Rise of Waragi Production in Kibaale District, Uganda », *Alcohol in Africa...*, *op. cit.*, p. 81.
132. E. Akyeampong, *op. cit.*, p. 225.
133. *Ibid.*
134. S. Heap, *op. cit.*, p. 576.
135. *Ibid.*, p. 586.
136. G. Magrin et K. Mbayhoudel, « La bière à l'index ? Enjeux et dynamiques de la consommation d'alcool au sud du Tchad », *Ressources vivrières et choix alimentaires dans le bassin du lac Tchad*, dir. C. Raimond, É. Garine et al., Marseille, IRD Éditions, 2005, p. 11.
137. S. Heap, *op. cit.*, p. 585.
138. AA, MAE, JUST 3981, Dossier judiciaire n° 25 912, Léopoldville, 31 août 1948.
139. E. Cappelle, *op. cit.*, p. 49.
140. E. Akyeampong, *op. cit.*, p. 233.
141. H. Géralin, *op. cit.*, p. 298.
142. S. Heap, *op. cit.*, p. 587.
143. E. Hellmann, *op. cit.*, p. 55-56.
144. J. Omasombo Tshonda, *Mai-Ndombe. Mosaique de peuples établie sur un patrimoine naturel*, Tervuren, Musée royal de l'Afrique centrale, 2019, p. 557.
145. J. Crush et C. Ambler, *Liquor and Labor in Southern Africa*, Athens, Ohio University Press, 1992.
146. AA, MAE, JUST 4014, P.V. n° 5541, Léopoldville, 3 août 1951 ; AA, MAE, JUST 3996, P.V. n° 1523, Léopoldville, 27 décembre 1949 et AA, MAE, JUST 4005, Dossier judiciaire n° 33 810, Léopoldville, 30 janvier 1951. La structure modulaire de l'appareillage offrait l'avantage de pouvoir être démontée et déplacée rapidement. Voir à ce sujet : S. Heap, *op. cit.*, p. 592.
147. AA, MAE, JUST 3978, P.V. n° 1338, Léopoldville, 8 mars 1948.
148. Au Nigéria du Sud, les policiers enregistraient d'importantes disparitions de tuyaux métalliques volés à la compagnie des chemins de fer par les employés qui y travaillaient de nuit. Voir : S. Heap, *op. cit.*, p. 581.
149. AA, MAE, JUST 99, Plainte n° 33/50, P.V. n° 1405, Léopoldville, 28 octobre 1950.
150. AA, MAE, JUST 4031, procès-verbal de perte, Dossier judiciaire n° 42 306, Léopoldville, 8 juillet 1953.
151. Une recherche plus approfondie parmi les archives des industries métallurgiques de Léopoldville (selon leur disponibilité) qui fabriquaient des fûts à essence et « des tuyaux de tout genre » s'avérerait intéressante pour vérifier si ces vols étaient nombreux. Voir : J. Denis, *op. cit.*, p. 591.
152. M.K. McCall, « Brewers, Woodfuel, and Donors : An Awkward Silence as the Fires Blaze », dir. Deborah Fahy Bryceson, *Alcohol in Africa...*, *op. cit.*, p. 93.
153. E. Capelle, *La cité indigène de Léopoldville*, Centre d'Études Sociales Africaines, s. l., 1947, p. 49.
154. AA, MAE, GG 5543, Dossier judiciaire n° 1107, Léopoldville, 23 juin 1951.
155. E. Capelle, *op. cit.*, p. 49 et P. Colin, *Un recensement des activités indépendantes à la cité indigène de Léopoldville*, Léopoldville, Éditions de la Direction de l'Information du Gouvernement général du Congo belge, 1956, p. 76.
156. G. Balandier, « Le travail non-salarié dans les "Brazzavilles Noires" », *Zaire*, 6/7, 1952, p. 675.
157. *Ibid.*
158. Comme dans le titre ci-dessus : AA, MAE, JUST 4031, P.V. n° 1772, 29 décembre 1952.
159. B. Bozzoli, *op. cit.*, p. 157.

160. Au Congo belge, l'absence de défense juridique par l'entremise d'un avocat était commune à l'ensemble des affaires pénales dans lesquelles étaient impliquées les femmes colonisées, quelle que soit la gravité des faits reprochés.
161. Les enjeux qui traversent les différents systèmes de justice criminelle sont explicités par Martha Komter dans les publications suivantes : M. Komter, « The career of a suspect's statement : Talk, text, context », *Discourse Studies*, 14/6, 2012, p. 731-732 et *ead.*, *The Suspect's Statement. Talk and Text in the Criminal Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 3.
162. J.-M. Jadot, *La justice de Police au Congo belge*, Bruxelles, La revue sincère, 1929, p. 11.
163. Pour pallier la pénurie de magistrats au Congo belge, le magistrat représentant le ministère public était chargé seul d'instruire les affaires, sans l'assistance d'un Juge d'Instruction.
164. Martha Komter, dans son étude des stratégies conversationnelles observées auprès des différent·e·s acteur·rice·s dans les procès pénaux néerlandais, a montré que les accusé·e·s étaient placée·s dans une situation ambivalente nécessitant à la fois de préserver leur intérêt personnel en diminuant leur implication dans les faits infractionnels reprochés tout en restant crédibles aux yeux des juges. M. Komter, *Dilemmas in the Courtroom. A Study of Trials of Violent Crime in the Netherlands*, Londres, Routledge, 1998.
165. AA, MAE, JUST 2688, P.V. n° 42, Léopoldville, 12 février 1954.
166. AA, MAE, JUST 3982, P.V. n° 4974, Léopoldville, 13 septembre 1948 et AA, MAE, JUST 3979, Dossier judiciaire n° 25.700, Léopoldville, 18 mai 1948.
167. AA, MAE, JUST 3195, Dossier judiciaire n° 4263, Léopoldville, 24 décembre 1945.
168. Mandat d'arrêt provisoire, AA, MAE, JUST 2807, Dossier judiciaire n° 1988, Léopoldville, 20 septembre 1950.
169. AA, MAE, JUST 4031, Dossier judiciaire n° 12 377, Léopoldville, 30 décembre 1952.
170. Décision du tribunal de district du Lualaba, 18 mars 1938, *Revue Juridique du Congo Belge*, Elisabethville, 14/1, 1939, p. 34-36.
171. Pour le Nigéria, voir : S. Heap, *op. cit.*, p. 573-609.
172. E. Akyeampong, *op. cit.*, p. 215-236.
173. R. B. Nyuur et P. Sobiesuo, « The History and Development of the Beer Industry in Africa », dir. I. Cabras, D. Higgins *et al.*, *Brewing, Beers and Pubs. A Global Perspective*, Londres, Palgrave Macmillan, 2016, p. 148.
174. Si la distillation illicite était sanctionnée de plusieurs mois d'emprisonnement au Congo belge, l'infraction était uniquement passible d'amendes dans d'autres colonies de l'Afrique subsaharienne. Voir : S. Heap, *op. cit.*, p. 590.
175. *Bulletin Officiel du Congo Belge*, 1947, p. 1100.

RÉSUMÉS

Dans la grande majorité des colonies de l'Afrique subsaharienne, les populations africaines n'étaient pas autorisées à consommer de l'alcool distillé. Au Congo belge, cette interdiction a eu pour effet de contribuer, après la Seconde Guerre mondiale, à l'intensification d'un trafic clandestin d'alcool de distillation local, organisé par les femmes africaines des grands centres urbains. À Léopoldville, ancienne capitale du Congo belge, ces trafiquantes ont subi une répression sévère, dont témoignent les arrestations policières suivies de condamnations pénales. En s'appuyant sur une analyse de cas de femmes condamnées pour trafic alcoolique, l'article met

au jour un ensemble de stratégies juridiques et économiques élaborées par les trafiquantes afin de déjouer les contrôles policiers et de réduire les sentences prononcées par les tribunaux coloniaux.

In most African sub-Saharan colonies, Africans were forbidden to consume distilled liquor. In the Belgian Congo, the prohibition encouraged, after World War II, the emergence of an illicit drinking culture taken over by urban women traffickers. In Leopoldville, the capital city, these women faced an intensified and severe repression made visible by police arrests and court convictions. Drawing on criminal cases of women convicted for alcohol commercial production, the article reveals a series of economic and legal strategies developed by women traffickers to thwart police controls and reduce colonial court sentences.

INDEX

Keywords : criminal law, Belgian Congo (1908-1960), gender studies, alcohol, illicit trafficking

Mots-clés : droit pénal, Congo belge (1908-1960), études sur le genre, alcool, trafic illicite

AUTEUR

AURÉLIE BOUVART

Université libre de Bruxelles

Les jeunes « pédés » parisiens d'avant 1968

Quels parcours de vie gays dans un contexte légal hostile ?

Régis Revenin

À la mémoire de mon ami Michael D. Sibalis (1949-2019)

Tout en en restant le seul responsable, je tiens à remercier chaleureusement Hélène Duffuler-Vialle pour sa relecture stimulante de mon article.

- 1 Depuis quarante ans, l'historiographie des luttes, militantismes et mouvements gays français – certes, le plus souvent parisiens – des années 1940 aux années 1980 s'est considérablement étoffée. Néanmoins, cette période reste encore assez méconnue en ce qui concerne l'histoire des gays *ordinaires*¹, au sens que l'historien Alain Corbin² donne à cet adjectif, plus encore quand il s'agit des jeunes gays de classes populaires.
- 2 Depuis maintenant plus de quinze ans, je m'attelle à écrire une histoire des gays parisiens « d'en bas », une histoire « populaire » pour reprendre l'expression de l'historienne Michelle Zancarini-Fournel³, d'abord à la Belle Époque, puis au cours des Trente Glorieuses et des « années 1968 ». D'ailleurs, aucun des termes aujourd'hui utilisés, qu'il s'agisse des adjectifs ou substantifs « gay » ou « homosexuel », n'est anodin ni satisfaisant pour désigner ces garçons qui désirent alors leurs pairs et qui se sentent, parfois, appartenir à un groupe spécifique. Dans la France d'avant 1968, les jeunes gays parisiens de classes populaires se définissent surtout comme « pédé » ou « pédéraste », deux termes aujourd'hui considérés comme injurieux et surannés, et qui au surplus portent en eux la possible confusion entre homosexualité et pédophilie. Quant au terme « homosexuel » que je récusé, je fais mienne l'analyse des écrivains et éditeurs Gilles Barbedette et Michel Carassou qui, dans un livre pionnier, affirmaient il y a plus de quarante ans déjà que « les homosexuels sont "gays" » et que cette dénomination « souligne cette volonté d'en finir avec les connotations médicales du mot homosexualité »⁴. La terminologie la plus juste serait sans doute celle venant de la santé publique « hommes ayant des relations sexuelles avec d'autres hommes », encore qu'elle en évacue à mon sens les dimensions identitaire, mais aussi amoureuse et

sentimentale. L'on me permettra donc d'utiliser dans le présent article le terme « gay », et plus rarement, faute d'autre choix, celui d'« homosexualité » comme substantif.

- 3 Face à bien des mises en récit parfois misérabilistes de vies gays orchestrées par les militants eux-mêmes, et ce afin de dénoncer légitimement l'opprobre et la persécution, je voudrais ici proposer une relecture des parcours biographiques gays juvéniles dans le Paris de la Libération à la « libération sexuelle » à partir d'archives publiques finalement peu connues, peu mobilisées et parfois volontairement délaissées : les archives judiciaires – auxquelles l'on pourrait rajouter les archives policières, que je n'utilise pas ici en tant que telles. Elles sont certes le fruit d'institutions de contrôle social, de répression, mais elles permettent d'entendre des voix singulières, comme l'a admirablement montré dans son œuvre l'historienne Arlette Farge, pour le XVIII^e siècle⁵. À travers elles, il s'agit de dépasser la seule écriture d'une histoire des représentations à partir de sources qui, dans l'historiographie française de la jeunesse et de la sexualité, restent classiques, voire rebattues, qu'il s'agisse de média (cinéma, presse, radio, télévision), d'œuvres littéraires, ou bien encore d'écrits experts (médecine, sciences du psychisme, sexologie). Parole bien souvent reconstituée *a posteriori*, avec tous les biais que cela charrie, l'histoire orale et le récit autobiographique – l'historienne Anne-Claire Rebreyend⁶ dont les recherches se sont précisément axées autour de ce dernier type d'archives n'a que partiellement étudié les gays, et moins encore les jeunes gays – sont dans l'historiographie gay française encore peu utilisés et renseignent le plus souvent les historiens sur les trajectoires d'individus de classes aisées et/ou militants. Toutes ces sources, aussi riches soient-elles, ne peuvent suffire à elles seules à écrire une histoire des gays de classes populaires, jeunes et moins jeunes. Je voudrais ici et maintenant livrer quelques conclusions de mes recherches et proposer en creux quelques pistes à explorer.
- 4 Dans un contexte légal et social répressif et réputé particulièrement hostile, comment les jeunes – les individus alors âgés de moins de vingt-et-un ans – gays parisiens de classes populaires ont-ils assumé leur identité de genre et leur orientation sexuelle ? Comment ont-ils construit leurs propres espaces ?
- 5 J'évoquerai d'abord le statut juridique de l'homosexualité et la prise en charge particulière des jeunes gays par la justice des mineurs en France ; puis je m'intéresserai plus spécifiquement aux pratiques et sociabilités gays juvéniles parisiennes.

I. Des jeunes gays face à la justice

- 6 La période ici considérée est celle d'une apparente rupture. À tort, l'on évoque souvent une parenthèse sombre de re-pénalisation de l'homosexualité qui aurait opéré à partir de 1942 – le crime de sodomie ayant été aboli par la Révolution française en 1791⁷ – pour s'achever avec le retour de la gauche au pouvoir en 1982⁸. Au vrai, il s'agit d'une pénalisation de certaines formes de relations intimes ou sexuelles entre individus de même sexe, encore qu'il faille mentionner l'utilisation de « biais » légaux tout au long du XIX^e siècle et dans le premier XX^e siècle afin de réprimer tout particulièrement les relations entre hommes. En cela, la législation vichyste n'en serait finalement que l'aboutissement et l'acmé⁹. J'ai, parmi d'autres historiens, montré que la répression, même en dehors de toute pénalisation juridique spécifique de l'homosexualité, du

moins la surveillance et le harcèlement policiers et judiciaires, n'avaient en réalité jamais cessé depuis la fin du XVIII^e siècle¹⁰.

- 7 Comment les nouvelles incriminations prétendument axées autour de la notion de protection de la jeunesse se mettent-elles en place ? Dans quel contexte social ? Quelle est la réponse de la justice face aux jeunes gays ainsi visés ? Sont-ce des coupables, ou bien des victimes ?

A. « Surveiller et punir » les jeunes gays

- 8 Dans le quotidien conservateur *Paris-Presse-L'intransigeant* du 27 juillet 1960, à la suite du dépôt d'un sous-amendement à l'Assemblée nationale concernant le classement de l'homosexualité parmi les « fléaux sociaux », au même titre que l'alcoolisme, la prostitution, le proxénétisme, la toxicomanie et la tuberculose, un professeur de médecine parisien, désireux de rester anonyme – le sujet n'est pas sérieux et prête à sourire –, évoque une « véritable démocratisation de l'homosexualité ». Du nom d'un éphémère député gaulliste de Moselle, élu en 1958, battu en 1962, l'amendement dit « Mirguet » est adopté par l'Assemblée nationale le 18 juillet 1960 dans le cadre du débat d'une loi d'habilitation permettant au gouvernement de prendre par ordonnances des mesures contre lesdits « fléaux sociaux ». La loi n° 60-773 « autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux » est promulguée le 30 juillet 1960. Elle ne contient qu'un seul article :

Article unique. — Le Gouvernement est autorisé, dans la limite des crédits ouverts, à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues aux alinéas 2 et 3 de l'article 33 de la Constitution et pendant un délai de quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi [...] 4° Toutes mesures propres à lutter contre l'homosexualité.

L'ordonnance n° 60-1245 du 25 novembre 1960 complète ainsi l'article 330 du Code pénal d'un alinéa 2 :

[...] L'article 2 institue à l'article 330 du code pénal une peine aggravée pour le cas où l'outrage public à la pudeur est commis par des homosexuels. Cette mesure répond au souci manifesté par le Parlement dans le 4° de la loi précitée du 30 juillet 1960. En effet, compte-tenu de ce que l'ensemble de la législation française relative à la lutte contre le proxénétisme et à la prostitution s'applique sans distinction de sexe et indifféremment en cas de rapports homosexuels ou hétérosexuels, il a paru qu'il était particulièrement utile, pour répondre au vœu exprimé par le Parlement, d'augmenter les peines prévues lorsque cette infraction est commise par des homosexuels.

Prévoyant ainsi un doublement des peines minimales encourues pour « outrage public à la pudeur » dans le cas de relations entre hommes, l'article 330 alinéa 2 du Code pénal est désormais rédigé de la sorte :

Lorsque l'outrage public à la pudeur consistera en un acte contre-nature avec un individu du même sexe, la peine sera un emprisonnement de six mois à trois ans et une amende de 1 000 NF à 15 000 NF.

- 9 C'est dans ce contexte, liant fin des empires coloniaux, guerre d'Algérie, prestige et déclin de la place de la France dans le monde, virilité et sexualité, comme l'a bien montré l'historien Todd Shepard¹¹, que la répression contre les relations entre hommes s'accroît. Toutefois, évoquer un « délit d'homosexualité » est impropre. En dépit de lois discriminatoires – en vigueur jusqu'en 1982, date à laquelle la « majorité sexuelle » est implicitement établie pour tous à quinze ans¹² –, aggravant les sanctions de certaines infractions pénales à caractère sexuel si les faits concernent des relations entre personnes de même sexe, le plus souvent entre hommes, l'homosexualité en tant que telle n'est pas punie en France. Elle l'est entre autres lorsqu'un mineur de moins de vingt-et-un ans est concerné : c'est l'« acte impudique ou contre-nature avec un mineur de son sexe », formulé à l'article 334 du Code pénal¹³. Cette ordonnance n° 744 prise par le gouvernement de Vichy en date du 6 août 1942 décide :

L'alinéa 1° de l'article 334 du Code pénal est modifié comme suit : « Sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 60 000 fr. : 1° Quiconque aura soit pour satisfaire les passions d'autrui, excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt-et-un ans, soit pour satisfaire ses propres passions, commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre-nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de vingt-et-un ans ».

Sans débat ni hésitation, lors du retour à la légalité républicaine, cette législation discriminatoire, liberticide et répressive est confirmée dans le droit positif français par l'ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945, qui la transfère néanmoins de l'article 334 relatif au proxénétisme à l'article 331 alinéa 3 du Code pénal :

Ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945 modifiant l'article 331 du Code pénal.
EXPOSÉ DES MOTIFS. L'acte de l'autorité de fait dit loi n° 744 du 6 août 1912 modifiant l'article 334 du Code pénal a réprimé les actes homosexuels dont serait victime un mineur de vingt-et-un ans. Cette réforme, inspirée par le souci de prévenir la corruption des mineurs, ne saurait, en son principe, appeler aucune critique. Mais en la forme une telle disposition serait mieux à sa place dans l'article 331. C'est en ce sens que l'ordonnance ci-jointe modifie le Code pénal [...]
Art. 1^{er} — L'article 331 du Code pénal est complété par un alinéa 3 ainsi conçu : « Sans préjudice des peines plus graves prévues par les alinéas qui précèdent ou par les articles 332 et 333 du présent code, sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 50 000 fr. quiconque aura commis un acte impudique ou contre-nature avec un individu de son sexe mineur de vingt-et-un ans ». Art. 2. — L'acte provisoirement applicable dit loi n° 744 du 6 août 1942 modifiant l'article 334 du Code pénal est abrogé et l'article 334 rétabli dans sa rédaction antérieure.

- 10 La continuité l'emporte sur la rupture : l'historien du droit Jean Danet rappelle que dès le milieu du XIX^e siècle, à l'inverse de la législation indifférente à l'orientation sexuelle –

principe sans cesse rappelé par la Cour de Cassation –, les juges du fond ont tenté de spécifier les actes homosexuels, à partir du délit d'excitation de mineurs à la débauche, y compris pour les relations consenties avec des mineurs âgés de plus de onze ans, ce nouvel âge de « majorité sexuelle » implicitement inventée depuis la loi du 28 avril 1832, créant alors une nouvelle infraction pénale, le crime d'attentat à la pudeur sans violence sur un enfant de moins de onze ans. La Cour d'appel d'Angers, en son arrêt du 1^{er} septembre 1851, indique ainsi : « Attendu que si de l'interprétation généralement donnée à l'article 334 du Code pénal, il résulte que cet article a surtout pour objet d'atteindre le proxénétisme et non les individus qui ont corrompu la jeunesse dans l'intérêt de leurs propres plaisirs, cependant, quand il s'agit de faits qui révoltent la nature, de ces faits auxquels la passion la plus violente ne peut jamais servir d'excuse, et qui ont pour effet inévitable de livrer à la dépravation la plus honteuse des jeunes enfants qu'une telle passion a souillés, cette interprétation est évidemment trop restreinte et la loi doit s'appliquer dans son esprit à de pareils actes »¹⁴.

- 11 Ainsi les législations discriminatoires de 1942, 1945 et 1960 ne seraient que la reprise par le législateur des tentatives jurisprudentielles répétées des juges du fond depuis le milieu du XIX^e siècle visant à punir les pratiques homosexuelles, y compris consenties, dès lors que des mineurs sont impliqués.
- 12 Tel qu'il est rédigé, l'article 331 alinéa 3 ne renvoie ainsi pas à un acte commis sur un individu, contrairement aux deux premiers alinéas de cet article à propos de l'« attentat à la pudeur » et à l'article 332 pour l'« attentat à la pudeur avec violence » ou pour le viol, qui sont des infractions pénales à victimes. L'« acte impudique ou contre-nature », commis avec un individu de son sexe, qu'il s'agisse d'ailleurs d'un acte consenti ou non, pénétratif ou non, implique que les accusés puissent être poursuivis conjointement, qu'ils soient majeurs ou mineurs. Dans la pratique, pour les relations intergénérationnelles, le majeur est l'auteur principal de l'infraction, le mineur le complice. Complice d'avoir été sexuellement initié¹⁵. Quand il s'agit de deux mineurs, ils sont le plus souvent désignés comme co-auteurs de l'infraction. Cela ne laisse pas de surprendre. Considérant sans doute que ce sont là de jeunes dévoyés particulièrement déviants, et donc moralement inamendables, la justice procède sans grand discernement et évacue d'emblée la question des relations consenties ou imposées. En cela, la protection de la jeunesse est un leurre. Comment une mesure protectrice transformerait-elle en complices ou en co-auteurs d'un délit des garçons considérés comme des victimes, soit parce qu'ils ont été initiés par des garçons plus « matures » ou par des hommes majeurs, soit parce qu'ils ont subi des relations sexuelles non consenties ? Comme le souligne l'historienne du droit Hélène Duffuler-Vialle, « la norme est créée au moment de son application, donc après son interprétation, qui passe par le prisme des injonctions sociales dominantes, dans le sens où le juge en est le vecteur inconscient »¹⁶.
- 13 D'après les rapports annuels de l'Éducation surveillée, sur l'ensemble de la France, entre 1961 et 1975 – période pour laquelle des chiffres précis sont disponibles –, 564 mineur·es, parmi lesquels 99 % de garçons, ont été jugés pour « homosexualité ». Si tous ne sont pas condamnés, notons que les relaxes correctionnelles sont rares en termes de mœurs, pour les mineurs comme pour les majeurs. Parmi ces adolescents, 32 ont moins de treize ans, 119 ont treize ou quatorze ans, 143 ont quinze ans, 269 ont seize ou dix-sept ans. La baisse du nombre de mineurs jugés pour « homosexualité »

n'est significative qu'à partir de 1972. Ces chiffres ne recouvrent pas l'ensemble de la répression contre les jeunes gays¹⁷. Loin de là. Elle se dissimule surtout sous d'autres incriminations sans victimes, comme l'outrage public à la pudeur¹⁸, ou, avant la mise en place de l'ordonnance de 1958 sur l'assistance éducative, sous des mesures dites de « protection » à l'endroit des jeunes en situation de vagabondage¹⁹, notion très élastique comme l'a démontré l'historien Jean-Jacques Yvorel²⁰.

- 14 À la Libération, la jeunesse, avenir de la nation, devient la vitrine, l'objectif et le sens de la reconstruction de la France²¹. Les tribunaux pour enfants se multiplient sur le territoire national, et la fonction de juge pour enfants est officiellement créée. C'est une justice pénale, désormais régie par l'ordonnance du 2 février 1945 : lorsqu'un mineur est soupçonné d'avoir commis une infraction à la loi pénale (un délit ou, plus rarement, un crime), le magistrat a pour mission d'instruire le dossier et de rendre un jugement, avec pour principe la primauté de l'éducatif sur le répressif. En fonction de l'âge de l'inculpé notamment, le magistrat peut décider de le placer en institution spécialisée, de lui imposer une mesure de liberté surveillée, ou les deux, ou bien encore de l'incarcérer – ce qui devient rare à partir de 1945. Il peut aussi être remis « purement et simplement à sa famille ». Moins connue, la justice des mineurs est aussi une justice civile. À la suite d'une demande en correction paternelle – disposition prévue par le Code civil de 1804²², supprimée en 1958 au profit de l'assistance éducative, consistant à ce que les parents puissent solliciter l'intervention d'un juge et la suppléance de la justice des mineurs en raison des « sujets de mécontentement très graves sur la conduite » de leur enfant –, ou dans le cadre du vagabondage – essentiellement utilisée à l'endroit de jeunes en errance, notion, nous l'avons déjà indiqué, d'interprétation très souple –, le juge des enfants peut également prendre en charge les mineurs « déviants » ou « inadaptés », c'est-à-dire présentant des comportements socialement inacceptables mais qui ne constituent pas pour autant des faits de délinquance, par exemple les fugues, la mésentente avec les parents, l'instabilité professionnelle, l'oisiveté, les mauvaises fréquentations, les phénomènes de bande, etc. L'ordonnance du 23 décembre 1958, qui modifie les articles 375 à 382 du Code civil, supprime la législation sur le vagabondage et la correction paternelle, et instaure en lieu et place la notion d'assistance éducative. Dorénavant, le juge des enfants est compétent pour prononcer toute mesure de protection et d'éducation à l'égard des mineurs de moins de vingt-et-un ans dont « la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation [seraient] compromises ». Dans ce cadre civil, les jeunes « en danger » peuvent désormais être pris en charge par la justice des mineurs sans même que les parents n'en formulent le souhait, et indépendamment de toute infraction pénale. Le champ d'action de l'Éducation surveillée s'en trouve considérablement élargi.

B. La prise en charge des jeunes gays par l'Éducation surveillée

- 15 Établissement d'envergure régionale implanté dans une immense ferme située sur la commune de Savigny-sur-Orge, en Essonne, le Centre d'observation public de l'Éducation surveillée (COPES) de Paris fonctionne sous la forme d'un internat non-mixte de deux cents places. De son ouverture en juillet 1945 à sa fermeture sous sa forme d'observation en 1972, ce sont près de 25 000 garçons de treize à dix-neuf ans qui y sont passés. Un an durant, dans le grenier de la Ferme de Champagne, m'imprégnant de cette atmosphère toute particulière, j'ai commencé à lire et à présélectionner un premier ensemble quantitatif de 13 000 dossiers individuels nominatifs, c'est-à-dire la

moitié du corpus, par ailleurs complet et intact – ce qui est extrêmement rare pour des archives judiciaires. Ce vaste corpus m’a servi à alimenter plusieurs bases de données sur l’âge d’arrivée des garçons au COPES, sur le dispositif légal qui les y avait conduits, sur leur appartenance sociale ou sur leurs « origines ». En somme, il m’a servi à comprendre le contexte du placement de ces garçons. Puis j’ai constitué un second corpus, davantage qualitatif, de 2 500 dossiers choisis de manière aléatoire, année par année, mais aussi parce qu’ils étaient plus particulièrement centrés sur des problématiques de genre ou de sexualité. Ce second corpus m’a aussi servi de base quantitative, notamment pour déterminer l’âge de la première masturbation ou du premier rapport sexuel²³.

- 16 Compte-tenu de la fluidité des identités et des pratiques d’alors²⁴, il est bien délicat d’annoncer avec précision un nombre de jeunes gays accueillis au COPES de Paris : sur la période 1945-1959, 5,8 % des garçons se définissent comme gays et 18,9 % n’ont eu que des relations entre pairs ; sur la période 1960-1972, 10,9 % se considèrent comme gays et 21,1 % n’ont eu que des relations entre pairs. Toutefois, sur la période 1945-1959, plus des deux tiers des garçons ayant une activité sexuelle – pas nécessairement pénétrative –, toutes orientations sexuelles confondues et indépendamment de leur auto-définition sexuelle, ont eu des contacts homosexuels, réguliers ou non, désirés ou non ; ils sont un peu plus de 40 % sur la période 1959-1972²⁵. On constate ainsi des contacts sexuels entre pairs très répandus et un écart entre pratiques et définitions de soi, ainsi qu’une certaine prévalence de ce que nous appellerions aujourd’hui des pratiques bisexuelles, sans que ce terme n’ait de sens à l’époque ici considérée.
- 17 Particulièrement riches, les archives du COPES de Paris à Savigny-sur-Orge sont aussi inédites, puisque seuls quelques rares historiens les ont exploitées, aucun dans l’optique qui est la mienne. Ce sont des archives judiciaires ; elles ont été produites par une institution dépendant du ministère de la Justice. Cependant, de par leur contenu et leur forme – des dossiers individuels de mineurs –, elles diffèrent à bien des égards des archives judiciaires classiques, et notamment des dossiers de procédures correctionnelle et criminelle que j’ai pu par ailleurs consulter. Chaque dossier individuel de mineur placé est composé de neuf sous-dossiers : un dossier d’accueil comprenant l’entretien d’arrivée avec le mineur réalisé par un éducateur, ainsi qu’une fiche de renseignements et d’observations sur la première semaine passée au COPES dite « semaine de décantation » ; un dossier judiciaire où sont rassemblées les enquêtes de police ou de gendarmerie ; un dossier psychiatrique et somato-médical ; une enquête sociale réalisée au sein de la famille du mineur par une assistante sociale – c’est ici que l’on retrouve par exemple l’opinion des parents sur l’homosexualité de leur enfant ; un dossier psychologique composé des observations des psychologues et du médecin psychiatre du COPES ; un dossier d’orientation professionnelle ; un dossier d’observation directe, particulièrement fourni, avec les notes quotidiennes et les conclusions des éducateurs du COPES sur le comportement des garçons, leurs propos, faits et gestes rapportés, les cahiers d’expression écrite et dessins réalisés par ces derniers ; un dossier administratif comprenant entre autres les correspondances (interceptées) du mineur avec ses proches (famille, amis, « petite amie » ou « petit ami ») ; enfin, une synthèse de l’observation, un document de quelques pages qui résume ce parcours biographique. Seule cette dernière pièce est envoyée au juge des enfants.

- 18 Les garçons placés au COPES de Paris restent en moyenne trois mois, durant lesquels ils sont observés par des éducateurs, évalués par une psychologue et un psychiatre ; ils participent à des tâches collectives (jardinage, ménage...), à l'animation de veillées culturelles, à des travaux scolaires ou encore à des jeux de plein air. La méthode de l'observation consiste en l'examen de la personnalité de ces jeunes par une équipe pluridisciplinaire de travailleurs sociaux et de spécialistes des sciences du psychisme. Il s'agit là de cerner le fonctionnement de ces « garçons de justice » – qu'il s'agisse de jeunes délinquants ou bien d'adolescents « à protéger » –, de déterminer le sens de leurs expériences passées et les éventuelles carences dont leur éducation a pu souffrir, de saisir les conflits qui les opposent aux autres, à leurs parents, à la société, en instaurant un climat propre à favoriser la confiance et le récit de soi. En ce sens, le COPES de Paris est bien un internat d'observation, et non un lieu de rééducation. Selon les directives de l'Éducation surveillée, les éducateurs ne doivent rien impulser en matière éducative. L'expression individuelle par la parole (entretien d'arrivée), l'écrit (exercices rédactionnels divers), le corps (activités physiques) et l'esprit (organisation de veillées) est un élément clef du dispositif. Les « bagnes d'enfants » de l'avant-guerre²⁶ ne devant plus être qu'un lointain souvenir, les juges ont désormais recours à un examen scientifique des mineurs, ces êtres en devenir. L'étude rigoureuse de leur personnalité prend le pas sur la seule analyse des faits qui leur sont reprochés. On retrouve ainsi au COPES de Paris des mineurs « en danger » (pris en charge au civil) et des jeunes délinquants (relevant du pénal). Dans les faits, la frontière entre ces deux « catégories » est souvent ténue, comme l'exprime en 1954 Jean Cotxet de Andreis, le président du Tribunal pour enfants de la Seine : « Les jeunes délinquants ne sont pas les seuls adolescents qui relèvent de la juridiction du Juge des enfants [qui] s'étend à d'autres jeunes – vagabonds et mineurs objets de plainte en correction paternelle – dont l'étiologie de l'inadaptation sociale est bien voisine »²⁷.
- 19 Sur la période 1945-1958, 48,8 % des garçons sont placés au COPES de Paris sur la base de l'ordonnance de 1945. Ce sont de jeunes délinquants, pour l'essentiel des auteurs de vol simple. Un cinquième d'entre eux est accusé d'avoir commis un attentat aux mœurs, dont un certain nombre sont en fait de jeunes gays – essentiellement engagés dans une relation consentie. Du côté civil, 43,5 % relèvent de mesures de « protection » liées au vagabondage, et 7,6 % de demandes en correction paternelle. Sur la période 1959-1972, l'ordonnance de 1945 concerne 67,6 % des garçons placés à Savigny – dont l'essentiel ont commis un vol simple. L'assistance éducative concerne les autres garçons placés (32,4 %).
- 20 Clairement, le COPES de Paris accueille un public mixte, au civil comme au pénal, et l'étiqueter comme un centre pour jeunes délinquants serait non seulement inexact mais aussi réducteur.
- 21 Comment se passe l'arrivée des garçons à Savigny ? Après un passage d'un à deux jours au Dépôt de la préfecture de police de Paris, ces jeunes gens sont présentés à un juge pour enfants qui édicte une ordonnance de placement. Ils sont ensuite conduits au COPES de Paris. Au cours de la première semaine dite « de décantation », les garçons, isolés, sont invités à décliner leur identité, à raconter aux éducateurs leur histoire de vie personnelle sous diverses formes écrites (exercices, récits) et orales (entretiens), avant d'être installés, en fonction de leur « profil », selon une taxinomie en vogue à l'époque, dans l'un des pavillons du centre, sortes de petites unités autonomes portant le nom de provinces françaises : ainsi à « Alsace » sont placés les jeunes gays et

prostitués, en somme les « déviants » sexuels ; à « Bourgogne » les garçons disposant d'un bon niveau intellectuel ; à « Bretagne » les « caïds » et les « fortes têtes » ; à « Gascogne » les « débiles » – des garçons intellectuellement plus faibles que les autres, sans qu'il ne s'agisse pour autant d'adolescents en situation de handicap – ; à « Provence » les garçons calmes ou ayant besoin de repos ; à « Touraine » les plus jeunes et les plus immatures. Sociologiquement, les garçons placés à Savigny sont de jeunes Français – de jeunes Blancs, pour l'essentiel. En dépit de l'absence de statistiques en la matière, il apparaît que les jeunes Algériens, ou les garçons d'origine algérienne, les fameux « FMA » – Français musulmans d'Algérie des années 1950 – sont largement surreprésentés au COPES²⁸, tout comme le sont les garçons de classes populaires – fils d'employés et d'ouvriers. L'on trouve quelques garçons de classes moyennes, et plus rarement des enfants de cadres ou de professions libérales. La plupart de ces jeunes vivent à Paris ou en proche banlieue, et ont entre treize et dix-neuf ans – en moyenne ils ont seize ans lors de leur arrivée à Savigny.

- 22 Cette part hétérogène de la population masculine juvénile n'est encore que rarement convoquée par les études historiques sur la jeunesse ou sur la sexualité. Comme l'écrit l'historien Mathias Gardet, à l'inverse des historiens « travaillant sur les populations dites silencieuses (les femmes, les ouvriers, les migrants...) [qui] ont naturellement puisé dans les sources judiciaires pour retrouver des bribes de vies, des fragments de voix », les historiens de l'éducation, de l'enfance, de la jeunesse ont souvent rechigné à utiliser de telles sources, en raison de la frontière nette qui séparerait une « jeunesse qui va bien » d'une « jeunesse qui va mal »²⁹. Comme si avoir eu affaire à la justice des mineurs ou à l'Aide sociale à l'enfance faisait de ces adolescents des individus définitivement à part, non seulement en aval, mais aussi en amont de leur prise en charge, ce qui les auraient empêchés de penser, d'agir, de parler comme les autres jeunes de leur âge et de leur génération³⁰. Certes, ces sources questionnent les historiens, puisqu'elles sont le produit d'une institution de contrôle social aux rapports de pouvoir par définition asymétriques et inégalitaires entre experts et jeunes, mais la marginalité et la déviance nous renseignent aussi sur ce qu'est la norme à un moment donné. Y surgissent aussi des destins singuliers. Chose rare, à travers les archives de Savigny, on peut entendre la voix, lire les mots, appréhender les gestes, les rires ou les chagrins, minutieusement décrits, s'imprégner de l'univers de ces jeunes prolétaires de façon tout à fait inédite, par le biais de l'entretien d'arrivée, de l'enquête sociale, des notes quotidiennes rédigées par les éducateurs, des cahiers d'expression écrite où les garçons répondent à des questions ouvertes, sans proposition de réponse, le plus souvent seuls – ce qui évite l'émulation d'une salle commune qui aurait pu influencer sur leur spontanéité³¹ –, comme « Parlez-nous des filles », « Comment voudriez-vous que soit la femme que vous voudriez avoir plus tard ? », « Aimeriez-vous être une fille ? », etc. Comme le relève Mathias Gardet, « l'engrenage judiciaire et l'expertise auxquels ces jeunes sont soumis à un moment donné de leur existence constituent une opportunité pour l'historien en créant l'archive et rendant bavards des gens qui normalement laissent peu de traces »³².

II. Les pratiques et sociabilités gays juvéniles

- 23 Précisément, ces rares traces permettent de reconstituer les pratiques amoureuses, intimes, sexuelles de ces jeunes gays parisiens de classes populaires, ainsi que leurs

sociabilités. Je m'intéresserai ici à trois aspects spécifiques des trajectoires gays : la fréquentation du « milieu » comme élément de socialisation gay, le *coming out*, et enfin les amours entre garçons/hommes.

A. Un « entre-soi » gay

- 24 Au cours du xx^e siècle, Paris s'impose comme la capitale gay de l'Europe. Depuis la Belle Époque s'y développe un important monde gay³³. Dans les années 1950, au moins symboliquement, Saint-Germain-des-Prés en constitue la scène principale qui se déplace au cours des décennies suivantes vers la rue Sainte-Anne, pour se poser enfin dans le Marais à l'aube des années 1980. La rencontre des pairs joue un rôle de socialisation essentiel pour beaucoup, et la fréquentation du « milieu », véritable césure dans les parcours biographiques gays, offre une liberté et un refuge face aux agressions, arrestations, persécutions et autres surveillances³⁴.
- 25 Ainsi, à la fin des années 1940, Théodore, dix-sept ans, aurait une « très grande tendance à la pédérastie » selon les éducateurs, qui notent que le garçon, après avoir fréquenté « assidûment les bars et la société masculine des Champs-Élysées », ne recherche la compagnie que « de camarades ayant le même point de vue que lui sur la sexualité ». Théodore revendique cet entre-soi gay, indiquant ne fréquenter et ne choisir « ses amitiés que parmi les jeunes homosexuels »³⁵. De même, Arthur, dix-huit ans, est un garçon « sociable », « quoique cette sociabilité est sélective et ne s'adresse qu'à des sujets eux-mêmes assez efféminés ou reconnus comme homosexuels »³⁶.
- 26 En 1957, Maxime, un lycéen « très déluré pour un garçon de quatorze ans », ne serait « pas viril du tout ». « Il découche, [...] fréquente des pédérastes, [...] s'échappait ces derniers temps par la fenêtre ou faisait entrer [des hommes au domicile familial] »³⁷.
- 27 Même si certains garçons prennent par la suite leur distance avec le « milieu » gay, comme Antoine, cette socialisation marque durablement les modes de vie, produisant un fort sentiment d'appartenance communautaire ou identitaire. Le garçon, âgé de dix-sept ans, fréquentait souvent les « clubs privés » : « Ce sont des garçons comme moi, plutôt des rivaux que des camarades. Vous savez, dans ce milieu-là, il y a une mentalité très spéciale »³⁸.
- 28 D'ailleurs, les mots utilisés par les jeunes gays pour se désigner reflètent une évolution vers un langage plus masculin. Finis les « invertis », « pédales », « tantes », « tantouzes », « tapettes » et autres « tarlouzes ». Les garçons eux-mêmes se définissent surtout comme « pédé » dès les années 1940 ou 1950, et comme « homosexuel » dès les années 1960, la première dénomination étant initialement une insulte, la seconde un terme médical négatif, que les intéressés se réapproprient.

B. Se dire publiquement en tant que gay

- 29 Dans les histoires de vie gays, il est un événement tout à fait spécifique que les parcours hétérosexuels n'ont pas à connaître : le *coming out* – terme qui n'est jamais employé à l'époque. Il revêt deux sens : celui de la reconnaissance pour soi de son identité, parfois après avoir lutté contre, qui passe par la découverte du monde gay, et celui – que l'on connaît plus couramment – de la révélation de son homosexualité, notamment auprès de ses proches. Les travailleurs sociaux s'étonnent de ce que des garçons pourtant issus de familles « idéales », où le père tient son rôle de chef de famille, où la mère sait rester

en retrait sans être complètement effacée, où les enfants ont reçu une bonne éducation, de l'affection et n'ont matériellement manqué de rien, se disent publiquement gays. C'est le cas d'Aimé qui affirme en 1962 : « Je suis homosexuel et je ne veux pas en changer ». Sa mère indique à l'assistante sociale qu'elle et son mari sont « des commerçants honorables [...] pas comme les gens qu'on voit dans les tribunaux ». Elle cherche alors des explications psychologiques : « C'est un caractériel, tous les médecins que j'ai vus me l'ont dit et m'ont assuré qu'il n'y a rien à faire ». Pour elle, Aimé est un « emmerdeur »³⁹.

- 30 Néanmoins, parler de soi publiquement n'est pas fréquent pour les jeunes gays d'alors. La révélation, volontaire ou non, de l'homosexualité d'un fils n'est pas chose aisée, notamment pour la famille parce que cela renvoie dans l'imaginaire social à la clandestinité, à la souffrance, à la solitude, au vice, à la pathologie, ainsi qu'à cette question lancinante de la norme. En 1968, la mère d'un lycéen de dix-sept ans indique que son fils Christophe « est un bon élève, un gentil garçon auquel elle a toujours donné l'exemple du courage et du travail » et qu'elle ne peut pas « croire qu'il a fait ça » : « J'aurais mieux aimé qu'il soit un voleur, je ne veux plus le voir ». Christophe a fugué, découché et eu des relations sexuelles avec des garçons de son âge, ainsi qu'avec quelques majeurs. Son père ne signale pas sa disparition, l'ayant pourtant aperçu un soir à la terrasse d'un bar de Pigalle. Il évoque « la crainte du scandale » et les « réactions violentes » de sa femme⁴⁰.
- 31 Mais dès 1949, pour Paul, dix-sept ans, « la pédérastie est normale ». Ce n'est « ni un crime ni un délit ». À ses yeux, les gays « ne portent pas préjudice à la société [à qui il refuse] le droit d'arrêter un mineur homosexuel ». « Il n'a pas honte », précise l'éducateur qui conclut qu'il n'a décidément « aucun sens moral »⁴¹.
- 32 En 1964, Pierre quitte la HLM parentale de Malakoff pour s'installer seul à Paris, à l'hôtel : « Nous, les pédés, nous sommes des êtres normaux et puis on ne nous changera jamais ». Placé au COPES de Paris, Pierre revendique publiquement son homosexualité : « Je suis un pédé, je le sais, mais je suis bien comme je suis »⁴².
- 33 En 1967, Armand, dix-huit ans, fils de cafetiers-buralistes du Faubourg Saint-Denis, est placé au COPES de Paris « à la suite d'une fugue du domicile paternel, de son oisiveté et de sa fréquentation de milieux homosexuels », lit-on dans son dossier. Les parents, très attachés à leur fils, supportent mal « le milieu dans lequel il évolue », ces « clubs de débauchés [et de] brebis galeuses ». Questionné, Armand affirme son homosexualité comme une évidence : « Je fréquente des homosexuels car je suis homosexuel depuis longtemps [...]. Je me sens très mal à l'aise avec les gens qui ne sont pas de mon milieu. Je suis comme ça depuis que je suis né. [...] Me sortir de Paris, c'est me rendre malheureux ». Pour la psychologue, le garçon a des « valeurs morales particulièrement faussées », mais le psychiatre y voit un « homosexuel confirmé » dont la place n'est finalement pas au COPES de Paris, car le garçon est « fin », « sensible », « organisé dans son homosexualité » et a « une liaison sentimentale érotique satisfaisante », ainsi que des « projets socialisés ». Armand évoque ses rapports avec les garçons hétérosexuels du COPES : « Je sais que ça se voit tout de suite que je suis homosexuel, je n'y peux rien, alors je vais me faire charrier par tous ». Mais les éducateurs notent qu'il fait des efforts auprès de ses camarades « pour s'expliquer », considérant qu'on ne peut pas le comprendre « sans savoir ce qu'est l'homosexualité »⁴³. Cette pédagogie « par le bas » a sans doute aussi permis de lutter pas à pas contre les préjugés gayphobes.

C. Flirts & amours gays

- 34 Libéré des risques de grossesse non-désirée, le flirt entre garçons/hommes est moins contraint par les normes de genre ; aucun script ne vient l'encadrer. La rencontre gay s'économise l'étape de la découverte de l'autre sexe. Là où la drague hétérosexuelle suppose que les garçons doivent faire preuve de technique pour séduire les jeunes filles, la séduction entre garçons/hommes se contente souvent d'un simple échange de regards ou de sourires, y compris dans l'espace public. Bien que directe, la drague gay paraît plus consensuelle. Parmi ses lieux traditionnels, les pissotières tiennent une place iconique. Philippe, un élève gardien de la paix de vingt-deux ans, raconte qu'en 1963 il y a fait la connaissance de Jules, un lycéen de presque dix-huit ans : « Pris du besoin d'uriner, j'ai arrêté ma voiture à proximité d'une vespasienne. Je suis rentré dans l'urinoir et alors que j'avais commencé à uriner, un jeune homme est entré également et tout de suite a sorti sa verge et l'a exhibée en me regardant avec insistance. Voyant que je ne réagissais pas, il s'est penché vers moi et m'a pris le sexe dans la main »⁴⁴.
- 35 Rarement, les amours gays intéressent les autorités policières ou judiciaires, pas plus que les travailleurs sociaux ou les praticiens des sciences du psychisme, renvoyant l'homosexualité masculine le plus souvent à sa dimension strictement sexuelle. L'idéal masculin des jeunes gays est à chercher entre les lignes de leurs récits, notamment dans leurs réponses aux questions posées au COPES telles que « Si vous pouviez choisir vous-même votre meilleur ami, comment voudriez-vous qu'il soit ? », ou « Décrivez votre meilleur camarade ». Alexandre, pour qui « les filles, la question ne se pose pas », dresse ainsi le portrait de son « ami » idéal : « Mon meilleur camarade a des cheveux bien coupés, un costume à la dernière mode, des chaussures modernes, c'est un garçon sympathique, qui n'embête personne, il est toujours sérieux. Il fait exactement le même métier que le mien, il est coiffeur pour dames [...]. Le soir, on se retrouve à la porte d'Orléans et on rentre ensemble à la maison »⁴⁵.
- 36 Les éducateurs sont néanmoins contraints d'observer et de décrire dans leurs écrits professionnels de réels moments de tendresse entre garçons. En 1948, Théodore, un apprenti-photographe de dix-sept ans déjà évoqué, est souvent triste mais « lorsqu'il se retrouve avec son camarade Arthur, il change complètement, il rit et chahute avec celui-ci »⁴⁶. Déjà évoqué également, Arthur, lui, a dix-huit ans. Il est cuisinier. C'est un « homosexuel notoire » : « À toutes les récréations, Arthur l'attend près de la porte et aussitôt commence sur un banc une conversation galante. Au réfectoire, Arthur a pour lui des attentions charmantes et le dévore des yeux. Sur les rangs, Théodore lui fait un geste d'au revoir avec sa main [...] Ils semblent très épris l'un de l'autre [...] Arthur était allongé sur un banc, la tête sur ses genoux. [Un éducateur] lui fait une réflexion, il dit : "Il n'y a rien de mal", avec un air candide et tout à fait naturel »⁴⁷.
- 37 Dans les années 1960, certains jeunes gays indiquent même leur désir de se marier avec leur « ami », terme alors le plus utilisé pour désigner la conjugalité gay. Rares sont ceux qui, comme James, évoquent leur « petit ami »⁴⁸, ou bien comme Aimé, un jeune adolescent de seize ans déjà évoqué, qui a « un mari de dix-neuf ans »⁴⁹.
- 38 Si aucun profil physique précis ne semble finalement se dégager des portraits que dressent les garçons de leur idéal masculin, tous plébiscitent majoritairement des garçons ou des hommes blancs. Les Maghrébins sont également fréquemment cités par les jeunes gays comme étant désirables, beaucoup plus souvent que les Asiatiques ou les

Noirs. À l'instar des filles hétérosexuelles, certains jeunes gays fantasment aussi sur les « idoles » masculines du moment, Johnny Hallyday en tête. En 1962, un éducateur rapporte : « Un garçon me dit : vous auriez été là à midi, vous vous seriez marré. Aimé nous a dit qu'il avait couché avec Johnny Hallyday, et il a dit à [l'éducateur] : "Ce n'est pas ma faute, je ne peux pas me passer d'hommes". Même que [l'éducateur] est devenu tout rouge »⁵⁰.

- 39 Les traces laissées par ces jeunes gays montrent leur liberté de parole et d'action au cœur de cet empan en apparences peu propice à l'expression des désirs gays.

Conclusion

- 40 Au vrai, deux écueils sont à éviter.
- 41 D'abord, l'idée que les mentalités auraient grandement évolué après 1968, moment qui constituerait une rupture – les historiens ne le croient plus, nos contemporains encore, influencés par des discours médiatiques sans cesse rebattus, entretenus, alimentés, sur la « libération sexuelle » qui n'a de libératrice et de révolutionnaire que le nom⁵¹. Les quatre décennies qui suivent la Seconde Guerre mondiale, et ce même après les événements de « 68 », s'inscrivent dans la continuité. Seuls changent les mots, la manière de parler de l'homosexualité, désormais plus influencés par les sciences du psychisme. Ce n'est pas rien. Les jeunes gays de classes populaires parlent. C'est indéniable. Et vivent leur vie. C'est certain. Mais l'homosexualité masculine reste une déviance, à tout le moins une façon marginale de vivre ses amours et sa sexualité, au moins jusque dans les années 1980-1990, jusqu'à l'épidémie du sida qui ouvre la voie à de nouvelles revendications autour de la conjugalité gay⁵² et à davantage de normalisation sociale⁵³, auxquelles inconsciemment les jeunes gays au COPES de Paris ont contribué.
- 42 Second écueil, corollaire du premier : l'idée que le climat sociétal d'avant « 68 » aurait empêché l'expression publique de tout désir entre garçons/hommes et qu'il aurait fallu attendre la « révolution sexuelle » pour que les gays cessent, soudainement, comme par magie, de « raser les murs ». Là encore, il s'agit d'une vision erronée qui renvoie sans doute à des questionnements en termes de classe sociale, et donc à des effets de sources, les archives judiciaires donnant la parole aux jeunes gays de classes populaires. Par ailleurs, longtemps, au moins jusque dans les années 1970, l'absence relative de visibilité collective des gays, et surtout l'absence de revendications publiques, participent d'une certaine labilité des pratiques et des identités. À l'inverse, sans doute en raison de la vulgarisation des savoirs psychanalytiques, psychiatriques, psychologiques et sexologiques, la visibilité croissante de formes de sexualités jusque-là considérées comme déviantes contraint les garçons à se raconter, à se ranger, par injonction mais aussi par revendication, dans la catégorie « homosexualité »⁵⁴, au sein d'un monde sexuel désormais pensé comme exclusivement binaire. Dorénavant, pratiquer l'homosexualité, c'est être homosexuel⁵⁵. C'est aujourd'hui une évidence pour beaucoup de nos contemporains. Pourtant, encore dans les années 1950 et 1960, les archives du COPES de Paris montrent la forte proportion de garçons hétérosexuels ayant des pratiques entre pairs, souvent consenties, parfois accidentelles ou occasionnelles, sans que les normes de genre ne soient véritablement remises en cause, et dans lesquelles la question du désir reste finalement prédominante⁵⁶. Comme l'avait remarqué le sociologue du droit Pierre Lascombes, le droit doit-il venir dire nos amours

et nos désirs ? Dire leur légitimité ?⁵⁷ Doit-il les classer, hiérarchiser, disqualifier en termes de genre ou de sexualité, notamment au nom d'un prétendu ordre naturel ou symbolique, ou encore d'un quelconque fondement anthropologique ?

- 43 Très longtemps, le consentement, sans doute à ce jour la seule clef de voûte d'une société réellement égalitaire et libérée sur le plan intime, sentimental et sexuel⁵⁸, a été ignoré au profit de discours naturalistes, quels qu'aient été leurs auteurs et leurs prescripteurs. Encore faudrait-il que le législateur puisse lever les ambiguïtés ontologiques de cette notion tellement vaporeuse qui charrie désir, droit, fantasme et morale⁵⁹.

NOTES

1. Notons toutefois depuis 2018 les thèses d'histoire en cours de R. Jaouen, sous la direction d'E. Mailänder, Sciences Po Paris, dont la recherche est consacrée aux pratiques et contrôles de la sexualité entre hommes à Paris des années 1920 au début des années 1980, et de S. Landrieux, sous la direction de F. Tamagne, Université de Lille, dont le travail porte sur les gays dans le département du Nord des années 1890 aux années 1980.
2. A. Corbin, *Le monde retrouvé de Louis-François Pinagot. Sur les traces d'un inconnu, 1798-1876*, Paris, Flammarion, 1998.
3. M. Zancarini-Fournel, « Écrire une histoire populaire de la France », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 67, 2020, p. 47-62.
4. G. Barbedette et M. Carassou, *Paris Gay 1925*, Paris, édition Non-Lieu, 1981, réédition 2008, p. 9. Sur l'invention du terme « gay », je renvoie à l'historien G. Chauncey, *Gay New York. 1890-1940*, Paris, Fayard, 2003 (1994), notamment p. 29-37.
5. A. Farge, *Le goût de l'archive*, Paris, Seuil, 1989.
6. A.-C. Rebreyend, *Intimités amoureuses. France, 1920-1975*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2008.
7. M. Sibalis, « The Regulation of Male Homosexuality in Revolutionary and Napoleonic France, 1789-1815 », *Homosexuality in Modern France*, dir. J. Merrick et B. T. Ragan, New York, 1996, p. 80-101 ; T. Pastorello, « L'abolition du crime de sodomie en 1791. Un long processus social, répressif et pénal », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 112-113, 2010, p. 197-208.
8. A. Idier, *Les alinéas au placard*, op.cit.
9. J. Danet, *Discours juridique et perversions sexuelles, 19^e et 20^e siècles*, Nantes, Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université de Nantes, 1977 ; M. Boninchi, *Vichy et l'ordre moral*, Paris, Presses universitaires de France, 2005.
10. W. A. Peniston, *Pederasts and others. Urban culture and sexual identity in nineteenth century Paris*, New York, Harrington Park Press, 2004 ; R. Revenin, *Homosexualité & prostitution masculines à Paris, 1870-1918*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; F. Tamagne, *Le Crime du Palace : Enquête sur l'une des plus grandes affaires criminelles des années 1930*, Paris, Payot, 2017 ; R. Jaouen, *L'inspecteur & l'« inverti »*. *La police face aux sexualités masculines à Paris, 1919-1940*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2018.
11. T. Shepard, *Mâle Décolonisation. L'"homme arabe" et la France, de l'indépendance algérienne à la révolution iranienne*, Paris, Payot, 2017.
12. Loi n°82-683 du 4 août 1982 abrogeant l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal.

À ce sujet, lire notamment V. Blanchard et R. Revenin, « La sexualité des filles et des garçons dans le Paris d'après-guerre, du Code pénal de 1810 aux lois du genre », *Criminocorpus. Revue hypermédia d'histoire de la justice, des crimes & des peines*, dossier, 2018 [« Mauvaises filles ». *Déviantes et délinquantes, 19^e-21^e siècles*], <http://journals.openedition.org/criminocorpus/3760>. Notons que l'ordonnance n° 45-1456 du 2 juillet 1945 fait passer en amont la « majorité sexuelle » pour les relations hétérosexuelles de 13 ans à 15 ans. La « majorité sexuelle » était fixée à 13 ans depuis 1863.

13. M. Boninchi, *Vichy et l'ordre moral*, *op.cit.* ; M. D. Sibal, « Homophobia, Vichy France, and the "Crime of Homosexuality". The Origins of the Ordinance of 6 August 1942 », *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 8-3, 2002, p. 301-318.

14. J. Danet, « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence françaises », *Homosexualités & droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, dir. D. Borrillo, Paris, Presses universitaires de France, 1999 (1998), p. 99.

15. R. Revenin, *Une histoire des garçons et des filles. Amour, genre & sexualité dans la France d'après-guerre*, Paris, Vendémiaire, 2015, p. 48-52.

16. H. Duffler-Vialle, « Les sexualités des mineurs sous le contrôle du juge pénal aux XIX^e et XX^e siècles », *Criminocorpus. Revue hypermédia d'histoire de la justice, des crimes & des peines*, 2020 [L'enfance au tribunal. Enjeux historiques, perspectives contemporaines], <http://journals.openedition.org/criminocorpus/6974>.

17. Pour une approche quantitative de la répression de l'homosexualité adulte en France de 1945 à 1982, lire J. Gauthier et R. Schlagdenhauffen, « Les sexualités "contre-nature" face à la justice pénale. Une analyse des condamnations pour "homosexualité" en France (1945-1982) », *Déviance & Société*, 43-3, 2019, p. 421-459.

18. Le délit d'outrage public à la pudeur, qui n'est en rien défini et est donc essentiellement le fruit de la jurisprudence, est visé à l'article 330 du Code pénal. Lire à ce sujet M. Iacub, *Par le trou de la serrure : une histoire de la pudeur publique, XIX^e-XXI^e siècle*, Paris, Fayard, 2008.

19. Les mesures d'assistance et d'éducation des mineurs en état de vagabondage, qui en théorie dépenalisent l'errance des mineurs, sont visées dans le décret du 30 octobre 1935 « relatif à la protection de l'enfance ». L'exposé des motifs indique ceci : « [...] En vertu de la loi du 24 mars 1921, qui règle actuellement la situation des mineurs en état de vagabondage, ces mineurs sont considérés comme des délinquants et déférés aux juridictions répressives. Il nous a paru nécessaire, en vue d'assurer de façon plus humaine et à la fois plus efficace, la protection et le relèvement des mineurs abandonnés, de substituer aux dispositions de la loi de 1921 un régime nouveau comportant un ensemble de mesures d'assistance et d'éducation. Tel est l'objet du décret ci-joint que nous avons l'honneur de soumettre à votre haute approbation [...] ». Sur ce sujet, lire notamment O. Golliard, « Dépénaliser le vagabondage ? L'impact relatif du décret-loi d'octobre 1935 », *Criminocorpus. Revue hypermédia d'histoire de la justice, des crimes & des peines*, 2014 [Savoirs, politiques et pratiques de l'exécution des peines en France au XX^e siècle], <http://journals.openedition.org/criminocorpus/2761>.

20. J.-J. Yvoret, « Vagabondage des mineurs et politique pénale en France de la Restauration à la République des Ducs », *Les âmes mal nées. Jeunesse et délinquance urbaine en France et en Europe (XIX^e-XX^e siècle)*, dir. J.-C. Caron et al., Besançon, Presses universitaires de Franche-Comté, 2008, p. 63-83.

21. L. Bantigny, *Le plus bel âge ? Jeunes et jeunesse en France de l'aube des Trente Glorieuses à la guerre d'Algérie*, Paris, Fayard, 2007.

22. La législation sur le droit de correction paternelle, de moins en moins utilisé depuis la fin du 19^e siècle, est modifiée avec le décret-loi du 30 octobre 1935 « relatif à la protection de l'enfance » : le châtement fait place à l'amendement de l'enfant, l'incarcération au placement, mais sur le principe, la puissance paternelle subsiste, même si le père outragé dans ses droits est désormais devenu un parent déficient qu'il faut assister, ce qui était déjà le cas dans les faits depuis la fin du XIX^e siècle. Lire à ce sujet P. Quincy-Lefebvre, « Une autorité sous tutelle. La

justice et le droit de correction des pères sous la Troisième République », *Lien social & Politiques*, 37, 1997, p. 99-108. L'historien du droit Bernard Schnapper évoque quant à lui un « texte surprenant par sa timidité face à l'évolution des mœurs », B. Schnapper, « La correction paternelle et le mouvement des idées au 19^e siècle (1789-1935) », *Revue Historique*, 263-2, 1980, p. 319-349.

23. Je les cite ainsi : Savigny, prénom modifié du garçon, année d'arrivée au COPES. Lorsque je les ai consultés sur place en 2006 et 2007, les dossiers individuels nominatifs du COPES de Savigny-sur-Orge n'étaient ni cotés ni versés aux archives départementales de l'Essonne. L'intégralité du fonds a depuis lors intégré les collections départementales, en 2017 pour les derniers versements.

24. Y compris chez les jeunes garçons hétérosexuels, qui connaissent souvent des initiations entre pairs, sans que cela n'impacte finalement leur orientation sexuelle ultérieure : R. Revenin, « La "fabrique" des garçons. Hétérosexualité, jeunesse & masculinité dans le Paris populaire des années 1960 », *Revue d'histoire de l'enfance "irrégulière"*, 23, 2021, p. 223-240.

25. R. Revenin, *Une histoire des garçons...*, op.cit., p. 158-159, p. 162-163.

26. J.-J. Yvarel (dir.), présentation du dossier « Les "bagnes d'enfants" en question. Campagnes médiatiques et institutions éducatives », *Revue d'histoire de l'enfance "irrégulière"*, 13, 2011, p. 15-23.

27. J. Cotxet de Andreis, « L'engagement du juge des enfants dans l'action sociale », *Rééducation*, 57, 1954, p. 9-19.

28. Sur ces jeunes « FMA », lire M. Gardet et M. Sifi, « Français Musulmans d'Algérie (FMA). Jeunes isolés en métropole dans les années 1950 », *Pratiquer les frontières. Jeunes migrants et descendants de migrants dans l'espace franco-maghrébin*, dir. F. Lorcerie, Paris, CNRS Éditions, 2010, p. 97-118.

29. Les expressions « jeunesse qui va bien » et « jeunesse qui va mal », très mobilisées par l'historienne F. Tétard, proviennent d'une déclaration en 1959 de M. Herzog, haut-commissaire à la Jeunesse et aux Sports, dans laquelle il se revendique alors « ministre de toute la jeunesse ».

30. M. Gardet (dir.), présentation du dossier « Paroles libres, paroles captives. Lectures des dossiers de jeunes placés », *Revue d'histoire de l'enfance "irrégulière"*, 11, 2009, p. 14.

31. V. Blanchard et M. Gardet, *La parole est aux accusés. Histoires d'une jeunesse sous surveillance, 1950-1960*, Paris, Textuel, 2020.

32. M. Gardet, « Pâtés et tâches à la plume sergent-major. Les trésors enfouis des cahiers d'écoliers de jeunes délinquants », *Revue d'histoire de l'enfance "irrégulière"*, 11, 2009, p. 123.

33. R. Revenin, « L'émergence d'un monde homosexuel moderne dans le Paris de la Belle Époque », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 53-4, 2006, p. 74-86.

34. M. Pollak, « L'homosexualité masculine, ou le bonheur dans le ghetto ? », *Communications*, 35, 1982, p. 37-55.

35. Savigny, Théodore, 1949.

36. Savigny, Arthur, 1949.

37. Savigny, Maxime, 1957.

38. Savigny, Antoine, 1965.

39. Savigny, Aimé, 1962.

40. Savigny, Christophe, 1968.

41. Savigny, Paul, 1949.

42. Savigny, Pierre, 1964.

43. Savigny, Armand, 1967.

44. Savigny, Jules, 1963.

45. Savigny, Alexandre, 1962.

46. Savigny, Théodore, 1949.

47. Savigny, Arthur, 1949.

48. Savigny, James, 1964.

49. Savigny, Aimé, 1962.

50. Savigny, Aimé, 1962.
51. R. Revenin, *Une histoire des garçons...*, *op.cit.*, p. 7-19.
52. M.-A. Schiltz « Un ordinaire insolite. Le couple homosexuel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 125, 1998, p. 30-43 ; P. Adam, « Bonheur dans le ghetto ou bonheur domestique ? Enquête sur l'évolution des expériences homosexuelles », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 128, 1999, p. 56-67.
53. C. Broqua et P.-O. de Busscher, « La crise de la normalisation. Expérience et condition sociales de l'homosexualité en France », *Homosexualités au temps du sida. Tensions sociales et identitaires*, dir. C. Broqua *et al.*, Paris, éd. ANRS, 2003, p. 19-33.
54. J. Jackson, *Arcadie. La vie homosexuelle en France de l'après-guerre à la dépénalisation*, Paris, Autrement, 2009.
55. R. Revenin, *Une histoire des garçons...*, *op.cit.*, p. 323-325.
56. R. Revenin, « Hétérosexualité ? Homosexualité ? Mouvance des identités et des pratiques sexuelles chez les adolescents masculins dans la France des Trente Glorieuses », *Hétéros. Discours, lieux, pratiques*, dir. C. Deschamps *et al.*, Paris, EPEL, 2009, p. 193-204.
57. P. Lascousmes, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de quinze ans par une personne de même sexe », *Homosexualités & droit. De la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, dir. D. Borrillo, Paris, Presses universitaires de France, 1999 (1998), p. 109-121.
58. M. Iacub, *Le crime était presque sexuel, et autres essais de casuistique juridique*, Paris, EPEL, 2002 ; *Ead.*, *Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle ? Conte sociologique*, Paris, Flammarion, 2002 ; R. Ogien, « L'incohérence des critiques des morales du consentement », *Cahiers de recherche sociologique*, 43, 2007, p. 133-140.
59. R. Revenin, « Sexualité juvénile dans le Paris populaire. De la Libération à la "libération sexuelle" », *Ornicar ? Revue du champ freudien*, 54, 2020, p. 75-88.

RÉSUMÉS

Dans un contexte juridique et sociétal en apparence particulièrement hostile aux vécus gays, durant cet intervalle qui court de l'immédiat après-guerre à la fin des années 1960, le présent article, construit à partir de riches dossiers individuels nominatifs produits par l'Éducation surveillée, s'intéresse à la prise en charge des jeunes gays par la justice des mineurs, ainsi qu'aux pratiques et sociabilités gays juvéniles populaires parisiennes (définitions et affirmation publique de soi, relations amoureuses et sexuelles).

In a legal and social context that particularly appears hostile to gay lifes, during this moment which runs from the immediate post-war period to the end of the 1960 s, this article based on rich individual nominative files produced by *Éducation surveillée* (Ministry of Justice) is interested in the care of young gays by the Juvenile Justice system, as well as in popular Parisian young gay practices and sociabilities (self-definition and public self-affirmation, romantic and sexual relationships).

INDEX

Mots-clés : classes populaires, études sur le genre, gays, Paris, justice pour mineurs

Keywords : working class people, gender studies, gay men, Paris, juvenile justice

AUTEUR

RÉGIS REVENIN

Historien

Université Paris Cité

Cerlis – CNRS – UMR 8070

CHS – CNRS – UMR 8058

<https://cv.archives-ouvertes.fr/regis-revenin>

Dossier : Genre, histoire et droit

IV. Combattre l'ordre juridique genré (et racialisé)

Le projet émigrionniste de Mary Ann Shadd (1823-1893)

Quel(s) rôle(s) pour le droit dans l'émancipation des Noires américain-es ?

Anne-Charlotte Martineau

Je tiens à remercier Lionel Zevounou, Stéphanie Hennette-Vaucher et Florence Renucci pour leurs commentaires, et les évaluateurs pour leurs suggestions. Les traductions de l'anglais sont les miennes.

Introduction

- 1 Dans les manuels contemporains de droit international public, l'abolition de la traite négrière et de l'esclavage est encore présentée comme l'aboutissement d'un combat vaillamment mené aux XIX^e et XX^e siècles par des juristes européens et américains – généralement des hommes blancs – pour libérer les personnes asservies. L'historiographie du droit international interroge depuis quelques années cette image hagiographique de la discipline¹, mais les objets étudiés restent encore des processus juridiques (tels que la conclusion des traités internationaux ou le fonctionnement des institutions transnationales mises en place pour juger les navires négriers²) desquels les esclaves étaient délibérément exclues. Dans cet article, je souhaite privilégier une approche « intersectionnelle »³ et faire de la « femme noire »⁴ le centre de sa propre histoire, plutôt qu'une figure accessoire dans une histoire de l'abolition de la traite négrière et de l'esclavage menée par des hommes occidentaux. Dans la lignée des travaux de Henry J. Richardson, qui a montré que les Afro-Américain-es ont historiquement incarné et exprimé leurs intérêts dans un vocabulaire qui se voulait « international »⁵, j'examinerai l'engagement de Mary Ann Shadd (1823-1893) contre l'esclavagisme. Je me concentrerai sur son ouvrage au titre long et quelque peu énigmatique : *A Plea for Emigration, or Notes of Canada West, in its Moral, Social, and Political Aspect: with Suggestions Respecting Mexico, West Indies, and Vancouver's Island for the Information of Colored Emigrants* [ci-après, *A Plea for Emigration*]⁶. Dans quelle mesure la

« positionnalité »⁷ de Mary Ann Shadd, c'est-à-dire son expérience de vie, a-t-elle informé sa pensée politico-juridique, et vice versa ?

- 2 Revisiter l'histoire du droit international au prisme de l'intersectionnalité n'en est qu'à ses débuts⁸. Certes, les recherches sur l'histoire du droit international se sont intensifiées depuis trois décennies, mais c'est d'abord et avant tout le passé impérial du droit international – et ses répercussions actuelles – qui ont intéressé les spécialistes⁹. Un débat méthodologique est également apparu¹⁰. Martti Koskenniemi et Anne Orford ont beaucoup écrit sur la façon dont nous décidons, implicitement ou explicitement, de ce qu'il faut inclure et exclure dans le contexte que nous reconstruisons¹¹. Ce n'est que plus récemment, grâce à des initiatives telles que « Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces »¹² menées par Immi Tallgren, que les spécialistes de droit international ont commencé à s'attaquer à un angle mort de l'histoire de leur discipline, à savoir le rôle qu'ont joué les femmes, aussi bien comme sujets de droit international que comme forces créatrices du droit international¹³. Il en va de même pour l'entreprise qui consiste à revisiter l'histoire du droit international au prisme de la race¹⁴. Dans un numéro spécial consacré exclusivement à ce sujet et publié dans une revue de droit américaine en 2021 sous le titre « Transnational Legal Discourse on Race and Empire », l'un des participant·es au symposium, Christopher Gevers, est revenu sur le moment-clé de l'institutionnalisation du droit international dans le dernier quart du XIX^e siècle pour montrer que les membres de la profession concevaient l'« international » au travers d'un « imaginaire blanc » et que ce biais racial est, aujourd'hui encore, largement répandu¹⁵.

- 3 J'ai fait la rencontre de Mary Ann Shadd au cours de mes recherches sur l'esclavage. Elle est une figure de proue des études canadiennes sur les femmes et des études critiques sur la race¹⁶. L'intérêt à son égard grandit également chez les historien·nes aux États-Unis. « La plupart des récits traditionnels et dominants de l'histoire des Noirs aux États-Unis mettent en avant et se concentrent sur des icônes telles que Frederick Douglass, W.E.B. Du Bois, Martin Luther King Jr. et Malcom X, les célébrant (à juste titre) comme des leaders inspirants et talentueux de la "race" dont les travaux ont conduit à des avancées sociopolitiques significatives pour les Afro-Américains », écrit Michelle W. Wright. Elle Ajoute alors :

Pourtant, ces histoires et biographies dominantes ne racontent pas toute l'histoire : elles ignorent ou continuent d'ignorer l'histoire remarquable et presque unique des écrits et de l'activisme des femmes noires dans la lutte initiale pour l'abolition, puis pour l'ascension socio-économique. Plutôt que de jouer (comme on le suppose ou l'affirme souvent) des rôles marginaux axés principalement sur les droits et les difficultés des femmes, Sojourner Truth, Maria Steward, Harriet Tubman et Mary Ann Shadd Cary ont joué un rôle central et essentiel, que ce soit par leur activisme, leur organisation, leur mentorat ou leurs contributions intellectuelles, afin de fournir des analyses perspicaces de l'intolérance raciale au niveau individuel et au niveau de l'État, accompagnées d'arguments et de stratégies puissantes pour obtenir le suffrage universel¹⁷.

- 4 Cette tendance est encore plus marquée en droit. En effet, Mary Ann Shadd est encore largement inconnue des juristes, alors même qu'elle est la deuxième femme racisée à avoir obtenu un diplôme de droit aux États-Unis. Née en 1823 au Delaware, un petit État de la côte est des États-Unis, Mary Ann Shadd est la première des treize enfants de Harriet et Abraham Shadd. Tout comme ses frères et sœurs, elle est scolarisée par des Quakers, ces derniers étant les seuls à offrir une éducation aux enfants racisés. Ses parents n'étaient pas des esclaves ; ils étaient nés libres. Bien que sa famille ne fit pas

partie de l'élite noire (son père était cordonnier), elle faisait indéniablement partie d'un groupe privilégié de personnes racisées libres qui jouissaient d'un certain degré d'indépendance économique et d'autonomie personnelle. Ceci dit, le Delaware était un État esclavagiste et le fait d'être libre ne signifiait pas que Mary Ann Shadd était à l'abri de discriminations raciales. Comme le suggère Jane Rhodes, « les Shadd étaient en mesure d'être radicalisés par les expériences de ségrégation et de discrimination, sans pour autant en être paralysés »¹⁸. Dès son plus jeune âge, Mary Ann Shadd suit son père dans les réunions des cercles abolitionnistes. Elle va ensuite aller plus loin, dans tous les sens du terme : elle émigre au Canada, crée des écoles mixtes dans des petites villes de campagne défavorisées, puis fonde un journal dans la tradition de la presse noire. Elle se marie tardivement (selon les standards de l'époque) avec Thomas F. Cary, déjà père de trois enfants d'une union précédente. Subissant de multiples revers au sein de la communauté racisée canadienne, elle retourne vivre aux États-Unis après la guerre de Sécession avec ses deux enfants. Elle s'investit alors dans la lutte pour l'obtention du droit de vote aux femmes et devient une suffragette importante. C'est à ce moment-là qu'elle s'inscrit à l'université Howard, avec son frère cadet, pour y étudier le droit.

- 5 Dans cet article, je souhaite montrer que Mary Ann Shadd est intéressante pour les juristes, malgré son entrée tardive à la faculté de droit, en étudiant ses rapports multiples et contradictoires vis-à-vis du droit. Elle cherche tour à tour à s'émanciper par le droit, avec le droit et contre le droit, et ce, à des degrés différents et avec des succès variés. En ce qui concerne l'émancipation par le droit, Mary Ann Shadd est une « Noire libre » et non une esclave, ce qui lui permet de travailler et de circuler dans les États de l'Union. Cependant, ce statut ne fait pas pour autant d'elle une citoyenne américaine et elle ne jouit pas du droit de vote¹⁹. Lorsqu'elle émigre au Canada, elle fonde en toute légalité un journal pour soutenir la lutte contre l'esclavage, ce qui fait d'elle la première femme à fonder un journal dans la tradition de la presse noire au Canada²⁰. Cependant, elle cache son identité pendant plusieurs années en raison de son genre. Quant à sa volonté de s'émanciper contre le droit, elle est visible dans le fait que Mary Ann Shadd soutient les activités du chemin de fer clandestin (*Underground Railroad*), en participant notamment à la défense de ses proches qui ont hébergé des esclaves en fuite²¹. Cependant, il lui est interdit de participer plus activement à des actions de rébellion²².
- 6 Ce sont ces types de liens complexes entre identité sociale sous le prisme intersectionnel (femme « noire libre »), émancipation et droit que je souhaite explorer. Pour cela, je partirai de la position de Mary Ann Shadd en Amérique du Nord au milieu du XIX^e siècle et de ses propres catégories émiqes (esclavage, colonialisme et liberté). Dans *A Plea for Emigration*, Mary Ann Shadd défend un projet d'émigration vers le Canada en mobilisant des notions juridiques et notamment des notions de droit international. Cela peut paraître étonnant puisque le droit international de l'époque faisait plus « partie du problème »²³ en matière d'esclavage et de discrimination raciale qu'il ne le résolvait. Elle appelle ses compatriotes à fuir, comme elle, les États-Unis du fait que l'esclavage y est juridiquement admis. Cependant, elle récuse la « mission civilisatrice » que les Noires sont censées endosser en colonisant le Libéria – la notion de « mission civilisatrice » ayant sa propre histoire en droit international (I). Mary Ann Shadd participe à un mouvement plus vaste au sein duquel une partie des Noires américaines libres sont en quête d'autodétermination – là encore, une notion relevant

du droit international. Au sein de ce mouvement, elle se distingue dans la mesure où « elle ne correspond pas aux attentes contemporaines que nous avons de ce que devrait être une abolitionniste radicale, une féministe ou une nationaliste noire »²⁴. Elle plaide non pas pour la création d'une « nation noire » mais pour une émigration de masse au Canada, dont l'attrait réside principalement en ce que les Noires seraient sous protection du plus grand Empire de l'époque. Elle estime qu'il vaut mieux vivre au sein d'une colonie britannique où l'esclavage a été aboli que dans un État indépendant mais esclavagiste (c'est-à-dire, les États-Unis). À l'appui de son argumentation, elle vante la « virilité » de son projet. Par son parcours et sa pensée, Mary Ann Shadd nous invite à revisiter les rapports entre colonialisme, souveraineté et liberté (II).

I. « Quittez cette République maudite par l'esclavage »

- 7 C'est en 1852²⁵, à l'âge de 29 ans, que Mary Ann Shadd publie *A Plea for Emigration*. Cela fait un peu moins d'un an qu'elle s'est établie à Windsor dans la province du Haut-Canada, une colonie britannique correspondant à l'actuelle partie méridionale de l'Ontario. Elle y travaille en tant qu'institutrice, ce qui était considéré comme une profession respectable pour une femme de couleur, célibataire et éduquée. Comme l'indique son titre, l'ouvrage de Mary Ann Shadd est explicitement destiné « à l'information des émigrant-es de couleur » (A). Les gens de couleur vivant aux États-Unis sont dans une « impasse », écrit-elle. « D'un côté, ils font face à une administration pro-esclavagiste, qui exerce sur eux une force dévastatrice ; d'autre part, il y a la Société américaine de colonisation qui, sous l'apparence du christianisme et de la philanthropie, appuie les efforts de l'administration américaine »²⁶. L'ouvrage de Mary Ann Shadd repose tout entier sur l'idée qu'en raison de l'administration américaine pro-esclavagiste (B) et de la Société américaine de colonisation (C), les personnes de couleur – qu'elles soient libres ou esclaves – sont piégées aux États-Unis ; elles ont tout à gagner à quitter les lieux. Autrement dit, elle plaide en faveur de l'émigration au Canada pour échapper à l'esclavage comme institution légale aux États-Unis et à la mission de civilisation au Libéria. C'est dans ce contexte *juridique* d'asservissement et de colonisation que je souhaite replacer son ouvrage.

A. Un guide destiné « aux gens de couleur »

- 8 L'objectif de son ouvrage est explicité dès l'introduction : « le désir croissant de la part des gens de couleur d'être informés sur le Canada [...] est la raison pour laquelle je publie ce pamphlet »²⁷. L'ouvrage de Mary Ann Shadd se présente, à première vue du moins, comme une compilation de type encyclopédique de données sur l'agriculture au Haut-Canada, les biens exemptés de frais de douane, le droit de succession, le fonctionnement des écoles, etc. (1). Sa publication se fait à la marge, indépendamment de la presse noire américaine dominée par les hommes et des féministes blanches qui commencent tout juste à s'organiser en mouvement axé sur le suffrage, l'éducation et l'amélioration de la condition féminine (2).

1. Des informations « impartiales » sur le Canada

- 9 Mary Ann Shadd entend fournir un aperçu objectif et « impartial »²⁸ des conditions de vie et de travail « aux Canadas »²⁹, couvrant un large éventail de questions pratiques

intéressant de potentiels émigrants. Elle écrit sur le climat du pays, la qualité des sols, le prix des terres et le rendement (« supérieur »³⁰) des cultures tout comme la qualité (« supérieure »³¹) des animaux de ferme, espérant que son auditoire américain étudierait ces informations et les évaluerait à l'aune de ses connaissances de l'agriculture et des coûts similaires aux États-Unis. Elle aborde aussi la qualité des écoles publiques et la participation des Noires dans les Églises du pays. Pour tous ces sujets, elle vante les mérites de la vie au Haut-Canada, n'hésitant pas à enjoliver certains aspects, dont le climat « sain et tempéré »³² de la région, et à insister sur l'absence de discrimination raciale³³ – alors même que la réalité, à commencer par celle de Mary Ann Shadd, est toute autre³⁴. Il ne s'agit pas pour autant d'une description naïve. En reprenant les codes de la littérature blanche de son temps, Mary Ann Shadd veut inciter les Noires américaines à émigrer vers le Canada. Elle met ce mimétisme littéraire au service de son idéal politique.

- 10 Ainsi, au lieu de le qualifier de « tract de propagande décomplexé »³⁵, il me semble plus intéressant de suivre la démarche de Phaniel Antwi, professeur de littérature anglophone et titulaire de la chaire de recherche du Canada sur les arts et épistémologies noirs à l'Université de Vancouver. Il propose tout d'abord de resituer l'ouvrage de Mary Ann Shadd parmi un *corpus* de littérature spécifique au XIX^e siècle et constitué de guides ou pamphlets pour de potentiels colons (blancs). « *A Plea for Emigration* occupe une place inhabituelle dans l'histoire littéraire » explique-t-il. « D'un certain point de vue, on peut dire qu'il appartient à un genre d'écrits qui s'est répandu au XVIII^e siècle et a continué pendant une grande partie du XIX^e siècle : le guide du colon, destiné à informer les candidats à l'immigration des conditions de vie dans telle ou telle partie de l'Amérique du Nord »³⁶. La majorité des auteurs·trices de ces publications décrivaient de manière élogieuse la vie en Amérique du Nord, minimisant certains éléments tels que la rudesse de l'hiver. D'autres, en revanche, brossaient un tableau beaucoup moins rose de la vie dans la colonie britannique afin d'atténuer les « vaines espérances suscitées dans l'esprit des personnes crédules qui recherchaient un confort et un bien-être supérieurs sur le continent américain »³⁷. Les auteurs·trices des deux types de description de la vie en Amérique du Nord avaient tendance à être des parties intéressées, soit en s'efforçant de favoriser l'émigration (et elles espéraient souvent, d'une manière ou d'une autre, en tirer profit), soit en s'attachant à freiner l'émigration, souvent par crainte que la Grande-Bretagne ne perde ses travailleurs qualifiés au profit des possibilités séduisantes du « Nouveau Monde ».
- 11 L'ouvrage de Mary Ann Shadd diffère toutefois de ces guides pour colons, et ce, à deux titres. Alors que la plupart des ouvrages visant à informer les candidat·es sur les conditions de vie canadiennes s'adressaient à de potentiels émigrants blancs de Grande-Bretagne ou d'Europe continentale, celui de Shadd a pour auditoire les personnes de couleur vivant aux États-Unis. Son ouvrage se distingue également des autres pamphlets dans la mesure où il s'inscrit dans le contexte de l'histoire tumultueuse de l'esclavage aux États-Unis. « Si *A Plea for Emigration* mérite une place de choix dans cette tradition centenaire de la littérature d'émigration », reconnaît Phaniel Antwi, « il est au moins aussi important de replacer l'ouvrage dans le contexte de l'histoire de l'esclavage et de l'abolitionnisme »³⁸. Dans les années 1850, on le verra, l'émigration, l'exil et la recherche d'une vie meilleure hors du sol américain étaient plus que jamais d'actualité pour une grande partie de la communauté noire.

2. Une publication chez un éditeur blanc

- 12 Avant d'en examiner les raisons, je voudrais faire remarquer que Mary Ann Shadd publie son ouvrage chez George W. Pattison, un éditeur abolitionniste blanc de Philadelphie. Cela lui vaudra d'acertes critiques de la part de Henri Bibb (1815-1854), un ancien esclave de Louisiane qui avait émigré au Haut-Canada et qui avait fondé le premier journal noir du pays, *Voice of the Fugitive*³⁹. En tant que « premier leader des communautés noires de l'Ontario du sud-ouest »⁴⁰, il était furieux qu'elle n'ait pas publié chez lui. Il soutenait qu'il s'agissait d'une erreur politique : non seulement l'argent de Mary Ann Shadd n'était pas dépensé dans sa propre communauté, mais cette publication contredisait aussi sa propre rhétorique anti-américaine et d'autosuffisance noire⁴¹. Les raisons de son choix n'ont jamais été explicitées, mais on peut penser qu'elle ne voulait (ou ne pouvait) pas faire publier son texte par les militants noirs du Canada en raison de la critique qu'elle faisait de ceux-ci dans son ouvrage (y compris de Henri Bibb). Cette anecdote me permet d'introduire la complexité des rapports entre les catégories de race, de classe et de genre, et ainsi de rendre plus intelligibles les positions de Mary Ann Shadd.
- 13 En effet, Mary Ann Shadd ne bénéficiait pas (encore ?) du soutien de l'élite noire masculine de Philadelphie, de sorte qu'elle ne pouvait pas se tourner vers eux pour publier son ouvrage. Il peut être bon de rappeler que les abolitionnistes blancs et noirs se divisèrent dans les années 1830 sur les moyens d'atteindre leur objectif commun, à mesure que les années passaient et qu'il apparaissait que la philosophie de persuasion morale (« *moral suasion* ») des disciplines de William Lloyd Garrison (1805-1879) avait atteint ses limites. La radicalisation du mouvement fut en grande partie le fait des activistes de couleur qui « n'avaient rien à perdre »⁴². Ils organisèrent des Conventions nationales – la première date de 1830 – et créèrent des journaux noirs dont les principaux thèmes étaient le combat pour l'abolition de l'esclavage, l'égalité et l'amélioration de la condition des Noirs libres⁴³. Les femmes de couleur étaient tout d'abord exclues de ces *fora*⁴⁴. C'est Frederick Douglass (1818-1895), qui avait fui l'esclavage du Sud et qui devint l'un des leaders noirs les plus connus de son époque, qui changea la donne. En 1848, il fit la rencontre de Elizabeth M'Clintock (1817-1886), qui l'invita à la Convention pour les droits des femmes devant se dérouler quelques mois plus tard à Seneca Falls, dans l'État de New York. Sa participation à la Convention révéla son engagement en faveur du suffrage féminin. Dans le journal anti-esclavagiste *North Star* qu'il avait lui-même fondé, il écrit : « En ce qui concerne les droits politiques, nous sommes d'avis que le droit de vote des femmes est un droit fondamental. [...] Notre doctrine est que "le droit n'a pas de sexe" »⁴⁵.
- 14 Avec quelques autres hommes faisant partie de l'élite culturelle, économique et politique de la communauté noire libre, Frederick Douglass a permis aux femmes de couleur d'accéder à la presse. Cependant, comme le relève l'historienne Martha S. Jones, « ils n'avaient pas envisagé que les femmes utilisent la presse pour critiquer et remettre en question le leadership masculin. Ils imaginaient une relation plus complémentaire et plus compatible entre les hommes et les femmes. [Mary Ann] Shadd ne les a pas laissés se reposer confortablement sur cette anticipation complaisante »⁴⁶. Mary Ann Shadd avait déjà publié plusieurs articles de presse ainsi qu'un pamphlet de douze pages intitulé *Hints to the Colored People of the North* en 1849. Le ton de Mary Ann Shadd dans ce pamphlet était assertif et son intention, clairement politique. Critiquant les pasteurs de l'Église méthodiste pour leur obscurantisme, elle affirmait qu'il fallait

privilegier l'éducation, le raffinement moral et l'autosuffisance économique pour lutter contre le racisme et l'esclavage⁴⁷. Selon Jane Rhodes, « il s'agissait d'une démarche ambitieuse, voire peut-être même présomptueuse, pour une institutrice noire de vingt-six ans »⁴⁸. Même lorsque Frederick Douglass prendra la défense de Mary Ann Shadd en 1856 pour soutenir le journal qu'elle avait créé au Canada, ses propos seront teintés d'ambivalence. Il écrit publiquement que « nous ne connaissons pas d'égale parmi les femmes de couleur des Etats-Unis » mais aussi que « le ton de son journal était parfois âpre et plaintif »⁴⁹.

- 15 Pour autant, il était impossible pour Mary Ann Shadd de demander le soutien financier des féministes *blanches*. Lors de la première Convention annuelle des droits des femmes en 1850 à Worcester, dans l'État du Massachusetts, plusieurs militantes avaient critiqué l'idée d'une seule et unique plateforme pour combattre l'esclavage et promouvoir les droits des femmes. Certaines d'entre elles craignaient que leur mouvement ne soit compromis par l'inclusion de questions liées à l'antiesclavagisme et aux droits civiques. Lors de la Convention de 1850, une résolution appelant les déléguées à inclure « le million et demi de femmes esclaves du Sud, les plus violemment lésées et les plus violemment outragées de toutes les femmes »⁵⁰, avait suscité une vive controverse. La majorité des militantes étaient d'avis que les réunions politiques axées sur le sort des femmes n'étaient pas le lieu approprié pour aborder les questions de « couleur »⁵¹. L'une d'entre elles était Jane Swisshelm (1815-1884), abolitionniste et rédactrice en chef du *Pittsburgh Saturday Visiter*. Après la Convention de Worcester, elle s'opposa à tout effort visant à associer le combat pour les droits des femmes à l'abolitionnisme. Elle chercha à dissocier les questions de race et de sexe, affirmant que « dans une convention sur les droits des femmes, la question de la couleur n'a pas le droit d'être entendue [*has no right to a hearing*] »⁵². De telles positions racistes au sein des cercles féministes continuèrent pendant encore plusieurs décennies⁵³. Lorsque Mary Ann Shadd rejoignit en 1874 l'Association nationale pour les droits des femmes, elle avait clairement conscience de ces enjeux⁵⁴.
- 16 En 1852, décidée à se faire entendre et faisant fi des normes patriarcales en vigueur et du racisme chez les suffragettes, Mary Ann Shadd publie donc – à ses frais – *A Plea for Emigration* chez un éditeur américain blanc. Cela ne l'incite pas à l'auto-censure pour autant ; elle critique ouvertement les philanthropes blancs en interpellant son lecteur et en lui demandant si c'était « vraiment un acte bienveillant que d'envoyer de vieux agendas, de vieux romans et toutes sortes de livres obsolètes »⁵⁵ aux fugitifs du Canada. Au-delà de cette critique, je voudrais maintenant montrer que l'analyse approfondie de Mary Ann Shadd des conditions de vie canadiennes nous rappelle le sérieux avec lequel de nombreuses familles de couleur ont, avant la guerre de Sécession, réfléchi à la relocalisation en évaluant ses avantages et inconvénients potentiels. L'émigration était une problématique bien connue dans sa propre famille et plus largement au sein de la communauté des personnes de couleur libres dans les États du Nord, surtout après l'adoption par le Congrès américain de la *Fugitive Slave Law* en 1850.

B. Une critique de l'administration américaine pro-esclavagiste

- 17 C'est cette loi que Mary Ann Shadd dénonce ouvertement dès l'introduction de son ouvrage, la qualifiant d'« odieuse » puisqu'elle « a rendu la résidence aux États-Unis extrêmement dangereuse »⁵⁶. La loi de 1850 (2) est la dernière d'une longue série de

mesures législatives adoptées par une administration pro-esclavagiste qui rend littéralement la vie des gens de couleur impossible, peu importe leur statut juridique formel (libre ou esclave) (1).

1. Le *Fugitive Slave Act* de 1793

- 18 Lorsque Mary Ann Shadd publie son plaidoyer, les discriminations auxquelles les personnes de couleur font face aux États-Unis sont loin d'être récentes. Bien qu'il existe une controverse historiographique sur la nature constitutive de l'esclavage pour la nation américaine, on peut à tout le moins dire que « l'esclavage sous ses différentes dimensions (politique, sociale, économique) constituait un enjeu considérable pour l'avenir de la jeune nation »⁵⁷ dès la signature de la Déclaration d'indépendance en 1776 et la rédaction de la Constitution en 1787. L'esclavage était devenu un sujet encore plus épineux à la fin du XVIII^e siècle, lorsque cette institution s'était enracinée dans les États du Sud alors que les États du Nord l'abolissaient ou mettaient en place des mesures qui devaient conduire à sa disparition. L'une des questions qui s'est posée était de savoir comment traiter les esclaves qui s'échappaient des États du Sud pour aller vers ceux du Nord. Le *Fugitive Slave Act*, adopté par le Congrès en 1793, permettait aux propriétaires de récupérer leurs esclaves fugitifs⁵⁸. Pour cela, la loi disposait que le fait de tenter d'échapper à l'esclavage et/ou le fait d'aider d'autres personnes à le faire constituait un délit. Un juge pouvait décider seul du statut des personnes présumées être des esclaves fugitifs. En pratique, cela signifiait que non seulement les esclaves en fuite étaient mis-es en danger par la loi de 1793, mais aussi que des Noir.es libres étaient enlevés-es par des chasseurs d'esclaves qui étaient convaincus de pouvoir trouver un juge disposé à accepter tout témoignage sous serment de Blancs quant au statut d'esclave de ceux et celles qu'ils avaient capturés-es. La loi fédérale de 1793 avait été fortement contestée par les États du Nord, qui avaient adopté des législations destinées à affaiblir la loi fédérale, par exemple en exigeant des procès devant jury avant que des esclaves présumés puissent être placés sous la garde de propriétaires d'esclaves⁵⁹.

2. La *Fugitive Slave Law* de 1850

- 19 Ce que Mary Ann Shadd ne précise pas dans son ouvrage, c'est que la *Fugitive Slave Law* de 1850 faisait partie d'un dispositif juridique plus large lié à la conquête territoriale et aux tensions internes à l'Union. Une guerre avait opposé le Mexique et les États-Unis de 1846 à 1848, au cours de laquelle les États-Unis avaient acquis le gigantesque territoire de la Californie. Un traité de paix fut signé sur la base d'un compromis devant apaiser les tensions entre les États du Nord et les États du Sud. L'adoption d'une nouvelle loi sur les esclaves fugitifs était l'une des cinq dispositions du Compromis, qui devait contrer les menaces de sécession des États-Unis proférées par les propriétaires d'esclaves du Sud qui cherchaient à protéger leurs intérêts dans l'esclavage. Selon ce Compris, la Californie entrerait dans l'Union en tant qu'État libre (c'est-à-dire, dans lequel l'esclavage serait illégal) et, en contrepartie, des arrangements spéciaux seraient conclus concernant l'Utah et le Nouveau-Mexique, et les dispositions du *Fugitive Slave Act* seraient renforcées par le Congrès⁶⁰. Ce qui fut rapidement appelé le « Compromis de 1850 » devait permettre de maintenir l'équilibre entre les États esclavagistes du Sud et les États anti-esclavagistes du Nord. Et c'est à la suite de ce Compromis que le Congrès adopta la *Fugitive Slave Law*, une loi encore plus répressive que la précédente.

- 20 Composée de dix articles, la loi de 1850 renforce les mesures d'application de la loi des esclaves fugitifs de 1793⁶¹. Elle prévoit la nomination de commissaires fédéraux habilités à délivrer des mandats pour l'arrestation d'esclaves présumés fugitifs, de pair avec les juges fédéraux. L'article 4 prévoit que tous les shérifs et shérifs adjoints sont dans l'obligation de respecter les décisions des commissaires ou des juges fédéraux, sous peine d'une amende de 1 000 \$. L'article 6 prévoit une procédure sommaire où seul le témoignage du propriétaire d'esclavage est considéré comme un élément de preuve pour établir le statut d'un individu ; il est interdit aux présumés fugitifs de défendre leur cause dans le cadre d'un procès devant jury (aucun présumé fugitif n'est autorisé à témoigner pour sa défense). L'article 7 interdit à tout individu de venir en aide aux esclaves fugitifs au moyen de nourriture, d'hébergement, d'argent ou de toute autre forme d'assistance, sous peine de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 \$. Toute personne qui entrave le travail d'un agent mandaté par un propriétaire tentant de retrouver un fugitif peut aussi être accusée, ce qui revient à obliger les citoyens à aider les propriétaires à capturer leurs esclaves fugitifs. Pour inciter les commissaires à appliquer la loi, l'article 8 leur offre une prime de recouvrement (10 \$ pour chaque mandat d'arrêt émis ; 5 \$ pour chaque dossier où un mandat d'arrêt n'a pas été émis). L'article 9 autorise tout agent mandaté par un propriétaire à employer autant de personnes que nécessaire pour arrêter des esclaves fugitifs. Il leur est permis de rechercher et de capturer des esclaves présumés partout aux États-Unis, y compris dans les États du Nord où l'esclavage a été aboli. Finalement, l'article 10 autorise la diffusion publique de la description des personnes dites fugitives.
- 21 On le sait, cette loi a incité de nombreux agents à enlever, par tous les moyens possibles, des personnes de couleur, qu'elles soient ou non esclaves, pour les vendre auprès de propriétaires d'esclaves grâce à la connivence des commissaires. Les Noires libres au nord vivaient sous la menace d'être kidnappées, puis vendues comme esclaves dans le Sud des États-Unis sans recours possible. C'est à cette époque que le *Underground Railroad* prit son véritable essor, le chemin de fer clandestin désignant un réseau de routes, d'itinéraires et de refuges sûrs utilisé par les esclaves afro-américaines fuyant vers la liberté au-delà de la ligne Mason-Dixon et jusqu'au Canada⁶², où l'esclavage avait été interdit depuis l'adoption de la Loi d'abolition de l'esclavage en 1834⁶³. C'est d'ailleurs pour suivre leurs enfants et éviter d'être eux-mêmes réduites en esclavage que le père et la mère de Mary Ann Shadd avaient quitté les États-Unis en 1853. Ils étaient donc parmi les 20 000 Noires qui, entre 1850 et 1860, ont émigré au Canada⁶⁴. Toutes n'étaient pas aussi privilégiées : comme le relève Jane Rhodes, « la famille de Mary Ann Shadd faisait partie des Noirs américains libres les plus prospères qui ont décidé de chercher fortune – tant sur le plan politique qu'économique – au Canada-Ouest »⁶⁵.

C. Une alternative au projet de la Société américaine de colonisation

- 22 À ce racisme inscrit dans le droit américain s'ajoutait une autre institution menaçante pour les Afro-américaines : il s'agissait de la Société américaine de colonisation (*American Colonization Society*) et de ses activités visant à « rapatrier » les personnes de couleur libres en Afrique de l'ouest et plus précisément au Libéria. Cette campagne de colonisation, aux antipodes de l'émigration volontaire selon Mary Ann Shadd, était le

second danger qui guettait les Afro-Américaines et qui devait les décider à quitter les États-Unis en direction des Canadas.

- 23 La Société américaine de colonisation avait été fondée en 1816 par une coalition d'abolitionnistes du Nord et de politiciens du Sud qui s'entendaient pour dire que la société américaine ne serait jamais en mesure – ou ne devrait jamais être en mesure – d'accueillir toujours davantage de personnes de couleur libres. La notion de civilisation est omniprésente dans la correspondance des membres fondateurs de la Société. En 1816, par exemple, Robert Finley (1772-1817) demanda à Paul Cuffe s'il connaissait un autre lieu que la Sierra Leone pour y établir une colonie, ajoutant que « le plus grand désir de ceux qui sont intéressés par ce sujet est de donner aux personnes libres de couleur l'occasion de s'élever à leur juste niveau et, en même temps, de fournir un moyen puissant de mettre fin à la traite des esclaves et d'envoyer la *civilisation* et le christianisme en Afrique »⁶⁶. La Société américaine de colonisation avait une influence considérable ; elle comptait parmi ses membres le député Henry Clay (à l'origine du Compromis de 1850) et les futurs présidents James Monroe et Andrew Jackson. En 1820, la Société avait envoyé son premier groupe d'émigrants sur une île au large de la Sierra Leone. Mais les conditions marécageuses et insalubres de l'île avaient entraîné un taux de mortalité très élevé parmi les colons et les représentants de la Société elle-même. Le gouverneur britannique avait permis aux migrant·es de se réfugier temporairement dans une zone plus sûre en Sierra Leone, pendant que la Société essayait de trouver un territoire alternatif. En 1821, elle a envoyé un représentant pour acheter des terres à côté de la Sierra Leone⁶⁷. Avec l'aide d'un officier de la marine américaine, ce représentant a persuadé les dirigeants locaux de lui vendre une bande de terre côtière d'environ 65 km de long et 5 km de large, en échange de fournitures, d'armes et de rhum d'une valeur d'environ 300 \$. C'est ainsi que le Libéria a été créé. Un peu moins de 10 ans plus tard, en 1830, la Société avait réussi à y envoyer environ 1 400 personnes.
- 24 Pour promouvoir leur projet, les membres de la Société américaine de colonisation avaient, eux aussi, recours à des pamphlets qu'ils publiaient et dans lesquels ils expliquaient que les Noires avaient tout à gagner à aller en Afrique. L'un d'eux, « Informations pour aller au Libéria. Ce que tout émigrant au Libéria doit savoir. Réponses aux objections les plus courantes concernant le départ pour le Libéria »⁶⁸, a été publié de manière anonyme en 1848 à Washington chez l'éditeur Alexandre Printer. Par comparaison avec le ton utilisé par Mary Ann Shadd dans *A Plea for Emigration* qui se voulait descriptif, le ton utilisé par l'auteur anonyme est bien plus solennel, prescriptif et paternaliste. S'adressant aux hommes de couleur, il leur explique qu'en émigrant ils vont arriver dans un nouveau pays qui ne ressemble en rien aux États-Unis (§ 1) ; ils vont devoir travailler dur pour devenir autonomes (§ 2 et § 4) et ne pas compter sur la Société pour vivre (§ 3) mais qu'en retour, ils bénéficieront de tous les droits en tant que citoyens d'un nouvel État libre (§ 5). Ils doivent également comprendre l'importance de travailler « pour le compte de leur race » car ils sont les fondateurs d'une nouvelle nation chrétienne sur un continent barbare (§ 6). Quoi qu'il en soit, ils ne doivent pas s'inquiéter : « les amis de la colonisation sont leurs amis : c'est un plan conçu et exécuté uniquement en fonction du bien de leur race » (§ 9).
- 25 Le discours de la Société américaine de colonisation s'adaptait au public concerné. Aux esclavagistes du Sud, l'accent était mis sur l'objectif d'éliminer un élément dangereux de la population ; aux hommes du Nord et au clergé, c'est avant tout la mission de civilisation et de christianisation de l'Afrique qui était mise en avant. Cette mission de

civilisation interpellera les historien·nes du droit international, car c'est précisément l'un des arguments qui fut avancé pour justifier la colonisation de l'Afrique par les États européens dans le dernier quart du XIX^e siècle⁶⁹ ; c'est aussi au nom de « favoriser le progrès du droit international, en s'efforçant de devenir l'organe de la conscience juridique du monde civilisé » que fut créé l'Institut de droit international en 1873⁷⁰. La spécificité de la mission de la Société américaine de colonisation est qu'elle revenait, selon ses membres, à « rendre » à l'Afrique des gens pouvant contribuer à son amélioration. Rendre à l'Afrique les descendants des premiers esclaves, améliorés par le contact avec la civilisation des blancs, ne serait-ce pas une forme de compensation pour ce continent pour les torts perpétrés sur sa population ? C'était d'après eux une obligation morale pour l'Amérique que de renvoyer sa population noire en Afrique.

- 26 Mary Ann Shadd était totalement opposée au projet de la Société américaine de colonisation et à l'émigration au Libéria, pays qu'elle décrit de manière impitoyable. « L'Afrique tropicale, la terre promise des colonisateurs, leur souhaite la bienvenue d'un souffle de peste, d'un soleil brûlant et de maladies effrayantes ; elle les invite à la mort morale et physique, sous l'escorte volontaire de leurs ennemis les plus acharnés à la maison »⁷¹. Elle était préoccupée par la pratique des membres de la Société qui consistait à faire du porte-à-porte dans les quartiers noirs des villes du Nord afin de trouver des « volontaires » pour émigrer au Libéria. Elle n'était pas la seule à s'inquiéter des manœuvres de la Société américaine de colonisation. La majorité des leaders noirs s'opposaient à ce projet, qu'ils considéraient comme une façon d'éradiquer les gens de couleur libres au Nord et de poursuivre impunément l'esclavage des populations noires au Sud⁷². Comme l'a montré plus récemment Claire Bourhis-Mariotti, le projet de la Société américaine de colonisation dérivait aussi d'une volonté de mettre les Noires libres à l'écart de la population blanche et d'éviter ainsi tout risque de métissage⁷³.
- 27 En résumé, les deux phénomènes contre lesquels Mary Ann Shadd se soulève – à savoir, l'adoption de loi de 1850 et la colonisation du Libéria – constituent le point de départ de son plaidoyer en faveur de l'émigration au Canada pour les personnes de couleur. Émigrer, pour Mary Ann Shadd, c'est s'émanciper du droit esclavagiste américain et c'est s'insurger contre la « mission de civilisation » au Libéria. Mais où faut-il émigrer ?

II. À la recherche d'une « nationalité noire »

- 28 Jusqu'en 1850, le principal leitmotiv des leaders noirs américains était l'amélioration de soi (« *self-improvement* »)⁷⁴. Lors de la première Convention annuelle des gens de couleur, une motion avait été adoptée selon laquelle « l'éducation, la tempérance et l'économie sont les mieux à même de promouvoir notre élévation à un rang et à une position convenables parmi les hommes [...] »⁷⁵. Les dirigeants noirs estimaient que l'éducation ne donnerait pas seulement des opportunités concrètes à un individu, mais qu'elle ferait aussi de lui une meilleure personne. Elle permettrait également de réduire les préjugés, dont l'idée d'une déficience chez les Noirs. Mary Ann Shadd, qui avait endossé la profession d'institutrice, adhérait pleinement à cette idéologie. Elle y adhérait encore en 1852 lorsqu'elle décrit l'avenir des esclaves ayant fui les États-Unis pour se réfugier au Canada : « le bon sens naturel des fugitifs, soutenu par des écoles appropriées, finira par dévoiler la nature réelle de leurs actions et de leurs sacrifices »⁷⁶.

29 Les années 1850 constituent un tournant ; elles sont marquées « par la montée en puissance d'un nationalisme noir chez les libres de couleur qui sont désormais convaincus que tout espoir d'accès à la citoyenneté est définitivement vain »⁷⁷. La transformation morale, intellectuelle et économique des Noires n'avait pas eu l'effet escompté, à savoir « l'amélioration de la condition de la race »⁷⁸. Ceci dit, tout le monde n'était pas d'accord pour dire que l'émigration était une bonne idée. La communauté noire était profondément divisée sur la question de savoir « comment résister au mieux aux méfaits de l'esclavage »⁷⁹. Cette question faisait partie de débats plus larges sur ce qu'on appellerait aujourd'hui l'intégration vs la ségrégation⁸⁰. En publiant son plaidoyer, Mary Ann Shadd entendait s'inscrire dans ses débats, lesquels étaient jusque-là largement dominés par des hommes (A). L'activisme de Mary Ann Shadd visait donc « autant à s'assurer une place dans le mouvement qu'à trouver un nouveau lieu géographique pour les Noirs transplantés »⁸¹. Elle critique les projets alternatifs d'émigration (B) pour soutenir que le Haut-Canada – en tant que colonie britannique voisine et anglo-saxonne – était le meilleur choix possible pour les Noires américaines. Parce qu'il ne s'agit pas de présenter Mary Ann Shadd comme une héroïne⁸², je tâcherai de montrer quels étaient les angles morts de son analyse et en quoi ses prises de position pouvaient être problématiques (C).

A. Un dilemme pour le mouvement nationaliste noir : rester ou partir ?

30 « Le nationalisme noir, historiquement daté », explique Christine Chivallon, est « né dans les sociétés esclavagistes américaines [et] désigne divers courants de pensées exprimant la volonté de fonder la pleine souveraineté des peuples noirs »⁸³. Dans l'un des premiers livres consacrés à l'émergence d'un nationalisme noir aux États-Unis au XIX^e siècle⁸⁴, Wilson Jeremiah Moses observait que les idées défendues par les nationalistes noirs pouvaient être contradictoires. Certains s'engageaient à « civiliser » les Afro-Américains et les Africains en les familiarisant avec les aspects positifs des cultures dites plus avancées de l'Europe et des États-Unis, à commencer par l'éducation et le commerce (ceux qui prônaient cette approche estimaient généralement qu'ils avaient déjà profité de ce « privilège »). D'autres soutenaient que Dieu, agissant à travers l'histoire, établirait bientôt une nouvelle alliance avec les Noirs en tant que peuple élu, provoquant tout à la fois le déclin des sociétés européennes, la rédemption de l'Afrique et l'élévation de la race noire dans le monde entier⁸⁵. Plusieurs esclaves ayant fui les États-Unis pour trouver refuge au Canada reprenaient ce type de langage eschatologique, à la différence près que c'est la nouvelle destination qui constituait désormais la Terre promise⁸⁶. Mary Ann Shadd s'inscrit, quant à elle, dans le premier groupe ; c'est au nom d'un pragmatisme rationnel et de l'émancipation individuelle (1) qu'elle argumente en faveur de l'émigration au Haut-Canada, même si elle sait moduler ses arguments en fonction de son auditoire⁸⁷ (2).

1. Émigrer au Haut-Canada, un choix pragmatique d'émancipation

31 À partir des années 1830, les Noirs américains furent de plus en plus nombreux à prendre la parole – et la plume – pour évoquer leur sentiment d'appartenance à une même communauté raciale, utilisant l'expression « *black nationality* » (ou parfois « *negro nationality* »)⁸⁸. Très souvent, elle était employée par des activistes en faveur d'une

émigration physique. Frederick Douglass faisait partie de ceux qui ne soutenaient pas l'émigration des Noires, que ce soit au Canada ou ailleurs⁸⁹. Pour lui, il était plus important et plus judicieux pour les gens de couleur de protester contre l'esclavage et de faire valoir leurs droits à l'égalité en restant dans leur pays. À l'instar de Mary Ann Shadd, il était sceptique à l'égard de la colonisation au Libéria et il était aussi mis en danger par la loi de 1850, mais il ne voulait pas pour autant renoncer à sa nationalité : les États-Unis étaient sa patrie. Dans un article publié en 1849 dans le *North Star*, il dénonce vivement l'émigration des Noires américaines. « Il est vain – pire que vain – de penser à notre expatriation ou à notre fuite. Nous sommes ici, et nous y sommes pour y rester », écrit-il. « C'est notre pays ; la question que doivent se poser les philosophes et les hommes d'État du pays est la suivante : quels sont les principes qui devraient dicter leurs actions à notre égard ? »⁹⁰.

- 32 C'est à la toute fin de son ouvrage, en guise de conclusion, que Mary Ann Shadd répond à la critique formulée par Frederick Douglass. Elle avance deux arguments pour soutenir l'idée que l'émigration au Haut-Canada conduirait à l'abolition de l'esclavage aux États-Unis. Tout d'abord, parce qu'en raison de leur proximité, les émigrant-es pourraient apporter une aide aux esclaves américaines, soit directement (via le chemin de fer clandestin), soit indirectement (en envoyant des biens matériels, en plaidant pour leur cause publiquement, etc.). Ensuite, parce qu'une émigration massive des personnes de couleur libres depuis les États-Unis affecterait l'institution de l'esclavage en empêchant son expansion, ce qui faciliterait à terme son abolition. Elle clame haut et fort que « l'émigration est le moyen le plus efficace pour empêcher que l'esclavage ne s'installe en terre libre »⁹¹. Puis elle conclut :

Les personnes de couleur libres ont constamment rejeté tout projet rationnel d'émigration, dans l'espoir qu'en restant aux États-Unis, un miracle renversant l'esclavage serait accompli. *Les faits sont là*. Davantage de territoires ont été cédés à l'esclavage, la loi sur les esclaves fugitifs a été adoptée, et plusieurs États libres ont pris des mesures qui affectent sérieusement leur liberté personnelle [...]»⁹².

- 33 « Les faits sont là ». Ce n'est pas la première fois que Mary Ann Shadd s'adressait à Frederick Douglass et qu'elle lui reprochait son manque de pragmatisme. « Nous devrions faire plus et parler moins »⁹³, lui avait-elle répondu en 1848 lorsqu'il avait demandé à ses lecteurs-rices des suggestions pour améliorer les « conditions misérables » des Noires libres. Mary Ann Shadd était une militante qui avait très concrètement foulé la terre canadienne et qui faisait l'expérience réelle de ce lieu. Elle avait créé une école ouverte à tous les enfants, indépendamment de la couleur de leur peau (« *of all complexions* »), dans une commune pauvre de Windsor – école qu'elle cherchait par ailleurs à maintenir à flot par tous les moyens. Ne pouvant pas obtenir de la part des parents d'élèves un défraiement minimal, elle avait fait appel à l'*American Missionary Association*, une association protestante blanche qui soutenait et aidait les structures d'instruction dédiées aux Noires. Elle avait convaincu l'association d'embaucher également le révérend McArthur, espérant que sa présence (blanche) inciterait les parents (blancs) à inscrire leurs enfants à son école. Non seulement cet espoir ne s'était pas matérialisé mais, ce faisant, elle s'était mise à dos une partie de la communauté racisée de Windsor qui s'opposait de plus en plus aux activités menées par les missionnaires blancs⁹⁴.
- 34 L'un des arguments que Mary Ann Mary développe longuement en faveur de l'émigration aux Canadas est qu'il n'y avait pas là-bas de ségrégation scolaire (« *separate school* »⁹⁵). C'est un argument qui lui est cher : en tant qu'institutrice aux États-Unis,

elle avait observé pendant dix ans comment le droit était mobilisé pour limiter les possibilités d'accès à l'éducation aux Afro-Américain·es. Il n'est pas certain que Mary Ann Shadd savait, en ouvrant sa propre école à Windsor, qu'elle mettait les pieds dans un débat houleux, à savoir si les enfants noirs du Canada devaient être éduqués dans des écoles ségréguées ou intégrées. L'égalité en matière d'éducation au Canada était peut-être inscrite en droit, mais elle n'existait pas en pratique⁹⁶. L'hostilité de Henri Bibb et sa femme Mary Bibb (1820-c.1880)⁹⁷ ne fit qu'augmenter à son égard. Au cœur de leurs divergences se trouvait un différend idéologique sur les stratégies à adopter pour améliorer la condition des Noir·es au Canada, sachant que l'aide philanthropique n'était pas infinie. Cet enjeu financier fut particulièrement criant dans le cas de la *Refugee Home Society*, formée en 1852 pour créer des colonies (« *settlements* ») pour les anciens esclaves dans le Haut-Canada. Cette association prévoyait d'acheter 50 000 acres de terres agricoles près de Windsor, qu'elle vendrait ensuite séparément aux anciens esclaves par parcelles de 25 acres. Dirigée depuis le Michigan, la *Refugee Home Society* était administrée localement par Henry et Mary Bibb, qui en faisaient la promotion via leur journal *Voice of the Fugitive*. Mary Ann Shadd s'opposait à ce projet, qui représentait pour elle un séparatisme racial et qui maintenait les esclaves dans une position de mendiant·es (« *beggers* »). Tout comme Frederick Douglass, elle croyait dans l'idée d'ascension raciale (« *racial uplift* »), ce qui nécessitait de préserver des liens avec les Blancs. Elle était convaincue que « les Noirs avaient besoin de fonctionner au-delà de leurs propres communautés insulaires afin de pouvoir bénéficier de l'exposition à la culture, à l'éducation et aux raffinements moraux de la société occidentale »⁹⁸.

- 35 On peut lire, dans *A Plea for Emigration*, une longue critique des pratiques de la *Refugee Home Society* et en particulier de la politique consistant à ne vendre des terres qu'aux anciens esclaves. Pour Mary Ann Shadd, cette politique était discriminatoire à l'égard des Noirs nés libres et cette différence de traitement était source de division pour la communauté noire. Se sentant sans doute concernée, elle prend la défense des Noirs libres qui cherchaient à obtenir plus de liberté et d'opportunités en venant au Canada. « La loi sur les esclaves fugitifs met en danger tous les hommes de couleur du Nord ; ceux qui sont libres risquent tous d'être envoyés au Sud », écrit-elle. « Ils arrivent au Canada sans ressources [...] mais ils ne peuvent pas s'installer sur les terres de la *Refugee Home Society*, pour une simple liberté nominale »⁹⁹. Son indignation est compréhensible, mais son argumentation semble ignorer ou minimiser le statut d'esclave. La *Refugee Home Society* essayait de résoudre les problèmes concrets et immédiats des esclaves fugitifs qui arrivaient en grand nombre¹⁰⁰. Il est possible qu'Henri Bibb et d'autres ayant fui l'esclavage du Sud des États-Unis aient vu Mary Ann Shadd « comme une élite privilégiée à la peau claire qui comprenait mal les difficultés qu'ils avaient rencontrées »¹⁰¹.

2. Émigrer au Haut-Canada, un choix viril

- 36 Mary Ann Shadd avance un autre argument en faveur de l'émigration, celui de la virilité. « Il serait de mieux aloi, et il y aurait infiniment plus de *vraie virilité* », écrit-elle, « si l'on demandait pacifiquement mais fermement la liberté pour l'esclave du Golfe du Mexique, plutôt que de courir misérablement d'un État à l'autre, dans une vaine tentative de recueillir les miettes de liberté qu'un balai pro-esclavagiste peut à tout moment balayer »¹⁰². La virilité était un argument couramment utilisé par les émigrionnistes noirs pour soutenir leurs projets respectifs, que ce soit en faveur

d'une émigration à Haïti (« Les émigrants américains de couleur trouveront là, aux côtés des Haïtiens, l'endroit le plus favorable à la croissance de leur virilité, jusqu'à ce qu'ils obtiennent la pleine stature d'hommes libres et indépendants »¹⁰³) ou ailleurs (« Le meilleur endroit, celui dans lequel notre virilité peut le mieux se développer, c'est l'Amérique centrale, l'Amérique du Sud et les Antilles, qui appartiennent toutes à ce glorieux continent »¹⁰⁴). Il était courant de lire dans les « lettres ouvertes »¹⁰⁵ de l'époque que l'émigration, tout comme l'émancipation, accorderait aux hommes noirs « les bénéfices de la masculinité »¹⁰⁶, c'est-à-dire l'indépendance économique, le droit de vote et la possibilité d'être le *pater familias* d'une famille respectable¹⁰⁷.

37 Or le langage de la virilité était aussi employé par des partisans de l'émigration au Libéria, notamment par ceux qui avaient émigré là-bas et qui relataient leurs expériences. Né à Saint-Thomas, une île des Antilles danoises, Edward Wilmot Blyden (1832-1912) était arrivé aux États-Unis en 1850 pour y poursuivre ses études, ce qui lui avait été refusé. À New-York, il fréquenta un cercle de presbytériens proches de la Société américaine de colonisation qui le convainquit en 1852 de poursuivre ses études au Libéria afin de « civiliser l'Afrique ». En 1860, il devint le gouverneur de la colonie libérienne¹⁰⁸. À ce titre, Edward Wilmot Blyden se rendit aux États-Unis à maintes reprises entre 1861 et 1865 afin d'attirer des investissements pour la jeune république africaine. Devant la *Maine State Colonization Society* en 1862, il affirme ne pas voir « d'autre solution à la question des Noirs aux États-Unis que celle proposée par la Société de colonisation, à savoir le transfert de ces personnes en Afrique et la construction d'un empire africain respectable et puissant »¹⁰⁹. Cette solution est bénéfique pour les émigrants également, argumente-t-il en utilisant un langage masculiniste. Chaque Noir « est placé dans la position élevée d'un acteur, car ses paroles et ses actes seront désLe rôle de déléguée a été toléré pour Mary Ann Shadd, mais elle n'a pas été citée dans les débats, n'a été nommée dans aucune commission et n'a signé aucune résolution. Janes Rhodes estime néanmoins que la présence historique de Mary Ann Shadd à cette réunion a constitué une victoire pour les femmes noires qui avaient travaillé dans l'ombre pour l'abolition.ormais ressentis par ceux qui l'entourent », explique-t-il. « Une conscience de l'importance de l'individu, qu'il n'avait jamais connue auparavant, s'empare de lui » puisque « tous les sentiments qu'inspire sa nouvelle position sont du côté de l'indépendance et de la virilité »¹¹⁰. La virilité signifiait devenir un homme à part entière, ce dont un Noir ne pouvait faire l'expérience aux États-Unis.

38 La virilité est une notion à laquelle Mary Ann Shadd n'hésite pas à recourir pour en faire un usage fort personnalisé, notamment lors de la *Colored National Convention* de 1855. Mary Ann Shadd était la seule représentante du Canada à être invitée à cette Convention et l'une des deux seules femmes présentes, « ce qui avait créé une certaine agitation »¹¹¹. Malgré le soutien de Frederick Douglass et Charles Lenox Remond (1810-1873), Mary Ann Shadd n'avait pas pu obtenir le statut officiel de déléguée (23 votes contre, 3 pour), sous prétexte que la Convention « n'était pas une Convention pour les droits des femmes »¹¹². Elle parvint néanmoins à faire un discours en faveur de l'émigration au Canada. Ce discours fut remarqué par le révérend William J. Watkins (1503-1858), correspondant du *Frederick Douglass' Paper*, qui fit l'éloge aussi bien du contenu du discours que du physique de Mary Ann Shadd : son discours « était l'un des discours les plus convaincants et les plus éloquents. [...] Les yeux de Miss Schadd sont petits, pénétrants et assez rapides lorsqu'elle parle »¹¹³. Dans son discours, malgré – ou

peut-être à cause de – ce sexisme¹¹⁴, Mary Ann Shadd s'approprié la notion de virilité pour soutenir ses arguments. S'incluant dans la Convention par l'emploi de la première personne du pluriel, elle réfute l'idée que l'émigration diviserait la communauté noire au nom de la virilité :

Certains craignent que les divergences d'opinion existant au sein de notre peuple en ce qui concerne certaines questions publiques ne se révèlent désastreuses. Nous n'avons pas de telles craintes. Ce ne serait pas une marque de *virilité* de notre part que de simplement suivre la pensée de tout homme qui prétendrait être un chef parmi nous, ou qui voudrait nous dominer. Nous confessons volontiers que nous ne voulons pas d'une union aux dépens d'une pensée et d'une action libres et indépendantes¹¹⁵.

39 Mary Ann Shadd n'était pas la seule femme de couleur à jouer un rôle dans le mouvement nationaliste noir. Avec Sojourner Truth, Harriet Tubman, Frances Ellen Watkins Harper, etc., elles forment « une constellation de femmes afro-africaines du XIX^e siècle qui, chacune à leur manière, ont transgressé les conventions pour se faire entendre »¹¹⁶. Mary Ann Shadd semble avoir eu peu de contact avec Harriet Tubman ou Sojourner Truth, même si elle n'hésitait pas à reprendre leurs propos dans les articles qu'elle signait (anonymement) dans son journal, le *Provincial Freeman and Daily Advertiser*, qu'elle avait créé en 1853. On sait aujourd'hui que ces deux femmes « étaient faciles à exotiser pour un public blanc préoccupé par leur analphabétisme et leur statut d'esclave. En même temps, elles étaient vénérées par un public noir épris de leurs actes et de leur courage »¹¹⁷. Mary Ann Shadd semble avoir eu davantage de contact avec Frances Ellen Watkins Harper, dont elle fit la rencontre pour la première fois en 1853. Plusieurs poèmes de Frances Ellen Watkins Harper furent publiés dans *The Provincial Freeman and Daily Advertiser*. Pour autant, il ne semble pas y avoir eu de véritable alliance entre elles, Mary Ann Shadd consacrant la plus grande partie de son énergie aux activités d'édition et de rédaction. Lorsqu'elle décida de révéler son identité en 1854, la réaction de ses lecteurs-trices fut mitigée. Un an plus tard, en raison des difficultés qu'elle rencontrait à obtenir des subventions malgré ses nombreuses démarches en ce sens, elle renonça à la direction du journal, la laissant à l'un de ses frères. Dans un éditorial, elle explique que c'est en raison des attaques sexistes répétées qu'elle renonçait à son poste (« *editor of the unfortunate sex* ») et elle appelle ses lecteurs-trices à être plus « attentionnés » avec son successeur masculin¹¹⁸. Bien qu'elle ait été extrêmement frustrée par ce qu'elle percevait comme étant de la réticence voire du mépris des femmes noires à son égard, elle les invite dans cet éditorial à suivre ses pas et à poursuivre le combat dans un langage ouvertement genré : « Aux femmes de couleur, nous avons quelque chose à vous annoncer : nous avons brisé le plafond de verre éditorial »¹¹⁹.

40 Trois ans plus tôt, pourtant, en 1852, Mary Ann Shadd ne s'était pas adressée aux femmes ; il est en effet frappant de constater à quel point les femmes sont occultées dans *A Plea for Emigration*. Était-ce volontaire ? Cherchait-elle à convaincre les hommes d'émigrer au Canada par un langage pragmatique et viril, sachant qu'ils viendraient avec leurs familles ? Ou estimait-elle que les hommes libres étaient plus menacés que les femmes dans les États du Nord, de sorte qu'il fallait s'adresser à eux en priorité ? Indépendamment des raisons l'ayant conduit à occulter son auditoire féminin, il est clair que cherchait aussi à interpeller le groupe restreint d'hommes noirs mobilisés et reconnus socialement¹²⁰. Bien que l'ouvrage se soit peu vendu – « c'était à la fois un risque politique et un sacrifice financier »¹²¹ –, c'était un acte de défiance au sein de la

communauté racisée du Canada. Qui devait être le porte-parole de l'émigration noire au Canada ? Une femme pouvait-elle détenir un tel pouvoir ? La réponse, on va le voir, fut loin d'être univoque¹²².

B. Quelle destination pour l'émigration choisie ? L'exemple de Haïti

- 41 Dans son ouvrage, Mary Ann Shadd explore différents projets d'émigration : les Canadas (31 pages), les Indes Occidentales Britanniques (4 pages), le Mexique (2 pages) et l'île de Vancouver (1 page). À l'exception de l'île de Vancouver qu'elle plébiscite en raison de son ouverture commerciale vers l'Asie et sa distanciation de l'Afrique, la description que fait Mary Ann Shadd des autres lieux est rapide et négative¹²³. Elle ne cherche pas tant à évaluer qu'à critiquer les autres lieux potentiels. Car il y avait concurrence : en dépit des critiques proférées par les partisans du *Stay and Fight*, plusieurs projets émigrionnistes trouvèrent un second souffle dans les années 1850 au travers de l'idée d'une solidarité raciale et du concept séparatiste de « nationalité noire ». Ce que les Noirs américains libres de la première moitié du XIX^e siècle nommaient « nationalité noire » était l'idée de regrouper les membres de la communauté noire dans un endroit bien défini, où ils pourraient vivre en jouissant de tous les droits civils et politiques qui sont dus aux citoyens d'une nation¹²⁴. Plusieurs projets d'« État-nation noire » ont ainsi émergé et, à l'inverse d'une Afrique d'« origine » imposée par d'autres, le lieu constituait ici une destination choisie et un destin américain. Les porteurs de ces projets étaient les protagonistes actifs d'un mouvement de « déracinement volontaire »¹²⁵.
- 42 Dans les années 1850, le leader de la « philosophie nationaliste-émigrionniste »¹²⁶ était incontestablement Martin Robinson Delany (1812-1885). En 1852, il publia un ouvrage intitulé *The Condition, Elevation, Emigration, and Destiny of the Colored People of the United States, Politically Considered*¹²⁷. Tout en refusant de quitter le continent américain (entendu au sens large), Martin Robinson Delany estimait qu'émigrer au Canada n'était pas une bonne idée car ce territoire pouvait facilement être annexé par les États-Unis. Il évoquait plutôt l'Amérique centrale et les Antilles britanniques comme lieu possible d'émigration, indiquant que les Noirs américains pourraient y créer leur propre nation autonome. Il insistait sur le fait que les Noirs ne devaient pas compter sur les Blancs, même abolitionnistes, qu'il considérait comme des hypocrites. Ce qu'il prônait par-dessus tout, c'était l'établissement d'une « nationalité noire » en dehors de la sphère d'influence des États-Unis. Martin Robinson Delany présenta ses idées lors d'une Convention sur l'émigration qu'il organisa en 1854 à Cleveland, dans l'Ohio. Cette Convention réunit 102 délégués (tous des hommes) venus de onze États américains ainsi que du Canada (notamment Henri Bibb), « ce qui tend à prouver, sinon la popularité, du moins l'importance de l'émigration pour les Noirs libres, en cette période de renforcement de l'esclavage et de dégradation de la situation des Noirs aux États-Unis »¹²⁸.
- 43 C'est lors de cette Convention qu'Haïti fut cité comme possible pays d'émigration et que James Theodore Holly (1829-1911), un jeune épiscopalien noir, eut la responsabilité de se pencher sur la question. Il devint rapidement convaincu qu'Haïti – et non le Canada¹²⁹ – était l'endroit idéal : une République déjà « noire », prête à accueillir les Noirs américains et à devenir une sorte de « terre promise » pour la diaspora noire. En effet, Haïti fut une source d'attraction constante pour les militants noirs américains du

xix^e siècle parce qu'elle était une république, et donc un modèle de gouvernement civilisé acceptable, et parce que ses citoyens étaient noirs. « Idéalement située au cœur des Amériques, contrairement aux deux autres républiques noires (le Libéria et l'Éthiopie) situées en Afrique, un continent qui restait associé dans l'imaginaire collectif blanc (et par capillarité, dans l'imaginaire collectif noir, nécessairement influencé par les codes et valeurs de la société blanche dans laquelle les Noirs américains évoluaient) à la barbarie, la sauvagerie, et en tout état de cause, l'absence de civilisation », explique Claire Bourhis-Mariotti, « Haïti jouit auprès des Noirs américains d'un certain prestige tout au long du xix^e siècle »¹³⁰. Entre 1855 et 1862, James Theodore Holly vanta aux Noirs libres la possibilité d'une « régénération politique »¹³¹ du peuple noir sur l'île. Pour cela, il reçut le soutien de financeurs américains blancs peu favorables à leur assimilation sur le sol américain, puis le lobbyisme actif du président haïtien Fabre Geffrard (1806-1878) aidé par l'abolitionniste blanc James Redpath (1833-1891). Le nombre de Noirs à s'installer lors de cette première tentative d'émigration vers Haïti, s'il reste difficile à évaluer avec précision, fut toutefois relativement faible, probablement quelques milliers¹³².

- 44 Dans les premiers numéros de *Provincial Freeman and Daily Advertiser*, Mary Ann Shadd examine les motions votées lors de la Convention sur l'émigration pour critiquer les idées de Martin Robinson Delany¹³³. Dans un éditorial intitulé « *A Word about, and to Emigrationists* » de 1854, elle suggère que les Noirs ne sont pas mieux équipés que les Blancs pour gouverner une nation séparée – « une observation sans doute née de l'inimitié et de la rancœur qu'elle a rencontrées à plusieurs reprises dans les communautés noires du Canada ainsi qu'aux États-Unis »¹³⁴. Mary Ann Shadd refusait d'adhérer aux notions de supériorité ou de noblesse des Noirs, affirmant au contraire que « les hommes de couleur sont aussi impitoyables que les autres hommes, lorsqu'ils possèdent la même dose d'orgueil, de vanité, de méchanceté et autant, sinon plus, d'ignorance »¹³⁵. Quant au projet d'émigration à Haïti, elle le rejette totalement : les Noirs y seraient exploités dans les champs de canne à sucre, tout comme ils l'étaient aux États-Unis, et aucune nation n'accepterait docilement la domination par un groupe d'Afro-Américains. En 1861, elle se montre encore plus acerbe à l'égard d'Haïti. Elle était particulièrement inquiète par le fait que des personnes de couleur vivant au Canada, y compris les personnes âgées et les plus démunies, étaient enrôlées dans le plan haïtien avec l'attrait d'un climat chaud et de plaisirs tropicaux. Elle dénonce à de nombreuses reprises le plan haïtien comme n'étant pas conçu dans « l'intérêt supérieur d'un peuple autrefois si cruellement opprimé »¹³⁶. Elle insiste aussi sur le fait que les agents haïtiens touchaient une commission pour chaque émigrant·e qu'ils attiraient – environ 20 \$ par recrue – et que c'était donc l'appât du gain qui les motivait.

C. Le Haut-Canada, un « pays d'adoption » pour les Noir·es

- 45 « Outre les raisons évidentes de la proximité et d'une langue commune », explique l'historienne Sharon A. Roger Hepburn, « l'image du Canada comme havre de paix s'est développée à partir de trois conditions fondamentales : l'absence d'esclavage, la protection contre l'extradition et les droits civiques que le Canada offrait aux Noirs »¹³⁷. Ces arguments sont effectivement mobilisés par Mary Ann Shadd dans *A Plea for Emigration*. Même si l'ouvrage s'ouvre sur des considérations relatives au climat et à l'agriculture, c'est avant tout l'interdiction de l'esclavage dans la colonie britannique (1) et l'absence de discrimination en raison de l'égalité inscrite en droit (2) qui font du

Canada le meilleur refuge possible pour les Noires. Les avantages de résider au Canada « où l'esclavage [*chattel slavery*] n'est pas toléré et où les préjugés de couleur n'ont aucune existence », explique Mary Ann Shadd, sont tels qu'il « suffira que les hommes de couleur exercent [leurs] métiers [...] sans être inquiétés et en étant soutenus et encouragés à exercer des métiers pour lesquels ils sont qualifiés ; et à mesure que les ressources du pays se développeront, de nouveaux champs d'activité s'ouvriront à eux, ce qui les motivera encore davantage »¹³⁸. Mary Ann Shadd ne va donc pas jusqu'à la revendication d'un État propre ; elle conçoit plutôt les Noires américaines comme une entité distincte et mobile pouvant se déplacer, changer d'allégeance nationale et travailler pour améliorer les problèmes de leur race. Le Canada sera leur « pays d'adoption »¹³⁹ où ils pourront prospérer grâce à son libéralisme politique et économique.

1. L'interdiction de l'esclavage dans l'Empire britannique

- 46 La raison fondamentale pour émigrer au Canada est la suivante : contrairement aux États-Unis, le Canada en tant que colonie britannique a aboli juridiquement l'esclavage. En effet, le *Décret pour l'abolition de l'esclavage dans les colonies britanniques, pour le développement du travail des esclaves émancipés et pour indemniser les personnes ayant droit aux services de ces esclaves*, aussi connu comme la « Loi sur l'abolition de l'esclavage »¹⁴⁰, reçut l'assentiment royal le 28 août 1833 et entra en vigueur dans tout l'Empire britannique le 1^{er} août 1834. Dans son ouvrage, Mary Ann Shadd fait plusieurs fois référence à l'absence d'esclavage et à la protection accordée par Sa Majesté à tous ses sujets, indépendamment de la couleur de leur peau¹⁴¹. Peu auparavant, le 13 février 1833, Canada avait adopté une loi protégeant les esclaves en fuite de l'extradition ; cette loi les protégeait d'autant mieux qu'elle rendait le kidnapping de Noires libres passible de fortes amendes et de peines d'emprisonnement¹⁴². De fait, dans les années 1850, on recensait environ 40 colonies d'Afro-Américaines au Canada, la plupart étant installées dans la province du Haut-Canada¹⁴³. On estime qu'environ 50 000 Noires libres et esclaves en fuite émigrèrent au Canada avant le début de la guerre de Sécession.
- 47 Ceci dit, l'admiration de Mary Ann Shadd pour la Couronne britannique est si forte que son ouvrage idéalise (« *romanticize* »¹⁴⁴) le règne britannique. Or, l'Empire britannique était loin d'être tendre avec les personnes de couleur, y compris au Canada. Si l'on prend par exemple la fin du XVIII^e siècle, c'était du Canada que les esclaves noirs fuyaient, et ce, en direction de Détroit dans l'État du Michigan. En effet, l'Ordonnance du Nord-Ouest de 1787 avait interdit l'esclavage dans l'*Old Northwest*, dont le Michigan faisait partie. L'ordonnance fut interprétée par les colons américains comme signifiant que l'esclavage dans le territoire continuerait, mais que personne ne pourrait entrer dans le territoire avec des esclaves. Au même moment, le gouverneur John Graves Simcoe (1752-1806) tentait d'éliminer l'esclavage dans le Haut-Canada. Contraint par la majorité composée de propriétaires d'esclaves, il dû se résoudre à un compromis en 1793. C'est-à-dire qu'au lieu d'abolir l'esclavage, il serait désormais interdit d'importer des personnes asservies dans la province¹⁴⁵. Leur liberté étant refusée en Ontario, les esclaves de couleur prirent les choses en main. Ayant eu vent de l'Ordonnance du Nord-Ouest, ces esclaves commencèrent à traverser la rivière Détroit pour retrouver la liberté. C'est pour cette raison que, dans son étude sur l'esclavage au Haut-Canada, William Riddell écrit que « le nombre d'esclaves dans le Haut-Canada a [...] été réduit

par ce qui semble à première vue *paradoxal*, à savoir leur fuite à travers la rivière Détroit vers le territoire américain »¹⁴⁶. Par « paradoxal », William Riddell fait allusion à la vision ultérieure du Canada comme un havre de paix pour les Noires américaines et au fameux chemin de fer clandestin¹⁴⁷. En réalité, l'abolition de l'esclavage dans la colonie britannique a un passé beaucoup plus alambiqué que ne le raconte Mary Ann Shadd. Si bien que les mouvements et les migrations des Noires à travers la frontière maritime entre le Canada et les États-Unis près de Détroit furent moins unidirectionnels que ne le suggère encore aujourd'hui l'historiographie dominante¹⁴⁸.

- 48 Plus troublant encore, Mary Ann Shadd adhère fidèlement au discours britannique qui présente le Canada comme un « pays de colons [*settler country*] »¹⁴⁹. Dans ce pays, explique-t-elle, il existe une « aristocratie de naissance et non pas une aristocratie de couleur comme c'est le cas aux États-Unis »¹⁵⁰, de sorte que les Afro-américaines peuvent devenir des colons. Elle envisage le colonialisme depuis la perspective du colon et non pas celle du colonisé. Elle semble n'avoir aucune conscience de l'extermination violente des populations autochtones qui occupaient les lieux et de l'histoire de leur asservissement et assimilation forcée¹⁵¹. Si ceux et celles qu'elle appelle les « Indiens » sont parfois mentionnés dans son texte, ils sont présentés comme une nuisance de faible importance ; ils disparaissent même au moment de faire la liste de la population du Canada (à savoir, « les Anglais, les Écossais, les Français, les Irlandais et les Américains »¹⁵²). Cette disparition n'est pas un oubli : l'un des derniers arguments avancés pour soutenir le projet d'émigration au Canada est « qu'il n'y aura pas là, comme c'est le cas en Afrique, au Mexique et en Amérique du sud, de tribus hostiles qui ennuient les colons »¹⁵³. Cette dépréciation de Mary Ann Shadd est certainement à replacer dans le contexte américain, c'est-à-dire de la polarisation de la société et de la mise en opposition des populations noires et indigènes. Du côté du gouvernement fédéral américain, la politique indigéniste fut celle d'encourager les tribus amérindiennes (notamment les cinq tribus du sud-est) à pratiquer l'esclavage, affirmant que leur participation à l'asservissement des Noires allait les « civiliser »¹⁵⁴. De leur côté, le développement du travail contraint des Noires par les tribus amérindiennes fut une partie intégrante de leur stratégie dans le cadre de la lutte pour la souveraineté¹⁵⁵.
- 49 En résumé, la condition des « Indiens » du Canada constitue un point aveugle de l'analyse de Mary Ann Shadd. Son projet est de nature impériale ; il vise l'intégration de la communauté noire au sein de la population canadienne au même titre que les colons blancs antécédents.

2. L'égalité en droit (ou la foi dans le formalisme juridique)

- 50 Tout aussi important pour Mary Ann Shadd est l'argument de l'égalité formelle en droit et « l'absence de toute discrimination »¹⁵⁶. Par-là, elle entend plus précisément trois choses : que les hommes noirs peuvent travailler là où ils le souhaitent, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas limités par la couleur de leur peau mais qu'ils peuvent travailler en fonction de leurs compétences, qu'ils peuvent bénéficier des droits civils et politiques dont le droit de vote, et qu'ils peuvent prétendre à la citoyenneté après une période de résidence de trois ans. S'ils devaient subir des discriminations, ajoute-t-elle, ils peuvent aller devant les tribunaux et demander une indemnisation pour préjudice (« *get redress at law* »¹⁵⁷).

51 Cette égalité formelle était bel et bien inscrite en droit canadien, mais cela n'empêchait pas le racisme d'exister. À forcer d'insister sur l'absence de toute discrimination fondée sur la race, Mary Ann Shadd « hisse les institutions blanches comme étant le pinacle de la civilisation »¹⁵⁸. Tant et si bien que la frustration qu'elle pouvait ressentir quant aux expériences de racisme qu'elle avait elle-même vécues ou dont elle avait été témoin au Canada est retournée contre ses pairs. Ce retournement est perceptible dans *A Plea for Emigration* lorsqu'elle aborde le sujet des églises séparées qui étaient instaurées par les communautés noires. Mary Ann Shadd insiste sur le fait que cette ségrégation n'était pas obligatoire et qu'elle était « nourrie des préjugés anciens et tenaces, ainsi que de la haine des Blancs, sans exception, qui trouvent leur origine dans l'oppression américaine et qui auraient dû être laissés dans le pays où ils ont vu le jour »¹⁵⁹. Ce serait donc aux personnes de couleur de faire un effort dans leur pays d'adoption pour être sobres, respectables financièrement et, surtout, tolérantes :

Les personnes de couleur se sont vues refuser l'accès à des tavernes [...] et une distinction est faite sur certains bateaux : quoi qu'il en soit, c'est le genre de distinction qui est toujours faite entre les étrangers pauvres et les autres passagers, que ce soit dans les voitures ou les bateaux à vapeur des États du Nord... Au Canada, les personnes de couleur [...] sont parfois traitées ainsi. Il est facile d'affirmer qu'il s'agit là d'un préjugé racial [*prejudice*]. On pense évidemment toujours au préjugé ; et la conduite de beaucoup est calculée pour causer un traitement désagréable et pour rendre difficile pour les personnes bien élevées d'obtenir un logement confortable. Il existe un juste milieu entre la servilité et l'arrogance, lequel est recommandé à toutes les personnes de sens commun, de quelque rang ou de quelque couleur que ce soit ; et si les gens de couleur évitaient les deux extrêmes, il y aurait peu de cas de préjugés dont on pourrait se plaindre au Canada¹⁶⁰.

52 La ségrégation des écoles canadiennes est particulièrement emblématique des ambivalences de Mary Ann Shadd et, dirais-je, d'un certain aveuglement volontaire de sa part. Pour condamner la « tendance à la ségrégation » de certaines communautés noirs du Haut-Canada, elle cite une section d'une loi canadienne (« *Common School Act* ») et propose sa propre interprétation. Elle n'avait en aucun cas pour objectif de créer un système séparé pour les enfants de couleur, soutient-elle. Selon cette loi, il était possible pour tout groupe de douze familles (noires) de demander aux administrateurs de l'école publique locale de mettre en place des établissements d'enseignement séparés pour elles¹⁶¹. La loi de 1850 permettait effectivement aux parents noirs de choisir d'envoyer leurs enfants dans les écoles communes avec les enfants blancs ou d'avoir des écoles séparées. Or, cette loi a permis aux Canadiens blancs d'affirmer plus facilement qu'ils n'avaient pas de préjugés à l'égard des Noirs, puisque ce n'est qu'à la demande des Noirs eux-mêmes que des écoles séparées devaient être créées. Cependant, les parents (noirs) n'étaient pas en mesure de contraindre les administrateurs scolaires à accepter des élèves noires dans les écoles publiques, alors même qu'ils payaient des impôts pour financer lesdites écoles. « Apparemment destinée à protéger les droits des parents noirs et de leurs enfants, la loi de 1850 a souvent eu l'effet inverse », explique l'historienne Sharon A. Roger Hepburn. « Les fonctionnaires l'ont souvent interprétée comme signifiant que les Blancs pouvaient créer des écoles séparées sans la demande des familles noires et même contre leur volonté. Qui plus est, lorsque des écoles séparées existaient, les Blancs pouvaient exiger que les enfants noirs fréquentent ces écoles »¹⁶². En 1852, Mary Ann Shadd refuse d'admettre cette réalité. Elle souligne au contraire l'effort (dont le sien) de

« nombreuses personnes efficaces [qui] consacrent leur temps et leurs talents à l'enseignement [de ces enfants], même si elles ne sont pas assez nombreuses »¹⁶³.

- 53 Avec les années, la frustration de Mary Ann Shadd à l'égard des Blancs est devenue plus explicite. Force était de constater que les Noires se trouvaient de plus en plus ségréguées et isolées des principales institutions de la vie canadienne (les églises, les écoles, les entreprises, la politique, etc.). Bien qu'ils puissent posséder un lopin de terre, les possibilités d'emploi pour les hommes se limitaient au travail de cheminots ou aux services subalternes comme serveurs, cuisiniers, barbiers et laveurs de chaux. Même dans les villes qui avaient été considérées comme des « sanctuaires » pour les Noires quelques années auparavant, telles que Windsor et Saint-Catherine, le sentiment anti-noir était devenu beaucoup plus puissant et donc intolérable. À l'instar d'autres militantes vivant au Canada, Mary Ann Shadd a commencé à la fin des années 1850 « à exprimer publiquement sa rage face au racisme inflexible du pays »¹⁶⁴.
- 54 D'autres types de discrimination existaient et Mary Ann Shadd en fit elle-même les frais. En 1856, elle s'était mariée avec Thomas F. Cary, un barbier prospère et activiste de Toronto. Plusieurs historiennes considèrent ce mariage comme étant « la preuve la plus évidente de sa défiance à l'égard des conventions de genre »¹⁶⁵. Pourtant, à la mort de son mari quatre ans plus tard et alors qu'elle était enceinte de leur deuxième enfant, Mary Ann Shadd Cary, comme beaucoup de veuves, s'est retrouvée dans une situation financière précaire. Tous les biens de son mari avaient été transmis à ses frères, selon le droit patriarcal en vigueur à l'époque¹⁶⁶.
- 55 Malgré tout – et c'est ce sur quoi je voudrais insister –, Mary Ann Shadd n'a jamais cessé de croire à la force du droit. En 1862, elle obtient la nationalité canadienne. Lorsque la guerre éclate, elle revient aux États-Unis, tout d'abord de manière ponctuelle (en tant que recruteuse pour l'armée), puis de manière définitive après la guerre. Une série d'amendements à la Constitution américaine semblait garantir la liberté et les droits, non seulement des anciennes libres, mais aussi de plusieurs millions d'anciennes esclaves au Sud¹⁶⁷. On estime que 30 000 personnes de couleur sont ainsi revenues du Canada pour les États-Unis. On sait aussi que la portée des amendements constitutionnels fut rognée par un certain nombre de décisions de justice au fil des ans. C'est dans ce contexte qu'en 1869, à l'âge de 45 ans, Mary Ann Shadd décide d'entamer des études de droit à l'Université Howard, nouvellement créée en 1867. Son parcours universitaire est toutefois parsemé d'embûches, notamment financières, et elle n'obtient son diplôme qu'en 1883, soit quatorze ans après avoir débuté ses études¹⁶⁸.
- 56 Beaucoup se sont demandées pourquoi Mary Ann Shadd n'était pas sortie diplômée de l'Université Howard en 1871 comme son frère cadet. Ce qui m'intéresse davantage, c'est d'éclaircir son rapport au droit. Pourquoi a-t-elle décidé d'entreprendre des études de droit alors qu'elle était désormais reconnue en tant que militante et directrice d'école à Washington? Il me semble que ce n'était pas par nécessité financière mais par conviction. Tout au long de sa vie, elle avait fait l'expérience que le droit pouvait être un instrument de domination. Même une fois de retour aux États-Unis, elle n'avait pas hésité à s'opposer au droit lorsque celui-ci discriminait ouvertement les femmes noires. En effet, après que le droit de vote fut accordé aux hommes de couleur aux États-Unis (mais qu'il était toujours interdit aux femmes, toutes couleurs confondues), Mary Ann Shadd s'était présentée en 1871 à la mairie de son district à Washington en vue de s'inscrire sur les listes électorales. « La tentative d'inscription de Shadd Cary

s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie de désobéissance civile en plein essor parmi les défenseuses des droits de la femme »¹⁶⁹, explique Jane Rhodes. Mary Ann Shadd a souhaité poursuivre des études de droit pour savoir l'utiliser à des fins d'émancipation.

- 57 Plus d'un siècle plus tard, dans *The Alchemy of Race and Rights*, Patricia Williams élaborera une défense saillante du langage des droits, contre la critique radicale des *Critical Legal Studies*. En partant de sa propre expérience en tant que professeure de droit de couleur, elle montrera que l'existence de ce langage – sa propre capacité à l'utiliser – a pu la protéger des préjugés et de l'exclusion. Les droits humains ne sont évidemment pas une fin en soi, écrit-elle, mais la rhétorique des droits a été et continue d'être bénéfique, dans certaines circonstances, pour les personnes de couleur aux États-Unis¹⁷⁰. Cette conviction, Mary Ann Shadd l'aurait aussi partagée. En reprenant ses études, elle cherchait à apprendre à manier le langage du droit pour mieux combattre les injustices, le racisme et le sexisme prévalant aux États-Unis¹⁷¹.

Conclusion

- 58 Quand bien même Mary Ann Shadd n'était pas juriste au moment où elle écrit *A Plea for Emigration*, j'estime qu'un certain nombre de ses arguments permettent d'éclairer les débats qui avaient lieu au même moment au sein de la communauté noire américaine pour échapper au quotidien d'un système juridique raciste, celui des États-Unis, alors que ce pays se présentait comme progressiste sur la scène internationale. Mary Ann Shadd ne propose pas une solution très sophistiquée sur le plan juridique ; elle propose une voie pragmatique (et insatisfaisante) de sortie – celle de l'émigration au Canada – tout en refusant de se laisser embarquer dans un séparatisme ou colonialisme (type l'expérience du Libéria) ou de se résoudre au *statu quo*.
- 59 Je voudrais conclure en répondant à une question plus générale : qu'est-ce que la vie et l'œuvre de Mary Ann Shadd nous apprennent-elles sur l'histoire du droit international en matière d'esclavage au XIX^e siècle ? Il me semble qu'elles nous donnent trois grandes leçons. La première, c'est de prendre au sérieux l'histoire vue d'en bas (« *history from below* »). Une telle histoire déstabilise des oppositions analytiques (national/international, esclave/libre, public/privé, etc.) qui continuent à structurer les recherches en matière d'esclavage¹⁷². Une « histoire vue d'en bas » met aussi en lumière des événements qui ne sont pas pris en compte dans le récit orthodoxe du rôle du droit international en matière d'esclavage. On pourrait par exemple s'intéresser davantage à la création du Libéria et à l'implication d'une organisation privée – qui bénéficiait du soutien militaire et politique des États-Unis – dans le développement d'un État et de ses institutions¹⁷³. Modifier la focale implique de s'éloigner des lieux communs où l'on estime communément (mais à quel titre ?) que le droit international a été élaboré. En replaçant les Afro-Américaines au centre des luttes qui ont affecté leur vie, il est possible d'enrichir l'histoire du droit international en matière d'esclavage¹⁷⁴.
- 60 La deuxième leçon, c'est d'inviter les spécialistes de droit international à s'intéresser à ce moment particulier de l'histoire américaine où des discussions ont eu lieu sur la création d'un « État-nation noir ». Le nationalisme noir a échoué, certes. Mais les échecs sont instructifs. L'historien Floyd Miller estime que si les projets émigrionnistes d'avant la guerre de Sécession ont échoué, c'est parce que ces projets étaient élitistes et paternalistes, et parce que ceux qui les avaient conçus pensaient que les échecs des Noirs trahissaient des défauts de caractère ou un manque de

compétence¹⁷⁵. Autrement dit, ils avaient internalisé l'idéologie libérale qui fait de l'individu le seul responsable de son destin ainsi que le capitalisme comme mode de production non-racialisé¹⁷⁶. Il en est aujourd'hui autrement avec les réflexions sur le caractère structurellement racial du capitalisme¹⁷⁷. Par ailleurs, dans *Diversity and Self-determination in International Law*, Karen Knop nous invitait déjà à appréhender le concept d'autodétermination en droit international en examinant l'impact de ce concept (et de son interprétation) sur l'identité et la participation de groupes traditionnellement marginalisés¹⁷⁸. De quelles manières la subordination raciale persiste-t-elle dans un monde prétendument post-racial ? Quels sont les projets et les actions mises en place pour défier cette subordination ?

- 61 La dernière leçon, c'est de réaliser que le droit international « devrait être envisagé du point de vue des victimes les plus défavorisées et les plus maltraitées de ce même système »¹⁷⁹. Pour être juste, le droit international et ses institutions devraient œuvrer pour l'émancipation des femmes noires, comme l'exigeait déjà la Déclaration du Combahee River Collective en 1979¹⁸⁰. La vie et l'œuvre de Mary Ann Shadd nous invitent à adopter une épistémologie engagée, qui prend au sérieux ce que Patricia Hill Collins appelle les points de vue des femmes noires¹⁸¹.

NOTES

1. V. en particulier J. Allain, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Leiden, Brill, 2013 ; M. Erpelding, *Le droit international antiesclavagiste des "nations civilisées" (1815-1945)*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017.

2. J. Martinez, *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*, New York, OUP, 2012.

3. Le concept d'intersectionnalité a été introduit dans la littérature féministe qui circule en anglais il y a déjà plusieurs décennies. Kimberlé Crenshaw a proposé le concept d'intersectionnalité en 1989 afin de saisir la variété des interactions des rapports de genre et de race, au plus près de la réalité même des expériences des femmes afro-américaines. Une traduction française a été récemment faite : « Démarginaliser l'intersection de la race et du sexe : une critique féministe noire du droit antidiscriminatoire, de la théorie féministe et des politiques de l'antiracisme », K. W. Crenshaw, trad. S. Beaulieu, relecture I. Aubert et M. Bessone, *Droit et Société*, 108/2, 2021, p. 465-487.

4. Il est entendu que « femme » et « noire » sont des signifiants construits et changeants. V. J. Scott, « Gender : A Useful Category of Historical Analysis », *The American Historical Review*, 91/5, 1986, p. 1053-1075. B. Hooks, *Feminism is for Everybody. Passionate Politics*, London, Pluto Press, 2000, 140 p. A. Smedley, *Race in North America: Origin and Evolution of a Worldview*, Boulder, CO, Westview Press, 2019, 4^e éd., 402 p.

5. H. Richardson, *The Origins of African-American Interests in International Law*, Kent, Durham, Carolina Academic Press, 2008, 544 p.

6. M.A. Shadd, *A Plea for Emigration*, éd. revue par P. Antwi, Broadview Press, Peterborough, 2016, 84 p.

7. Sur le concept de positionnalité, v. S. Larcher, « Positionnalités des chercheur·e·s minoritaires. Connaître les mondes sociaux, entre rapports de pouvoir et mythe de l'objectivité », *Raisons politiques*, 89/1, 2023, p. 5-24.
8. Il en va tout autrement pour les approches féministes relatives au droit international positif contemporain. En effet, il est désormais courant de mobiliser les approches féministes pour analyser et critiquer les règles et les institutions internationales existantes, surtout chez les spécialistes de droit international évoluant dans les pays anglo-saxons. L'étude pionnière est celle de H. Charlesworth, C. Chinkin et H. Wright, « Feminist Approaches to International Law », *American Journal of International Law*, 85, 1991, p. 613-645. Pour une auto-évaluation critique, v. K. Engle, V. Nesiiah et D. Otto, « Feminist Approaches to International Law », *International Legal Theory : Foundations and Frontiers*, dir. J. Dunoff et M. Pollack, Cambridge, CUP, 2022, p. 174-197.
9. A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, CUP, 2005. J. Gathii, « Neoliberalism, Colonialism, International Governance : Decentering the International Law of Governmental Legitimacy », *Michigan Law Review*, 98, 2000, p. 1996-2055.
10. Pour un rappel des débats, v. notamment R. Cahen, F. Dhondt et E. Fiocchi Malaspina, « L'essor récent de l'histoire du droit international », *Clio@Thémis*, 18 2020, en ligne : <https://doi.org/10.35562/cliiothemis.298>.
11. V. M. Koskenniemi, « Histories of International Law : Significance and Problems for a Critical View », *Temple International and Comparative Law Journal*, 27, 2013, p. 215-240. A. Orford, *International Law and the Politics of History*, Cambridge, CUP, 2021.
12. L'ouvrage qu'elle dirige paraîtra en 2023 chez *Oxford University Press*. Il y aura dans cet ouvrage un portrait intimiste de Mary Ann Shadd rédigé par Sarah Riley Case (« Homelands of Mary Ann Shadd ») dans lequel sont explorées la tradition noire radicale (« *black radical tradition* ») et la problématique de l'effacement historique.
13. V. aussi J. Nijman, « Market Absences : Locating Gender and Race in International Legal History », *European Journal of International Law*, 31/3, 2020, p. 1025-1050.
14. Sur cette notion dans le champ juridique, v. le numéro spécial « Penser la race en juriste : lectures critiques », dir. S. Falconieri, L. Guerlain et L. Zevounou, dans la revue *Droit et société*, 109/3, 2021. Dans le champ du droit international, v. E. Román, « A Race Approach to International Law (RAIL) : Is There a Need for Yet Another Critique of International Law », *University of California Davis Law Review*, 33, 1999-2000, p. 1519-1545. Les contributions émanant du trente-quatrième symposium annuel de la *Villanova Law Review* sont également très riches. V. par exemple R. Gordon, « Critical Race Theory and International Law : Convergence and Divergence », *Villanova Law Review*, 45, 2000, p. 827-840. M. Mutua, « Keynote Address. Critical Race Theory and International Law : The View of an Insider-Outsider », *ibid.*, p. 841-853.
15. C. Gevers, « “Unwhitening the World” : Rethinking Race and International Law », *UCLA Law Review*, 67, 2021, p. 1652-1685.
16. Mary Ann Shadd est surtout connue depuis que W. E. B. Du Bois en a fait son éloge dans *Darkwater : Voices from Within the Veil*, New York, Harcourt, Brace, 1920, au chapitre 7 intitulé « The Damnation of Women ». Pour une réappropriation contemporaine, v. R. Walcott, « “Who Is She and What Is She to You ?” Mary Ann Shadd Cary and the (Im)possibility of Black/Canadian Studies », *Atlantis*, 24/2, 2000, p. 137-146.
17. M. Wright, « Feminism », *Keywords for African American Studies*, dir. E. Edwards, R. Ferguson et J. Ogbar, New York, New York University Press, 2018, p. 86-87. V. aussi *Toward an Intellectual History of Black Women*, dir. M. Bay, F.J. Griffin, M.S. Jones et B.D. Savage, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2015, p. 4, qui parlent de « résistance » dans le champ disciplinaire.
18. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary. The Black Press and Protest in the Nineteenth Century*, Indiana University Press, Bloomington, 1998, p. 5.
19. M.-J. Rossignol, « Les Noirs libres et la citoyenneté américaine dans le Nord-Ouest des États-Unis (1787-1830) », *Le mouvement social*, 252/3, 2015, p. 113-135.

20. Elle est la première femme à fonder un journal au Canada et la première rédactrice en chef racisée d'Amérique du Nord. V. J. Bearden et L. J. Butler, *Shadd : The Life and Times of Mary Ann Shadd*, Toronto, NC Press, 1977.
21. Sur les activités anti-esclavagistes dans cette région autour de la frontière canado-américaine, v., *A Fluid Frontier : Slavery, Resistance, and the Underground Railroad in the Detroit River Borderland*, dir. K. Smardz Frost et V. Smith Tucker, Detroit, Wayne State University Press, 2016, xviii-286 p.
22. Sur la rencontre entre Mary Ann Shadd et John Brown (l'auteur de la tentative d'insurrection à Harper's Ferry en 1859) lors de son passage à Chatham, v. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 129-131.
23. Pour reprendre l'expression popularisée par David Kennedy. V. D. Kennedy, « The International Human Rights Movement : Part of the Problem ? », *Harvard Human Rights Journal*, 15, 2002, p. 101-125.
24. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. xii.
25. C'est par cette phrase, citée dans ce titre, que Mary Ann Shadd rédige un article relatant ses rencontres à Philadelphie avec des Noirs libres de couleur. V. M. A. Shadd Cary, « Meetings at Philadelphia », *The Provincial Freeman*, 1857. Elle s'insurge du manque d'actions concrètes de la part des Afro-Américaines à la suite de l'arrêt rendu par la Cour suprême fédérale dans l'affaire *Dred Scott* (1857) niant toute citoyenneté américaine aux Noirs. V. *infra*, II. C.
26. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 19.
27. *Ibidem*.
28. *Ibid.*, p. 54 (Mary Ann Shadd se qualifie de « personne impartiale »). Elle indique dans son introduction que son plaidoyer constitue « un exposé des faits obtenus dans ce pays, à partir de sources fiables et d'observations Ces pages contiennent le résultat d'une longue enquête – des informations obtenues à la fois auprès d'individus et de documents et papiers dont la validité est incontestable au sein de la province », *ibid.*, p. 20.
29. Il existait deux provinces (le Bas-Canada et le Haut-Canada), raison pour laquelle Canada s'écrivait au pluriel.
30. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, par exemple p. 23, p. 28.
31. *Ibid.*, par exemple p. 29, p. 30.
32. *Ibid.*, p. 21.
33. *Ibid.*, par exemple p. 33-34.
34. V. *infra*, II. C.
35. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 43.
36. P. Antwhi, « Introduction » à M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 9-10.
37. Comme l'indique une publication anonyme de 1796 intitulée *Look Before You Leap* (Regardez avant de sauter), *ibid.*, p. 10. Les guides les plus connus dans le contexte canadien sont S. Moddie, *Roughing It in the Bosh, Or Life in the Canadas*, London, Richard Bentley, New Burlington Street, 1857 (new edition), la première édition datant de 1852, ainsi que C. Parr-Trail, *The Backwoods of Canada: Being Letters from the Wife of an Emigrant Officer, Illustrative of the Domestic Economy of British America*, London, Charles Knight, 22 Ludgate Street, 1836.
38. P. Antwhi, « Introduction », *op. cit.*, p. 10.
39. Pour un article particulièrement élogieux à son égard, v. A. Cooper, « Ever True to the Cause of Freedom. Henry Bibb : Abolitionist and Black Freedom's Champion, 1814-1854 », *Northern Terminus : The African Canadian History Journal*, 3, 2005-2006, p. 21-32.
40. A. Cooper, « A Fluid Frontier : Blacks and the Detroit River Region. A Focus on Henry Bibb », *Canadian Review of American Studies*, 30/2, 2000, p. 140.
41. V. *infra*, II. A.
42. C. Bourhis-Mariotti, *L'union fait la force : Les Noirs américains et Haïti, 1804-1893*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2016, spécialement p. 59.

43. De nombreux hommes noirs américains, libres ou esclaves fugitifs, ont aussi été employés comme conférenciers par les sociétés abolitionnistes, à l'instar de Nathaniel Paul, Charles Lenox Remond, William Wells Brown ou Frederick Douglass, et effectué des tournées en Europe, au Canada et dans la Caraïbe dans le cadre d'un réseau antiesclavagiste transatlantique, qui s'apparentait à un circuit organisé. V. R. Blackett, *Building an Antislavery Wall: Black Americans in the Atlantic Abolitionist Movement, 1830-1860*, Bâton Rouge and London, Louisiana State university Press, 1983, xii-237 p.
44. Sur les cercles littéraires lors desquelles elles lisaient et discutaient des textes politiques, v. T. Zackodnik, « "Rich thought and polished pen" : Recirculation and Early African American Feminism », *Nineteenth-Century Gender Studies* 6/2, 2010, en ligne. Hazel Carby soutient toutefois que les femmes activistes telles que Mary Ann Shadd étaient *de facto* exclues de ces cercles. H.V. Carby, *Reconstructing Womanhood: The Emergence of the Afro-American Woman Novelist*, New York, OUP, 1987, p. 6.
45. Il s'agit du premier numéro du journal. V. J. Walker, « Frederick Douglass and Woman Suffrage », *The Black Scholar*, 4/6-7, 1973, p. 24-31.
46. M.S. Jones, *All Bound Up Together. The Woman Question in African American Public Culture, 1830-1900*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2007, p. 91.
47. « Elle était brillante et son analyse des dilemmes auxquels sont confrontés les Noirs libres était pertinente. Mais elle se distinguait aussi par son intransigeance et sa volonté de s'attaquer aux dirigeants masculins ; Shadd était unique, inclassable et peut-être peu fréquentable », *ibid.*
48. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 23.
49. *Frederick Douglass' Paper*, numéro datant du 4 juillet 1856.
50. *Proceedings of the Woman's Rights Convention, Held in at Worcester, October 23rd & 24th, 1850*, Boston, Prentiss and Sawyer, 1851, disponible sur le site internet de la bibliothèque du Congrès américain : <https://www.loc.gov/resource/rbnawsa.n8286/?st=gallery>.
51. Pour de « subtiles analyses des mécaniques et des alliances, des affinités électives et des effets pervers qui constituent les femmes noires américaines en vaincues radicales de l'étrange quadrille qui règle les rapports entre hommes blancs, femmes blanches, hommes noirs et femmes noires depuis l'époque de l'esclavage », v. l'œuvre de Bell Hooks (finement retracée par E. Ferrarese dans « Bell Hooks et le politique. La lutte, la souffrance et l'amour », *Recherches féministes*, 25/1, 2012, p. 184).
52. M. S. Jones, *All Bound Up Together...*, *op. cit.*, p. 92.
53. « Lors du premier meeting pour les droits des femmes après la Guerre de Sécession, en mai 1866, les délégués de la Convention pour les Droits des Femmes décident de créer une Association pour l'Égalité des Droits qui lutterait à la fois pour le droit de vote des noirs et le droit de vote des femmes. Toutefois cette stratégie est très rapidement contestée par une partie des militants abolitionnistes et féministes. Comment accepter que les épouses des citoyens "de la race anglo-saxonne", selon les termes de la féministe Elizabeth C. Stanton, soient reléguées plus bas que les noirs, anciens esclaves, ou que les immigrés irlandais, à peine débarqués ? Certaines grandes associations féministes se déchirent et se scindent alors sur la question perverse de la prééminence « légitime » des femmes et épouses "blanches" sur les noirs et par conséquent sur les femmes « noires », excluant purement et simplement ces dernières de la catégorie "femmes" ». E. Dorlin, « *Black Feminism Revolution !* » La Révolution du féminisme noir aux États-Unis », *Genre, postcolonialisme et diversité des mouvements de femmes*, dir. C. Verschuur, Genève/Paris, EFI/AFED, L'Harmattan, 2010, p. 270.
54. V. la discussion dans J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 192-196.
55. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 38.
56. *Ibid.*, p. 19.
57. M.-J. Rossignol, « Mai-Septembre 1787 : Derrière les murs d'*Independence Hall* à Philadelphie, un débat national sur l'esclavage et la traite », *Cahiers Charles V*, 46, 2009, p. 22.

58. Pour une mise en contexte, v. C. W. A. David, « The Fugitive Slave law of 1793 and its Antecedents », *The Journal of Negro History*, 9/1, 1924, p. 18-25.
59. Pour une discussion de ces législations, v. S. Campbell, *The Slave Catchers : Enforcement of the Fugitive Slave Law, 1850-1860*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1970, p. 9-15.
60. « Outre la création des deux territoires de l'Ouest, dotés de législatures pouvant interdire, établir ou réglementer l'esclavage, le Compromis a admis la Californie dans l'Union en tant qu'État libre, résolu la controverse sur la frontière entre le Texas et le Nouveau-Mexique, garantit au Texas que les États-Unis prendraient en charge la dette du Texas, inclut une loi sur les esclaves fugitifs destinée à combler les lacunes de l'ancienne loi de 1793 et abolit la traite des esclaves dans le district de Columbia », H. Hamilton, « 'the Cave of the Winds' and the Compromise of 1850 », *The Journal of Southern History*, 23/3, 1957, p. 336. Sur le Compromis de 1850, v. aussi *The Compromise of 1850*, Department of American Studies, Wildside Press LLC, 2009, 116 p. ; H. Hamilton, *Prologue to Conflict: the Crisis and Compromise of 1850*, Lexington, University Press of Kentucky, 2005, 256 p. ; et J. C. Waugh, *On the Brink of Civil War : The Compromise of 1850 and How It Changed the Course of American History*, Wilmington, Del., Rowman and Littlefield, 2003, 217 p.
61. *Fugitive Slave Law*, Hartford, 1850, 6 p., disponible sur le site internet de la bibliothèque du Congrès américain : <https://www.loc.gov/resource/rbpe.33700200/?st=text>.
62. Parmi la littérature considérable sur le chemin de fer clandestin, v. S. Ferré-Rode, « Competing Narrative : The Underground Railroad to Canada in Historiographical Perspective », *Undoing Slavery. American Abolitionism in Transnational Perspective (1776-1865)*, dir. M. Roy, M.-J. Rossignol et C. Parfait, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2018.
63. Le droit anti-esclavagiste au Canada est examiné plus loin. V. *infra*, II. C.
64. Les chiffres exacts sont débattus. « Bien que les rapports contemporains aient décrit l'émigration consécutive à la loi de 1850 comme un "exode", les données statistiques n'indiquent pas un tel mouvement de masse », S. Hepburn, « Following the North Star : Canada as a Haven for Nineteenth-Century American Blacks », *Michigan Historical Review*, 25/2, 1999, p. 106 (qui réduit le chiffre à 10 000).
65. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 52. Le père de Mary Ann Shadd sera d'ailleurs le seul Afro-américain à obtenir un poste en politique au Canada. Ils resteront là même après la guerre de Sécession.
66. Lettre datée du 23 juillet 1816 et citée par H. B. Sherwood, « The Formation of the American Colonization Society », *The Journal of Negro History*, 2/3, 1917, p. 218. L'italique est ajouté.
67. La Société s'était justement inspiré du modèle de la Sierra Leone, une colonie établie par les Britanniques en 1787 en vue d'accueillir les loyalistes noirs libérés à la fin de la Révolution américaine mais aussi les Noirs libres indigents vivant en Angleterre.
68. *Information About Going to Liberia. Things Which Every Emigrant to Liberia Out to Know. Common Objections to Going to Liberia Answered*, Washington, Alexander Press, 1848, disponible sur le site internet de la bibliothèque du Congrès américain : <https://tile.loc.gov/storage-services/service/rbc/rbpe/rbpe21/rbpe210/21001300/21001300.pdf>.
69. L'acte général de la conférence de Berlin de 1885 est sans doute l'exemple le plus connu.
70. V. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870 - 1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, xiv-569 p. ; P.-O. De Broux, « Introduction. Nations civilisées, mission civilisatrice, droit de civilisation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 83/2, 2019, p. 35-49.
71. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 19.
72. L'ouvrage de référence sur le sujet est P. J. Staudenraus, *The African Colonization Movement, 1816-1865*, New York, Columbia University Press, 1961, ix-323 p. V. plus récemment E. Burin, *Slavery and the Peculiar Solution : A History of the American Colonization Society*, Gainesville, University

Press of Florida, 2005, spécialement p. 80-99 (qui étudie l'importance d'une autre institution, la *Pennsylvania Colonization Society*).

73. C. Bourhis-Mariotti, *L'union fait la force...*, *op. cit.*, spécialement p. 33-56.

74. F. Cooper, « Elevating the Race : The Social Thought of Black Leaders, 1827-1850 », *American Quarterly*, 24/5, 1972, p. 604-625.

75. *Minutes and Proceedings of the First Annual Convention of the People of Colour*, Philadelphia, By order of convention, 1831, p. 5.

76. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 35.

77. L. Aje et C. Bourhis-Mariotti, « Les migrations internationales des Libres de couleur des Amériques avant les abolitions de l'esclavage », *Revue française d'études américaines*, 164/3, 2020, p. 10.

78. F. Cooper, « Elevating the Race... », *op. cit.*, p. 608.

79. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 12.

80. Les Noirs « devaient-ils s'efforcer d'être acceptés dans l'Amérique blanche ou lutter pour obtenir une culture distincte et séparée ? Les installations ségréguées devaient-elles être considérées comme une fin en soi ou comme un dispositif de transition et être façonnées de manière à jeter un pont entre les communautés blanche et noire ? ». J. H. Pease et W. H. Pease, *They Who Would Be Free : Black's Search for Freedom : 1830-1861*, New York, University of Illinois Press, 1974, p. 144.

81. S. Yee, « Finding a Place: Mary Ann Shadd Cary and the Dilemmas of Black Migration to Canada, 1850-1870 », *Frontiers : A Journal of Women Studies*, 18/3, 1997, p. 1-16.

82. C'est parfois le travers de certaines publications, telles que S. Spring, « Réflexions sur la valeur de la liberté : Mary Ann Shadd, la conscience anti-esclavagiste et la fonction de la lettre ouverte », *Argumentation et Analyse du Discours*, 5, 2010, en ligne.

83. Elle ajoute : « La revendication d'un État prolonge ce désir d'accomplissement », C. Chilvallon, « Diaspora noire des Amériques : une réflexion conduite à partir de la notion de « lien transétatique » », *Autrepart*, 38/2, 2006, p. 49. Dans le même sens, Claire Bourhis-Mariotti définit le nationalisme noir comme un certaine prise de conscience raciale empreinte de fierté ; la conscience d'appartenir à une communauté fondée sur la race et la couleur, le tout s'exprimant dans la recherche d'expériences communes et de l'autosuffisance économique de cette communauté noire. « Cette définition englobe logiquement une certaine forme de séparatisme économique, mais aussi physique », C. Bourhis-Mariotti, *L'union fait la force...*, *op. cit.*, p. 74.

84. W. J. Moses, *The Golden Age of Black Nationalism : 1850-1925*, Hamden, Connecticut, Archon Books, p. 17 où il propose la définition suivante : « le nationalisme noir se distingue de la plupart des nationalismes par le fait que ses adeptes ne sont unis ni par une géographie ni par une langue communes, mais par le concept nébuleux d'unité raciale ». La « race » du peuple noir, et non la simple couleur, est saisie comme principe de lien entre les membres de la nation et qui configure celle-ci.

85. V. A. Savin, *L'Amérique par elle-même. Récits autobiographiques d'une terre promise*, Paris, Michel Houdiard éditeur, 2010, 235 p. Réfléchissant à la façon dont les récits autobiographiques produits tout au long de l'histoire de l'Amérique coloniale et des Etats-Unis pris dans leur ensemble et leur diversité, cette historienne soutient « l'existence d'une filiation entre l'Ancien Testament et l'idéologie de la nation américaine, qui s'incarne de manière emblématique dans l'analogie entre l'Amérique et la 'Terre promise' » (p. 10).

86. C'est le cas par exemple de l'autobiographie rédigée par l'un des alliés de Mary Ann Shadd, Samuel Ringgold Ward (1817-1866). S. R. Ward, *Autobiography of a Fugitive Negro : His Anti-Slavery Labours in the United States, Canada and England*, London, John Snow, 1855, xii-412 p. V. l'analyse de S. Ferré-Rode, « Black Pilgrims in Canaan : African-Americans and Emigration to Canada in Samuel Ringgold Ward's *Autobiography of a Fugitive Negro* (1855) », *Revue française d'études américaines*, 149/4, 2016, p. 14-25.

87. C. Conaway, « Rhetorically Constructed Africana Mothering in the Antebellum : The Racial Uplift Tradition of Mary Ann Shadd Cary », *The Journal of Pan African Studies*, 2/1, 2007, p. 4-19.
88. G. A. Levesques, « Interpreting Early Black Ideology : A Reappraisal of Historical Consensus », *Journal of the Early Republic*, 1/3, 1981, p. 269-287.
89. La position de Frederick Douglass au sujet de l'émigration entre 1850 et 1858 a été finalement analysée par O. Power-Greene, *Against Wind and Tide : The African American Struggle Against the Colonization Movement*, New York, NYU Press, 2014, p. 129-157. Il revint sur sa position ultérieurement lorsqu'il se vit confier le poste de ministre résident et consul général en Haïti par l'administration du président républicain Benjamin Harrison, fraîchement élu. V. C. Bourhis-Mariotti, *L'union fait la force...*, op. cit., p. 163-188.
90. Cet article a été ré-imprimé par P. Foner, *The Life and Writings of Frederick Douglass. Vol. I: The Early Years, 1817-1849*, New York, International Publishers, 1950, p. 418.
91. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, op. cit., p. 62.
92. *Ibid.* Les italiques sont ajoutés.
93. « We should do more and talk less », V. J. Rhodes, « At the Boundaries of Abolitionism, Feminism, and Black Nationalism : The Activism of Mary Ann Shadd Cary », *Women's Rights and Transatlantic Antislavery in the Era of Emancipation*, dir. K.K. Sklar & S. Stewart, Hew Haven, Yale University Press, 2007, p. 346-366.
94. Le financement de l'*American Missionary Association* lui sera retiré 18 mois plus tard (l'obligeant à fermer son école), la raison officielle étant qu'elle n'était pas assez fervente. V. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 65-68. Elle déménage alors à Chatham, une ville en lisière de la frontière canado-américaine.
95. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, op. cit., p. 35.
96. Sur cette question, v. *infra*, II. C.
97. Bien que Henry Bibb soit généralement considéré comme le seul créateur du premier journal abolitionniste canadien, *Voice of the Fugitive*, Afua Cooper montre que Mary E. Bibb était en réalité la principale rédactrice en chef du journal. Contrairement à Henry Bibb qui était un esclave fugitif, Mary Bibb était née libre et avait reçu une excellente éducation de la part des Quakers. Mary Bibb utilisa le journal pour défendre et soutenir des thèmes axés sur le genre, tels que la tempérance et la réforme de l'éducation. V. A. Cooper, « Black Woman and Work in Nineteenth-Century Canada West : Black Woman Teacher Mary Bibb », *We're Rooted here and They Can't Pull Us Up : Essays in African Canadian Women's History*, dir. P. Bristow, D. Brand, L. Carty, A. Cooper, S. Hamilton, A. Shadd, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 143-170.
98. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 42.
99. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, op. cit., p. 41.
100. Henri Bibb faisait partie du *Detroit Underground Railroad*. Une partie de son travail consistait à traverser la rivière Détroit pour se rendre au Canada, soit en escortant des fugitifs dans ce pays, soit en les y accueillant.
101. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 45. Elizabeth Cali parle de « diffamation » envers Mary Ann Shadd de la part du couple Bibb, v. E. Cali, « “Why does not somebody speak OUT ?” Mary Ann Shadd Cary's Heteroglossic Black Protofeminist Nationalism », *Vitae Scholasticae*, 2015, p. 34-35.
102. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, op. cit., p. 62. L'italique est ajouté.
103. J. T. Holly, « Thoughts on Hayti, Number V », *The Anglo-African Magazine*, 10/1, octobre 1859, p. 329. L'italique est ajouté.
104. M. R. Delany, *The Condition, Elevation, Emigration, and Destiny of the Colored People of the United States, Politically Considered*, Baltimore, Black Class Press, 1993 Philadelphia, 1852 , p. 184. L'italique est ajouté.
105. Au cours des dernières décennies, les spécialistes de la littérature ont attiré l'attention sur la vaste et riche culture imprimée abolitionniste, en particulier sur la « contre-sphère publique »

créée par les premiers écrits afro-américains. V. J. Brooks, « The Early American Public Sphere and the Emergence of a Black Print Counterpublic », *The William and Mary Quarterly*, 62/1, 2005, p. 67-92.

106. G. Kenny, « Manliness and Manifest Racial Destiny: Jamaica and African American Emigration in the 1850s », *Journal of the Civil War Era*, 2/2, 2012, p. 151.

107. Sur les rapports entre le genre et l'émancipation des esclaves, v. G. Scully et D. Paton, « Introduction: Gender and Slave Emancipation in Comparative Perspective », *Gender and Slave Emancipation in the Atlantic World*, dir. G. Scully et D. Paton, Durham, N.C., Duke University Press, 2005, p. 1-34.

108. Pour une analyse de l'héritage d'Edward Wilmot Blyden, qualifié par L.S. Senghor et H.R. Lynch de précurseur de la négritude et de la « personnalité africaine », v. « Chapitre IV. Edward Wilmot Blyden: héritage et questionnements », *L'invention de l'Afrique. Gnose, philosophie et ordre de la connaissance*, dir. V.-Y. Mudimbe, Paris, Éditions Présence Africaine, 2021, p. 229-304.

109. E. W. Blyden, « An Address Before the Main State Colonization Society », *Edward Wilmot Blyden: Pan-Negro Patriot, 1832-1912*, dir. H.R. Lynch, New York, OUP, 1967, p. 18. V. S. J. Mosher, *Competing Ideals: How Commerce, Christianity, and Civilization Shaped Nationhood in Nineteenth-Century Liberia*, thèse de doctorat, Vanderbilt University, 2018, disponible sur le site internet de l'université : <https://ir.vanderbilt.edu/bitstream/handle/1803/15211/Mosher.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

110. E.W. Blyden, « An Address Before the Main State Colonization Society », *op. cit.*, p. 12. L'italique est ajouté.

111. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 109. Le rôle de déléguée a été toléré pour Mary Ann Shadd, mais elle n'a pas été citée dans les débats, n'a été nommée dans aucune commission et n'a signé aucune résolution. Janes Rhodes estime néanmoins que la présence historique de Mary Ann Shadd à cette réunion a constitué une victoire pour les femmes noires qui avaient travaillé dans l'ombre pour l'abolition.

112. S. J. Yee, *Black Women Abolitionists: A Study in Activism, 1828-1860*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1992, p. 146. « À une époque où peu de femmes jouaient un rôle actif dans les réunions publiques "intimes", sa présence était une bizarrerie que l'on expliquait en diminuant son âge et ses capacités, et en lui attribuant diverses fragilités féminines », J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 79. Sur la place d'autres femmes noires dans la sphère publique de l'époque, v. M. Ryan, *Women in Public: Between Banners and Ballots, 1825-1880*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1990, p. 132-136.

113. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 109-110.

114. « Shadd could not escape the woman question », M. S. Jones, *All Bound Up Together...*, *op. cit.*, p. 87.

115. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 80-81. L'italique est ajouté.

116. E. Cali, « "Why does not somebody speak OUT?"... », *op. cit.*, p. 33. On pourrait aussi nommer Maria Stewart, Jarena Lee, Nancy Prince, Sarah Parker Remond, Harriet Jacobs, Harriet Wilson, Charlotte Forten, Laura Smith Haviland, ... V., plus généralement C. Peterson, *"Doers of the Word": African-American Women Speakers and Writers in the North (1830-1880)*, New York, OUP, 1995, x-284 p.; T. Zackodnik, *Press Platform, Pulpit: Black Feminist Publics in the Era of Reform*, Knoxville, University of Tennessee Press, 2011, xxxvi-339 p.; T. Miles, « "Shall Woman's Voice Be Hushed?" Laura Smith Haviland in Abolitionist Women's History », *The Michigan Historical Review*, 39/2, 2013, p. 1-20.

117. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. xiv.

118. La phrase complète est : « With Editors of the unfortunate sex, who never, in their most ambitious moments aspired to the drudgery; it has had to struggle harder than the interest of my people require, if they too will not put their shoulder to the wheel », éditorial de Mary Ann Shadd cité dans *ibid.*, p. 98.

119. « To colored women, we have a word – we have ‘broken the Editorial ice’ », *ibid.*, p. 99.
120. « Shadd Cary se distingue comme l’une des rares femmes noires nationalistes du XIX^e siècle en ce que, précisément, elle s’est écartée des formes des récits spirituels, sentimentaux et domestiques, employant souvent la rhétorique nationaliste noire et les formes discursives utilisées par les hommes afro-américains [...] dont elle avait l’intention de rejoindre les débats ». E. Cali, « “Why does not somebody speak OUT ?”... », *op. cit.*, p. 36.
121. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 49.
122. Sur les critiques sexistes et raciales tentant de décrédibiliser Mary Ann Shadd, v. *ibid.*, p. 53-69.
123. Même si elle prétend effectuer une évaluation objective : « Qu’une sélection des meilleurs soit faite, maintenant qu’il existe des pays entre lesquels on peut établir une comparaison avec les États-Unis. Il suffit de plier un peu la main pour qu’il soit possible de se soustraire aux griffes de la puissance esclavagiste », M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 62.
124. C’est pour cette raison que Christine Chivallon comprend le nationalisme noir comme « tout à la fois un outil de résistance à l’oppression, un moyen de restauration d’une dignité reniée, comme il est l’expression d’une volonté plus politique d’autodétermination », C. Chivallon, *La diaspora noire des Amériques : expériences et théories à partir de la Caraïbe*, Paris, CNRS Éditions, 2004, p. 168.
125. C. Bourhis-Mariotti, *L’union fait la force...*, *op. cit.*, p. 26.
126. *Ibid.*, p. 78.
127. M. R. Delany, *The Condition, Elevation, Emigration, and Destiny...*, *op. cit.*
128. C. Bourhis-Mariotti, *L’union fait la force...*, *op. cit.*, p. 81.
129. James Theodore Holly avait initialement émigré au Canada en 1851. Déçu d’avoir été victime au Canada des mêmes préjugés raciaux et de la même discrimination qu’aux États-Unis, il a cherché d’autres endroits plus cléments pour son projet émigratoire.
130. C. Bourhis-Mariotti, *L’union fait la force...*, *op. cit.*, p. 29.
131. *Ibid.*, p. 95.
132. D. Diallo, « Compte-rendu. Claire Bourhis-Mariotti. *L’union fait la force : Les Noirs américains et Haïti, 1804, 1893* », *L’Ordinaire des Amériques*, 20 juillet 2018, § 7, en ligne.
133. Le parcours intellectuel de Martin Robinson Delany serait fascinant à étudier : en 1856 il décide d’émigrer au Haut-Canada, puis en 1858, il part en Afrique et réussit à négocier un traité avec les chefs Egba d’Abeokuta, au Nigeria. Ces chefs s’étaient engagés à fournir des terres pour ce que Martin Delany espérait être un projet de réinstallation des Américains noirs en Afrique. Le projet s’effondre un an plus tard. V. R. Blackett, « Martin R. Delany and Robert Campbell : Black Americans in Search of an African Colony », *The Journal of Negro History*, 62/1, 1977, p. 1-25. Pour une lecture provocatrice, v. T. Adeleke, *UnAfrican Americans : Nineteenth-Century Black Nationalists and the Civilizing Mission*, Lexington, The University of Kentucky Press, 1998, xv-192 p.
134. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 86.
135. *Provincial Freeman*, 15 avril 1854, archivé et disponible sur internet : http://ink.ourontario.ca/newspaper-overview/pf?items_per_page=96.
136. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 141.
137. S. A. Roger Hepburn, « Following the North Star... », *op. cit.*, p. 111.
138. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 48 et 33.
139. Dans le premier numéro du 4 mars 1853, Mary Ann Shadd et les cofondateurs du journal définirent *The Provincial Freeman* comme étant « un JOURNAL franchement et ouvertement ABOLITIONNISTE ». En dénonçant « le droit de propriété sur d’autres êtres humains et [...] tout système ou sentiment lié à cette idée, ou allant dans ce sens », et en prenant la défense des « réfugiés des plantations du Sud », *The Provincial Freeman* devait leur indiquer « les moyens et les mesures qui permettraient une amélioration et une évolution susceptibles d’en faire des travailleurs indépendants, pourvoyant à leurs besoins, justifiant la liberté impartiale dont ils

jouissent ici, et contribuant par leur énergie et leur labeur à la prospérité de leur pays *d'adoption* ». L'italique est ajouté.

140. On estime que cette loi libéra plus de 800 000 Africains réduits en esclavage dans les Caraïbes, en Afrique du Sud. Au Canada, selon David Katzman, il aurait été au nombre de trois à être libérés, D. Katzman, *Before the Ghetto. Black Detroit in the Nineteenth Century*, Urbana, University of Illinois Press, 1973, p. 62-63. En ce qui concerne les indemnités allouées aux propriétaires, elles furent considérables, v. *Legacies of British Slave-Ownership. Colonial Slavery and the Formation of Victorian Britain*, dir. C. Hall, N. Draper, K. McClelland, K. Donington et R. Lang, Cambridge, CUP, 2014, 470 p.

141. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 48, p. 54.

142. Cette loi est discutée par S.N. Gallant, « Perspectives on the Motives for the Migration of African-Americans to and from Ontario, Canada : From the Abolition of Slavery in Canada to the Abolition of Slavery in the United States », *The Journal of Negro History*, 86/3, 2001, p. 391-408.

143. Il existait également des colonies en Nouvelle-Ecosse. En effet, en 1783, au moment de l'évacuation des Britanniques à la fin de la guerre d'indépendance américaine, près de 3 000 loyalistes noirs sont transportés en Nouvelle-Écosse. Une partie de ce contingent n'y résida que temporairement et fut déportée en 1792 en Sierra Leone. V. R. Chopra, « Leaving Nova Scotia: Sierra Leone and the Free Black People, 1792-1800 », *Reappraisals of British Colonisation in Atlantic Canada, 1700-1930*, dir. K. Kehoe et M. Vance, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2020, p. 41-58.

144. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, *op. cit.*, p. 44. La confiance de Mary Ann Shadd dans l'Empire britannique est telle qu'elle considère les autres colonies britanniques (la Jamaïque ou les Antilles) comme des lieux alternatifs mais possibles d'émigration. M.A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 54-58.

145. Pour une histoire plus complète, v. W. R. Riddell, « The Slave in Upper Canada », *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 14/2, 1923, p. 249-278.

146. *Ibid.*, p. 260. L'italique est ajouté.

147. « De nombreux esclaves sont passés du Canada à Detroit, véritable terre de liberté ; ils sont si nombreux que nous apprenons qu'une compagnie de miliciens de couleur a été formée à Detroit en 1806 pour aider à la défense générale du territoire ; elle était entièrement composée d'esclaves évadés du Canada », *ibid.*, p. 260-261.

148. Telle est la thèse centrale élaborée par Afua Cooper dans « A Fluid Frontier », *op. cit.*

149. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 32.

150. *Ibid.*, p. 53.

151. Sur ce sujet, v. notamment le rapport final de la Commission de vérité et de réconciliation, *Pensionnats du Canada*, 6 volumes, Montréal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2015.

152. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, *op. cit.*, p. 32.

153. *Ibid.*, p. 62.

154. D'où la formule « les cinq tribues civilisées ». Celles-ci furent la cible d'une politique de déportation en 1830. L'*Indian Removal Act*, proposée par Andrew Jackson, ordonna la déportation des « Indiens » vivant dans les territoires compris entre les treize états fondateurs et le Mississippi, vers un territoire situé au-delà de ce fleuve. Les conséquences de cette histoire sont encore perceptibles aujourd'hui. V. C. Sturm, « Race, Sovereignty, and Civil Rights: Understanding the Cherokee Freedmen Controversy », *Cultural Anthropology*, 29/3, 2014 p. 575-598.

155. A. Habran, « L'institution particulière au sein de la nation cherokee : de l'acculturation stratégique à l'émergence d'un « État Sudiste » à l'Ouest (1815-1861) », *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain*, 19, 2018, en ligne ; T. Miles, « Uncle Tom was an Indian. Tracing the Red in Black Slavery », *Cofounding the Color Line. The Indian-Black Experience in North America*, dir. J. F. Brooks, Lincoln, University of Nebraska Press, 2002, p. 137-160.

156. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, op. cit., p. 32, p. 43-46 et 51.
157. *Ibid.*, p. 51-52.
158. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 44.
159. *Ibid.*, p. 34.
160. *Ibid.*, p. 53.
161. Des extraits de la loi de 1850 sont cités par Claudette Knight dans « Black Parents Speak : Education in Mid-Nineteenth Century Canada West », *Ontario History*, 89, 1997, p. 268-284.
162. S. A. Roger Hepburn, « Following the North Star... », op. cit., p. 119.
163. M. A. Shadd, *A Plea for Emigration*, op. cit., p. 38.
164. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 150.
165. *Ibid.*, p. 112-113. Pendant la majeure partie des quatre années de leur mariage, elle vit séparée de Cary afin de gérer et de collecter des fonds pour son journal. L'arrangement semble fonctionner, selon Jane Rhodes, car elle entretient apparemment une relation heureuse avec son mari, qui lui rend visite aussi souvent qu'il le peut.
166. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 135.
167. En 1865, le treizième amendement à la Constitution abolit l'esclavage, puis le quatorzième (1868) définit la citoyenneté, le quinzième (1870) garantit le droit de vote aux hommes.
168. V. les explications de J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 189-192.
169. *Ibid.*, p. 193.
170. P. Williams, *The Alchemy of Race and Rights. Diary of a Law Professor*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, 263 p.
171. Mary Ann Shadd est effectivement devenue avocate à Washington, même si elle a peu exercé. V. J. Rhodes, *Mary Ann Shadd Cary...*, op. cit., p. 190-191.
172. Pour un argument similaire, v. L. Aje et C. Bourhis-Mariotti, « Les migrations internationales des Libres de couleur... », op. cit., p. 4. M. Sinha, « Guest Editor's Introduction: The Future of Abolition Studies », *Journal of the Civil War Era*, 8/2 2018, p. 187.
173. Avant la reconnaissance du Libéria par les États-Unis en 1862, la conduite de la politique libérienne des États-Unis était largement déléguée à la Société américaine de colonisation, B. Franchi, « Non-State Actor Interference in Diplomacy : The American Colonization Society and the U.S.-Liberia Relationship (1862-1878) », *Revue électronique d'études sur le monde anglophone*, 20/1, 2022, en ligne.
174. Dans le même sens, v. H. Richardson, *The Origins of African-American Interests...*, op. cit., p. xv.
175. F. Miller, *The Search for a Black Nationality: Black Emigration and Colonization, 1787-1863*, Urbana, University of Illinois Press, xiii-295 p.
176. Sur le concept de « double conscience », c'est-à-dire des difficultés issues de l'intériorisation par les Noirs des codes de la bourgeoisie américaine, P. Gilroy, *L'Atlantique noir. Modernité et double conscience*, Amsterdam, Amsterdam éditions, 2010, 333 p. ; P. Gilroy, *L'Atlantique noir. Modernité et double conscience*, trad. C. Nordmann, Amsterdam édition, 2010, 333 p. Ce concept a aussi été repris par W. E. B. Du Bois, *Les Âmes du peuple noir*, Paris, La Découverte, 2007, 348 p.
177. C. Robinson, *La genèse de la tradition radicale noire*, trad. S. Nadi et S. Coudray, Paris, Entremonde, 2023, 664 p.
178. K. Knop, *Diversity and Self-determination in International Law*, Cambridge, CUP, 2002, 456 p.
179. A. Anghie, « Slavery and International Law : The Jurisprudence of Henry Richardson », *Temple International and Comparative Law Journal*, 31/1, 2017, p. 18.
180. Combahee River Collective (trad. J. Falquet), « Déclaration du Combahee River Collective », *Les Cahiers du CEDREF*, 14, 2007, en ligne.
181. P. H. Collins, *La pensée féministe noire*, Paris, Les éditions du remue-ménage, 2016, 480 p.

RÉSUMÉS

Dans cet article, j'examine un pan de la vie et de l'œuvre de Mary Ann Shadd (1823-1893), une abolitionniste canado-américaine, afin de déstabiliser l'historiographie dominante en droit international en matière d'esclavage. Privilégiant une approche intersectionnelle, j'essaie de replacer la « femme noire » au centre de sa propre histoire, plutôt que d'en faire une figure accessoire dans l'histoire triomphante de l'abolition de la traite négrière et de l'esclavage menée par des hommes occidentaux. J'étudie les rapports multiples et contradictoires de Mary Ann Shadd vis-à-vis du droit. Je montre comment elle a cherché tour à tour à s'émanciper par le droit, avec le droit et contre le droit, à des degrés différents et avec des succès variés. Dans son principal ouvrage publié en 1852, *A Plea for Emigration*, Mary Ann Shadd a défendu un projet d'émigration pour les Noir.es américain.es vers le Canada en mobilisant des notions juridiques, et notamment des notions de droit international. Or, Mary Ann Shadd a participé à un mouvement plus vaste au sein duquel les Noir.es américain.es étaient en quête d'autodétermination. Ma thèse est que la position défendue par Mary Ann Shadd doit nous inviter à revisiter les rapports que nous tenons pour établis entre colonialisme, souveraineté, liberté et intersectionnalité.

In this article, I examine the life and work of Mary Ann Shadd (1823-1893), a Canadian-American abolitionist, in order to destabilize the dominant historiography of international law in slavery matters. Adopting an intersectional approach, I attempt to place the “black woman” at the center of her own history, rather than as an accessory figure in the triumphant history of the abolition of the slave trade and slavery led by Western men. I explore Mary Ann Shadd’s multiple – and contradicting – relationships to law and how she sought emancipation through the law, with the law, and against the law, to varying degrees and with varying success. In her major pamphlet published in 1852, *A Plea for Emigration*, Mary Ann Shadd defended an emigration project for Black Americans to Canada by mobilizing legal notions, including notions of international law. Yet Mary Ann Shadd was part of a larger movement in which Black Americans sought self-determination. I argue that Mary Ann Shadd’s intersectional position should invite us to revisit the relationships between colonialism, sovereignty, freedom, and intersectionality.

INDEX

Mots-clés : droit, esclavage, discrimination, histoire du droit international, émancipation

Keywords : law, slavery, discrimination, international legal history, emancipation

AUTEUR

ANNE-CHARLOTTE MARTINEAU

Chargée de recherche au CNRS, rattachée au Centre de théorie et analyse du droit (CTAD UMR 7074)

Towards “Equality of Sexes” as a Principle in International Law

Marion Rowekamp

1 “Is the Status of Women an International Question?” asked Vera Brittain, a member of the British feminist organization Six Point Group, founded in 1921¹. She answered her question in the affirmative, but if one looks at the history of international law, one will search almost in vain for references to the legal status of women until after 1945². While we find an increasing amount of work done in the area of women’s history³, one of the areas which are always addressed but somehow never deepened are the legal questions and women’s equal rights⁴. The existing research on women’s international fight for equal rights focuses mostly on the interwar time as well as the time after World War II as it is logical because within these years the international organization such as the League of Nations (League), the International Labor Organizations (ILO) and the United Nations (UN) were institutionalized, and women started to play a role in these events.

2 But the story of women attempting to formulate international law started much earlier than that. First and foremost, women’s organizations tried to change the laws in their individual countries since the 1850s and not being able to do so, they turned to the international level and later to the international institutions. Their strong involvement on the international platform is due exactly to the fact that they could not yet fight their struggle in the national parliaments and turned to the international arena to solve them there as again Brittain stated:

[...] the time has come to move from the national to the international sphere, and to endeavor to obtain international agreement what national legislation has failed to accomplish⁵.

So at least since 1888, with the founding of the International Council of Women (ICW) and the establishment of the International Alliance for Women’s Suffrage in 1904 (Alliance) as well the Women’s International League various forms of women’s parliaments met regularly, long before the idea of the League of Nations emerged⁶. In their congresses they discussed legal issues, compared the law, and searched for common solutions against women’s legal discrimination. They even made their own

surveys on women's legal status. In 1902 Carrie Chapman Catt, president of the National American Women Suffrage Association had collected data on the status of women throughout the world, it was published in the report of the international meeting of women in Washington 1902⁷. In 1912 the International Council of Women published a more extensive survey on the Legal Status of Women⁸. So with time the international women's organizations became lobbying organizations that increasingly found a voice in terms of women's legal status globally.

- 3 For all these organizations it was a matter of course to struggle for equal rights, but equal rights did not mean one single problem which could be dealt with but a multiplicity of highly complex legal and social problems which assumed different and not so different aspects according to the social and legal habits and structures of different countries. These women's organizations addressed them one by one, for example women's missing custody over their own children, the rights of the father to decide in marriage, divorce, suffrage, labor law. They tackled these questions under different names and definitions whether they called them equal status, equal rights, equal citizenship, legal discrimination, abolition from law of distinction based on sex, they meant in the end the same thing as an overreaching goal. But in the breakdown of the principle of equality into specialized laws it did not necessarily mean the same thing as we will see in the article.
- 4 In this article I will try to show how women moved on the international level to work for equal rights for women in a long-time perspective with a focus on the interwar time and while doing so, started to define the terms of "equal rights" for themselves as well as in international law. I will focus on the debates related to the League and later the UN and the strategies the international women's movement followed here, trying to set another focus than most research done on this time. The story how the debates on women's rights played out it usually told along the lines of the feminist dichotomy "equality-difference" as two supposedly opposite ideas which two camps played out against each other but with an impeded hierarchy running towards the equality argument which supposedly had won out in the end. I argue in this article that this is a reading which tells us more about women writing women's history nowadays as they are setting the parameters of their research and decide how to look at a certain event. It does not necessarily reflect on what has happened in the past, it is just one interpretation of it. In fact, the research on women's history has spent much energy on the question of difference and equality and feminists movements still struggled with the right approach when women in the past might not have seen these concepts as mutually exclusive as US-American feminist Elizabeth Cady Stanton reflected in 1868:

It matters not whether women and men are like or unlike, woman has the same right as man has to choose her own place. [...] We started on [the equality] ground twenty years ago, because we thought, from that standpoint, we could draw the strongest arguments for woman's enfranchisement. And there we stood, firmly entrenched until we saw that stronger arguments could be drawn from a difference in sex, in mind as well as body. But while admitting a difference, we claim that difference gives the men no superiority, no rights over woman that she has not over him⁹.

In Germany feminist Hedwig Dohm claimed in 1876 that "women's rights are human rights," also based on equality and difference reasons¹⁰. Feminist Anita Augspurg followed around the turn of the century on an international women's congress in Berlin stressing: "What do we mean by the right of a woman? Nothing other than the right of

a human in general”¹¹. They claimed for equal human rights, independent of whether this demand was based on the idea of difference or equality. For most of them there existed no contradiction in between requesting equal rights as protective legislation for wives and mothers or to ask for equal rights on the same level as men. To the contrary, they worked both ends at the same time, and when they saw disagreement, they had their arguments, their personal dislikes, they split apart in new movements, but they were aware of a common basis from which they didn’t leave. This changed in the late 1920s when the women’s movement split until today along ideological lines of “equality” and “difference” or other words for the same concept and fell into different camps as the article will describe in more detail below. These attempts to push strongly for certain agendas instead of finding a common ground challenged women’s so far proven ability to forge a collective identity. This started when ideas became ideologies to secure influence instead of understanding them more as different strategies as feminists had done for the last decades. But when Anglo-American women lost the flexibility to negotiate but insisted in the rightfulness of their approach on “equality” and the “Equal rights treaty”, their ideas became rigid and one-sided with the claim that there was only one right solution, their solution, meaning they became ideological. The Equal Rights feminists used their set of ideas as power instruments against the other women’s organizations to gain and secure their influence in way so far unknown to the international women’s movement.

- 5 The interwar years saw another important change, an expanding of the women’s movement beyond the movement of the global north trying to include the global south or depending on how to see it, extending their influence on other parts of the world. Especially Latin America developed into a backyard of the US but also for the US-women’s movement which tried to secure its influence towards the south. While the women from the global north in the 19th century already had their share of niggling about influences and power bases, they in the end were all white, middle- and upper-class women from similar cultural backgrounds. They managed to keep their differences under control because there were more similarities between these women than differences. Extending influence beyond the global North meant also different tensions because this implied stronger hierarchies than existed before and different cultural ideas, focuses, language, and geographical interests.
- 6 So, the story as told in this article, is much more about shifting women’s alliances around gaining influence within the League and the UN and in the international women’s movement itself. It is based on the understanding of women coming from different cultural, political, and historical backgrounds which defined their possibility of acting, ideas they developed and the strategies they chose. It is as much about failing as about winning in the struggle for equal rights.

I. Women and the League

- 7 By the end of World War I, women’s organizations had gained already some experience in international work, in suggesting legal reform demands nationally and internationally. But it was also very clear, that women’s equal rights were not an issue that male decision makers saw as a topic that they needed to deal with internationally. All laws which discriminated women were national laws which were the most central part of national law making while at the same time not being “serious” laws men

wanted to be involved in. Law of the family, juvenile law, social laws, all areas which did not raise male ambitions but were central to women's life and the central area where they were legally discriminated. And in fact, in family law married women almost all over the world were legally strongly restricted¹². Still, World War I was a milestone, it was – as many of the feminist felt – the consequence of dramatically bad decisions made by male governments leading into a world war. These decisions also had changed women's life dramatically¹³. Many had worked in different fields on the war time without men present and gained independence. Most of European Women received suffrage after World War I and had the right to vote and be elected. They wanted to participate in the rebuilding of Europe, and they wanted equal rights which in half of the constitutions of newly established nations and democracies were granted in principle. Thus, the idea of establishing the idea of women's equal rights in constitutions as a general idea was not only in the world but was already in a first test trial in countries in Central Europe when Alice Paul came up with the idea of the Equal Rights Amendment in the United States.

- 8 Women had their own ideas how to participate in the new order of Europe, especially to establish a League of Nations to guarantee peace and justice. In fact, it was a group of women suggesting to President Wilson in the Women's Hague peace conference of 1915 the set-up of the League. After parts of their ideas were established in the Versailles Treaties and the League and ILO were set up, women wanted to be closely affiliated to the organizations they had dreamed of and helped to bring into existence by suggesting their creation¹⁴. Feminists saw the use of international law as a powerful tool for creating a society that was more egalitarian and more peaceful. National governments would be required to harmonize their domestic legislation with treaty obligations after ratifying an international agreement. Vera Brittain again articulated this sentiment when she stated:

Women have come to regard the League as the one fitting instrument through which justice can be done to women, completely and for all time¹⁵.

Despite also criticizing the covenant of the League as a perpetuation of the domination of the weak by the strong, women believed in this new international idea and institution. In 1919 the British section of the International Committee of Women for Permanent Peace called the League of Nations a "Holy Alliance", whose "idea inspires the one hope of world"¹⁶. But women from all parts of the world asked themselves also whether the status of women was now finally ripe for international action and how to use the League and the ILO to realize their demands.

- 9 Despite being at least one of the providers of an idea of the League of Nations women found that they were not included when the League was set up in the treaties of Versailles. A group of women from the international organizations invited Allied women to meet in Paris to see to the fact that peace interests and the interests of women would not be overlooked and brought pressure for at least some participation of women as in Art. 7 of the Covenant of the League which suggested to open positions within the League based on equality between men and women as well as Art. 23 which made sure that the League "will endeavor to secure and maintain fair and human conditions of labor for men, women and children"¹⁷.
- 10 But women followed much greater ideas. Some tried to establish a permanent International Conference of Women as a pillar of the League representing organized women throughout the world to secure the social, economic, and legal regulations of

the advancement of women's interest as well as protective laws and suffrage as well as equal rights of citizenship as women of an International Conference in Washington in 1919. The delegates should be representatives from organized women in each State as well as women members of the Commissions of the League.¹⁸ In Britain women formed a Women's League of Nations Committee which held its first conference in Westminster to ensure women's participation as promised in Art. 7 in the League. They suggested a detailed proposal of Scottish barrister Chrystal Macmillan to form a special women's bureau and hold special annual women's meetings. Both proposals received strong opposition by especially women from the Anglo-American countries claiming that a special institution would create a special corner for women who would not be included in the general work of the League anymore and would lessen rather than raise the status of women. Macmillan on the other hand argued with an interesting analogy that women's low status made a special organization necessary, just as low wage earners (workers) were especially represented in the ILO to secure their voice which usually went unheard. Especially women from "backwards" countries would not have any voice if the governments would not be forced to include them by the measures of the League. The secretary of the League was in sympathy with these ideas but hinted that women should get in agreement whether they wanted a special woman's bureau or not. As they could not agree on it, in the end the women's organizations suggested a very general inclusion of women to all organs of the League and provided a list of women who would be competent to represent in Geneva¹⁹. Basically it led to the appointment of only one woman who would head the Social Committee which in turn also directed the sub-committees with the topics deemed to be women's topics such as trafficking of women, slavery and children's welfare. The desired profile the League secretary set up for this leading woman was telling:

One has, of course, to be very careful about the selection of such a woman – more careful about than selecting a man. She must be a good public speaker in two or more language, but one who does not say too much²⁰.

And she should be appointed from the lists the Anglo-women had handed in which was seconded by Eric Drummond that it must be a British woman and should not play a too prominent part in the suffrage question²¹. In the end Dame Rachel Crowdy was chosen to fill this role of representation and coordination. The debate for or contra a woman's bureau kept on being led though. The debate on the Alliance meeting in 1920 in Geneva was exemplary. Carrie Chapman Catt was against it as the whole French, German, Danish, Finish, Czech, Hungarian, Swiss, and part of the Italian delegation. In favor was Australia, Bulgaria, Great Britain, Greece, Holland, Norway & Sweden, Spain, Serbia and South Africa, the final ended with 51:43 votes against. But they agreed that there should be a woman's bureau just not aligned with the Secretariat but independent²².

- 11 To work better with the League, women formed different new institutional bodies such as the Joint Committee of Women's International Organizations, established in 1925 which compromised representatives of seven organizations who combined for the purpose of securing appointment of suitable women to the various bodies of the League and the ILO. By 1930 it was constituted as the Liaison Committee of Women's International Organizations, known as the Liaison Committee and representing eleven women's organizations²³. The Liaison Committee soon worked beyond the original objective of the Joint Committee pressing for the inclusion of women on the bodies of the League and began to co-ordinate the work of the women's international organizations on subjects of common interest and on which they had in general

agreements as we will see one of the hinges in the struggle for equal rights for women²⁴.

II. From the idea of women's rights as minority rights to a formulation of equal rights for women on a "constitutional" basis

- 12 The League saw that women in their social and legal discriminated position needed protection like other "minorities" which also fell within the area of responsibility of the League. That came naturally as it was a long-standing idea that men had to protect women while women had to serve in the house²⁵. Especially the ILO acted in this sense when drawing up the Night Work Convention of Women. Also, in the League the first sub-committees to be set up were the ones for Trafficking of Women and Children as well as Child Welfare and later also Slavery which brought forward in 1921 the Convention for the Suppression of the Trafficking in Women and Children, in 1923 the Convention for the Suppression of the Circulation and Traffic in Obscene Publications and in 1926 the Convention on Slavery. In all these conventions women were protected as a group. Many women especially from Socialist and union background all over the world supported these politics²⁶. They understood protective labor laws as the most effective means to equalize women's place on the labor market. Most of the women including especially the socialist women and unionist women saw the distinct realities of women in the work force. They fought for the passage of the eight-hour day, minimum wage, women's unique healthcare needs, motherhood protection laws to protect working women from gender-based exploitation which resulted in low wages, long hours, and gender specific dangers as well as limited job opportunities. They thought that the principle of equal rights had little meaning if it failed to recognize women's distinct experiences in class, race, age, family, and kind of work they performed. And they believed it would be easier to the more "female" connoted areas of social and juvenile first to get at least one foot onto the table of power. Later, once installed in position, more radical ideas could follow. They strategized on individual issues of women's equal rights as can be seen in the program of the Alliance which had met in Geneva to discuss how they would proceed as a group after women had by now received suffrage in most countries in the global north. They decided to change the name and to focus especially on reaching the full panorama of women's equal rights. For thus they focused on different groups as political rights, personal rights, domestic rights, educational and economic rights, and moral rights²⁷.
- 13 These kinds of politics, and especially the protective work of the ILO, brought new Anglo-based women's organizations in strong disagreement²⁸. They opinioned, that women and men should be treated strictly equally in law, even if the law also discriminated male workers for example. They felt the argument based on special legislation for women was a legal trap. In labor law this meant no special protection for mothers and women working in mines etc. The critique of the new group of feminists, especially from Anglo background of the ILO politics was ferocious, they claimed their politics towards women was harmful or even the "enemy". In fact, in 1929 anti-protective labor legislation activists broke away from the International Alliance over a disagreement about protective laws. They established the Open Door International (ODI) and attracted women interested in collaborating across national borders to fight

protective labor legislation²⁹. In the beginning they were only against the work of the ILO but more and more they developed the idea to push only one single issue instead of several legal issues. These women bolstered around the idea of Welsh feminist Margaret Rhondda of the British Six Point Group to introduce one formula on equal rights into international law comparative with the formulations in the new constitutions in Austria, Germany, Poland, the Baltic Republics and Czechoslovakia where equal rights for women had been established constitutionally. This idea appealed to American lawyer Alice Paul who pushed in the United States of America for such an Equal Rights Amendment (ERA) which she wanted to be included in the constitution³⁰.

- 14 What could be done on national and constitutional basis, so Paul, should also work on international level and she suggested the formulation of an Equal Rights Treaty (ERT) which read as a mirror to the ERA. The treaty was supposed to read:

The contracting states agree upon the ratification of this Treaty, men and women shall have equal rights throughout the territories subject to their respective jurisdictions³¹.

It was the first time that a general formulation of equal rights for women was suggested on the international level to work as a kind of guiding principle such as constitutional clauses on national level to which women could nationally refer as well. But the language of the ERT sounded barren as compared to the formulation of women's rights in the Declaration of Human Rights adopted on suggestion of Alice Paul and Doris Stevens one year later in October 1929 in Briarcliff Manor, New York. Here we find traces of the human rights language which first time included sex as every individual's equal rights to life, liberty and property "without distinction as to nationality, sex, race, language, or religion"³². The statement of the Women's Consultative Committee on Nationality in 1935 shows the importance of these guiding principles in international law:

[...] we know that the League of Nations as a body cannot legislate nationally, it can only lay down fundamental principles through its World Conventions [...]. But these Conventions of the League of Nations become guiding principles for the Member States of the League. Therefore, the need for the League to take a stand for equality is very great, at the present time, when women in many countries, are being deprived of their essential human rights³³.

But the women's organizations were not all in accord whether these general principles would be such a good idea. The World's Young Women's Christian Association remarked in this sense:

The Association has consistently maintained that the adoption of an international convention drawn in general terms is not an adequate method of dealing with so complicated a question as that of equality of status as between men and women in all departments of life³⁴.

Also, the socialist women organized in the International Federation of Trade Union's International Committee of Trade Union Women warned against an Equal Rights Treaty, it expressed:

a warning against any hasty decision on this Treaty. It notes with alarm that the proposal to remove all legal distinction based on sex may be a menace to the protective legislation already secured for women workers by the movement of some countries³⁵.

It also stressed the complexity and scope of the question that could not be brought down to one formulation which might be hurtful to women as the Art. 1 of the Treaty of Montevideo showed. Absolute equality here could even mean a worsening of women's status, especially in social law.

- 15 As it became obvious immediately that the ERT would not fly with the already established international women's organizations, Paul and her coworker US-lawyer Doris Stevens turned to Latin America to find here a new area of influence for their ideas. They successfully presented the Treaty at the Sixth Pan-American Conference in La Habana in 1928 which led to the establishment of the Inter-American Commission of Women (IACW). It was the first female intergovernmental body which could work through the Pan American Union and thus push women's rights on an international level from inside. Stevens was voted Chair of the IACW, and Alice Paul was elected Chair of the Nationality Committee. In Latin America the US-American women met in no means a weak woman's movement as they had assumed, women had started to claim from 1910 on equal rights here as well. In 1923 they demanded the recognition of equal rights by the International Conference of the American States. While in the beginning women in Latin America were hopeful about a good cooperation with the US-American women, Paul and Stevens managed to offend quickly a large part of the Latin feminist movement not only by their way of feeling superior but also by pushing exactly their equal rights ideas on the agenda while the Latin women developed in the time another kind of feminism related to ideas of equal rights based on social issues as it was needed in their poorer countries³⁶.
- 16 While Stevens tried to explain that the treaty was simply to establish the principle that all countries [...] shall hereafter make all their national laws confirm to the principle of equality³⁷, neither Stevens nor Paul ever explained how the principle of equality should translate exactly to national laws. Thus, they avoided the tricky questions of how the laws should in the end be formulated, pro or contra gender-specific treatment. To remain on the abstract meant not to deal with these final questions. And of course, it never occurred to them to see how the idea of an equal rights amendment played out in Europe. Here the interwar years showed that European women with the formula in the constitution did in the average not fare much better in their struggles for equal citizenships than the women who could not build their equal rights arguments on an equal rights formula. Thus, it was already obvious here that the equal rights inclusion in constitutions was also not the magic bullet to change discriminating laws for women immediately. At the same time of course, it meant a milestone on women's way to equal rights³⁸.
- 17 First it appeared as if the new groups with their equal rights treaty just were new groups with a new idea in the panorama of the international women's movement as had happened before many times. But it soon became clear that the way Paul pushed this issue would split the women's movements work at the League for more than a century.

III. Women's Equal Status in Married Women's Nationality

- 18 The first breaking point on international level was the legal matter of married women's nationality which was pushed on the agenda of The Hague Conference of the Codification of International Law in 1930 by the international women's movements³⁹. Background was that in all countries that women who married outside of their own nationality lost their own nationality without consent for the unity of the family.

Women's movements for decades had already fought these laws on national level before also raising it to the international level. Women organizations, mostly led by Chrystal Macmillan, who agreed that women should not automatically lose their citizenship upon marriage, but they disagreed on how to proceed. The nationality law was the subject of bitter disagreements over whether it should be drafted to grant women separate nationality and give women their own choice as Macmillan as the yearlong specialist in the area and ICW and Alliance argued, or to be identical to males, as the ERT feminists and the IACW suggested. This stand was rather amazing as Macmillan's standpoint would mean every individual woman had a choice while in the suggestion of the equalitarian feminists the women lost their nationality according to the same rules as men, without their consent. So, the insisting in equal rights in this case made little sense to these women who thought that having separate nationality rules would benefit women more than having identical nationality laws. Most governments on the other hand favored the unity of nationality always following the husband as it was the case in most countries. It was not an easy legal matter to solve because international law could not dictate to states how to regulate their nationality laws. Secondly, a common solution would only work if all member states of the League (and countries beyond the League) would agree to change the rules in their country at the same time to not make a legal mess as it already existed since some nations such as the US had already changed their law. That eased the issue for US-American women but complicated it broadly for women migrating to the US⁴⁰. To change one by one complicated the issue internationally as now different rules existed and contradicted each other making the situation of women marrying outside their own nationality even more severe than it had been before when it was at least uniform that women's nationality followed one of her husbands. And thirdly, most governments believed women's rights were secondary to the rights of the family⁴¹. The only solution offered was to make a provision that would, in future, prevent married women from becoming stateless, a disability under which they had suffered especially since different countries such as the US started to change their nationality law. And the recommendation that nations should change their nationality laws granting equal rights to women. The Hague convention was not ratified, so it remained on the agenda of the women's organizations a soon made it onto the one of the League. The women's organizations, in one voice, expressed their outrage, an outrage of 45 million women they claimed to represent⁴².

- 19 The matter of married women's nationality was brought into the League council in January 1931. It was also the first time that the subject of the status of women in general was brought before the League. The Council adopted a resolution presented by Guatemala, Peru, and Venezuela to place the nationality of women on the agenda of the 12th Assembly in fall 1931. The Council also requested the Secretary General to submit a report to the Assembly after consulting with specialized women's organizations and to establish a woman's organization advising the League in this process. Thus, the Secretary general invited in February 1931 nine international women's organizations to enter communication with one another with a view to the establishment of a committee. Eight responded and set up the Women's Consultative Committee on Nationality (WCCN) in 1931 which was supposed to provide information to the League assembly on the question of married women's equality. It did not have an official League status but had the right to hold meetings in the secretariat and to have its

correspondence passed to the assembly and council. The WCCN consisted partly out of the same group as the Liaison committee⁴³.

- 20 The nearly universal outrage over The Hague Convention, united the first women's committee officially endorsed by the League of Nations. They requested to introduce sex equality in nationality laws and made a report in July 1931 to reconsider the Hague Nationality Convention and the submission of a new Convention to governments for the ratification. The report was brought to the attention of the Legal Committee of the Assembly in autumn 1931 which discussed the matter and requested the Council to ask the governments to submit their opinions in the matter so this question could be further discussed in the 1932 assembly⁴⁴. At the same time Assembly asked the Council to examine ways in which women could cooperate better in the League's work⁴⁵. Both the WCCN and the Liaison Committee were informed and asked for further observations. The 13th Assembly had replies of 33 government as well as reports of various women's organizations which the Secretary General circulate broadly before the meeting of the assembly. Most of the answers were against reconsidering the Hague Convention in general or thought that the provisions were the best that could be done for the moment⁴⁶. Thus, it decided against a new conference to redraft the convention and suggested that women's organizations direct their effort to change national laws. This must have sounded almost cynical since women's organizations had done this mostly in vain for decades already before turning to the new chance of changing these laws internationally. The League passed a resolution expressing the hope that the countries had signed the Hague convention would enact laws to give it effect and reporting in this sense⁴⁷.
- 21 While most women organizations kept asking for a better solution, they were realistically enough to see that the Hague standards was the maximum that could be reached for the moment. They recommended, based on the advice of member of the Secretariat, Lithuanian Princess Gabrielle Radziwill, that the Hague convention should be ratified because it provided at least some protection for married women and later it could be resolved better. The equalitarian feminists, however, refused to compromise on their interpretation of the term "equality" as meaning laws for men and women in all legal fields and thus prevented better solutions by tying women's nationality to the ERT. They worked to associate the terms "equality" and "equal rights" with their campaign for the ERT and argued that opposition to the ERT was in the end a stance for inequality. Thus, they worked strongly against the ratification of the Hague Convention. This could only lead to frustration among all women because of course nobody was against "equal rights". Paul, Dorothy Evans, and her colleagues managed to gain better publicity. Finding itself unable to agree, the WCCN submitted in autumn 1932 two separate reports to the Assembly⁴⁸.
- 22 Because of the single minded and aggressive politics of the equalitarians an enormous distrust started to emerge in the women's organizations and especially within the WCCN. Paul, according to Geneva's feminist leaders, was merely happy if others followed her orders and was playing unfair to reach her aims. The Equal rights equalitarians, left wingers or advanced feminists how they described themselves became ever more dismissive with the women associated with the ICW, the Alliance and the in general the Liaison Committee whom they characterized as "old-fashioned", conservative, and only concerned with social reform. Two members of the WCCN, the Alliance and the International Federation of University Women, resigned from the

committee. But Paul also stepped down from ERI although it was formed to promote her idea of the Treaty, supposedly because the board included twelve British members and only five American ones. Paul also attacked the first chairman of the ERI, Helen Archdale. Even within the organizations she herself had founded, Paul sowed mistrust:

I have really conceived a profound distrust of Miss Paul and her methods. She has quarreled with every other International Society and with all officials at Geneva and since her meeting has boasted that "she has killed bigger things than the ERI" [...]. I am told that Mrs. Corbett Ashby had a nervous breakdown as a result of contacts with her⁴⁹.

While before women's movements also had their share of disagreements over priorities and their personal antagonism, they managed to show a more or less common front to the outside. This great achievement the equalitarian feminists blew up in their single-minded focus on their idea how equal rights were supposed to be defined and reached. These kind of tactics and clashes made the League Secretary and the Women's Liaison Committee soon question the value of the WCCN which was now felt to be in the hands of Paul and her followers. With them consensus could not be reached though the other women's organizations fought hard for it. Also, for League politicians, working together with Paul and colleagues was strenuous, they called Paul and her camp "extremists"⁵⁰. Thus, the Secretary-General and the Council decided to empower the women's organization in general and like that losing the ties with the WCCN by receiving communications from women's organizations not organized in the WCCN to gain a broader perspective. Extra reports by organizations within the WCCN on the other hand were not accepted, so it had lost some of the special status it had enjoyed before.

- 23 After not reaching her goals easily in Geneva, Paul with her National Woman's Party turned again back to Latin American to find support for her ideas over there. Doris Stevens in extension to Paul had raised in the Pan American Union and its Inter-American Commission of Women's first an agreement which led to the Montevideo convention in 1933 which stated first time in international law that men and women had equal rights in terms of their nationality⁵¹. While Stevens raised similar antagonism within the IAC as Paul and her followers did in Geneva, she was more successful with lobbying the male delegates who agreed to raise the topic of an Equal rights treaty it in the League assembly in September 1934⁵². Henni Forchhammer from Denmark addressed the Assembly urging close attention to this matter as the Liaison Committee set up a contemporary committee to work more intensively on this subject. As a result, in September 1935 the Assembly passed a resolution that mentioned the existence of the Montevideo Convention and the fact that it was open for accession by all States. While the Hague Convention was not yet signed, it meant the only international contract existing was a kind of short-term victory for the equalitarian feminists. The failure for them came when the Assembly adopted a resolution which repeated the recommendations of 1932 that governments ratify the Hague Convention. This was the last time; the Assembly considered the topic of married women's nationality. When the WCCN still proved unable to draft a unanimous opinion, also the League Secretariat recommended to sign the Hague Convention. It came into force in 1937 with the only recommendation to secure that married women would not become stateless upon marriage with a foreigner and a powerless recommendation to work towards equal rights of women in nationality laws. Despite starting with an own commission with an adviser status to the League the women had made a cock up of their first equal rights struggle⁵³.

IV. Shifting balances in international law: Women's Legal Status

- 24 Women's organizations had dealt with the questions of the civil and political status of women since their establishment⁵⁴. A step towards launching a global campaign for women's equal status was Paul's and Steven's attempt to have the ERT signed also in Montevideo in 1933. To convince the American nations of signing the married women's convention and the ERT the IACW had undertaken the Herculean task to prepare a survey of laws relating to women's status in the Americas for the Montevideo conference of the Pan-American Union. This survey had been suggested by Cuban lawyer Flora Parado and was worked out for many years basically by lawyer Clara González from Panama. In 21 volumes, one volume for each country they represented the legal situation of women in the Americas⁵⁵. While the survey convinced the Latin American nations to sign the treaty on married women's nationality, it did not convince them to sign also the ERT. Only four nations were convinced to do so. It was something totally different to give American women their symbolical support than it was to give them actual equal rights in their own countries. To raise their voices in the League was coming more from a desire to appear "civilized" and "modern", of theoretically providing "equality" for every human after their recent independences from colonial power and to join the Western civilization by fulfilling their standards at least on paper than from a conviction that their own women should have equal rights⁵⁶.
- 25 In consequence of Montevideo and probably due to the pressure of Paul and Stevens, a group of ten Southern American countries sent in 1934 a request of the IACW to include the question of the Status of women on the agenda of the next Assembly based on the "consideration of the fact that the League of Nations is an international organization designed to defend human rights," because the "present widespread and alarming encroachments upon the rights and liberties of women"⁵⁷. They closed with the demand to "remove all legal distinctions based on sex," taking up the formulation of the ERT. In discussing the request, the Assembly's First committee distinguished in between "the question of conditions of employment, whether men or women" deeming this to be a "matter which properly falls within the sphere of the International Labour Organization," and the "question of political and civil status of women" within the jurisdiction of the League⁵⁸. On September 7th, the same day the last action was taken by the assembly in terms of nationality of married women, a resolution was passed, and member states were asked for observations on the civil and political status of women and to suggest what action the League might take in the matter. The Russian substitute delegate Aleksandra Kollontai called the resolution the first step in international action regarding the equality of the sexes⁵⁹. The women's organizations were invited to continue their study of the whole question on the status of women and to pass these reports to the Secretary General. Women's organizations all approved. The Liaison Committee thought that the League might finally act for women's equality in general after conducting research and an international convention "designed to give equal status to women with men" would be able to raise the status of women⁶⁰. The equalitarian feminists believed the study's findings would boost the equal rights treaty effort. They even convinced the other women's organizations to join the ERT as the basis of a proposed Convention on the Status of Women. The other women's

organizations agreed with “the principle” of an equal rights treaty but didn’t see it as a priority.

26 The WCCN compiled a summary of the laws in various parts of the work which contained sex distinctions. The reports of the other women’s organizations also arrived rapidly and were circulated to all member state of the League. Many of them organized their reports the same way as the League, sending a questionnaire to the national branches. The ICW for example received 21 answers in terms of political, legal, economic, social, and professional/labor status of women. Based on the women’s surveys the First Committee of the Assembly presented in September 1935 a first report on “the whole status of women”⁶¹.

27 But it was not until 1937 that sufficient reports arrived from 38 countries. These were so diverse in their quality and clearly non-scientific that the introduction to the reports presented to the Assembly stated that these were more “Observations and statements as to the political and civil status of women”⁶². Delegates from 40 countries sat together to debate the problems of equal rights for women and men in the Assembly of 1937 for five days. Kerstin Hesselgren from Sweden was the rapporteur in this matter, and she stated in the summary:

I need not say [...] conditions vary greatly in different countries, and therefore the data given must be of a very rough nature. A more concise survey would ask for preparation and analysis by legal experts⁶³.

She also remarked:

The replies of the governments and the debates in the first Committee, in which no fewer than 23 delegates took part, have shown that the status of women is not a question which at present one can hope to see settled for all countries by the adoption of a simple and all-embracing formula,

a brush off for the equalitarian feminists. Though some speakers were sure that ultimately it would be possible to reach such a general acceptance for an international convention on women’s equal rights, no delegation felt it was yet the moment to do so.

Because

the League is nothing more than the Governments which compose it. When some of these Governments consider the status of women to be so entirely a matter of falling within domestic jurisdiction of each State that the League should not deal with it at all whereas the other Governments are not agreed whether any practical action can be taken by the League, the League itself for the time being can evidently not commit itself to action in a particular sense⁶⁴.

Thus, the League saw the best way to help in this matter to keep going on with the legal survey on the status of women for creating a basis for further progress.

28 To make a world survey of the status of women the assembly requested the council to appoint a committee of experts. The dream at least of women’s organizations became partly true, a committee on the status of women was established on the same legal footing as the other committees. In the beginning, there was some anxiety among the women’s organizations about being part of the League and losing independence. Some women’s groups feared that the work in a permanent League would interfere with their own work as NGOs. But in the end, they around to the idea that a permanent League group could open a broader platform for pushing women’s equal rights, not only in the sense of protection women as a minority group but to include women’s equal rights in principle.

29 As before the Secretariat carefully chose the women involved to not offend the women’s organizations on one hand but also not to choose the obvious match for the

positions, so it was decided to appoint more women than men into the committee. As a nod to the French government, a French woman should be included but instead of for example appointing the longtime French specialist Maria Vérone they chose the young, not experienced lawyer Suzanne Bastid. But she also had her merits. She was an international lawyer, the first female law professor in France and the first woman to argue in an international court of justice⁶⁵. The equalitarian feminists were represented by Yugoslav lawyer Anna Godjevac instead of Alice Paul⁶⁶, while ironically the ICW and the Alliance saw themselves more represented by the compromise candidate, US-American lawyer Dorothy Kenyon. Hesselgren was the only non-lawyer among the female specialists⁶⁷. The League Committee for the study of the legal Status of women got established in January 1938. In a session in April 1938 the committee already started slightly overwhelmed by this task. Chairman Gutteridge said:

Even as it stood, the program of work was a vast one. For a country such as France, it covered no less than a third of the Code Napoléon, and if that example were followed for every country, it would cover a third of the civil legislation of the world. Nothing of the kind had ever been attempted on such a scale⁶⁸.

And again as Hesselgren before, he commented:

The League has, therefore, been obliged to disappoint the hopes of those who consider the “equality of the sexes” to be a principle for which the League should be able to secure universal recognition and application⁶⁹.

While neither member states nor the League were ready to pursue an intervention, the committee drew up a plan with a number of women’s organizations⁷⁰. In the end it was decided to lay the study into the hand of independent legal experts to provide the League with an objective picture of the legal position of women. Different sections were sent to the International Institute for the Unification of Private Law in Rome, the International Institute of Public Law in Paris, and the International Bureau for the Unification of Penal Law in The Hague. It was supposed to be a three-year inquiry worked out in parts by the institutes under the supervision of a committee of legal experts appointed by the Council and in co-operation with the women’s international organizations. The different women’s camps were satisfied for different reasons and agreed on the fact that the inquiry would be a first step for women’s emancipation by providing a solid basis. Especially the egalitarians took credit for this success⁷¹.

30 The committee of the status of women as well as the specialist from the legal institutes, however, discovered soon, that the problems of this study with the plurality of Western laws as well as the interpretations of non-Western Laws was not as easy as it first appeared. Many experts from Scandinavia, Europe, the United States, and the United Kingdom suggested restricting their global survey to “civilized countries”, partly because the colonial powers didn’t want any international attention to the problematic human rights situations in their colonies. The St. Joan’s Social and Political Alliance as well as the All-Asian Women’s Conference for example wanted the situation of women in the colonies explicitly included. St. Joan even referred to the disgrace of the colonial powers in the treatment of women⁷². So the male specialists, especially from the colonial powers, suggested that a legal comparison of women’s rights in between “civilized” countries and countries without civil laws but governed by religious laws were scientifically not sound. Many of the definitions used in the questionnaires the League used like the distinction between public, private and criminal law did not refer to the partly not written laws of all countries. They claimed they had no methodology to work on legal systems different then the Western ones. That of course implied the rejection of feminist’s theory that the discrimination of women was a global

phenomenon on one hand and protest from all other countries which would again be the “others” on the other. So, this suggestion was strongly protested by the All-India Women's Conference and the Pan-Pacific Women's Association but also by the Liaison Committee. The equalitarian feminists on the other hand were against including women from other areas than the global north as they wanted the status report not to be delayed. The women's movement as indicated before was experiencing a shifting of balances visible especially in the 1930s when many new women's organizations from other than the global north joined and these women as well as the countries they represented felt that a twofold study would repeat their exclusion based on race⁷³. The committee partly changed its mind in response to fierce resistance, particularly by India. The Global South would not be disregarded totally, at least India got a special section as several studies especially about women's status in India already existed⁷⁴. But, what about the rest of the Global South? They were in the end excluded. After the shortest time, the original legal and methodological classification of the commission was in pieces and the legal specialist made either superficial or no reports at all. The committee could not find an institution capable of dealing with the broad topic and thus could not meet the ultimate deadline in 1941⁷⁵. It was clear that the legal experts had no universalized concept yet to work with and were also not willing to develop one.

- 31 But what was also obvious by 1937 was that women had managed to include women's rights as human rights in international law. They began to refer to them in the follow-up of the New York Declaration to formulate women's rights expressively as human rights. The Women's Consultative Committee claimed for example in 1935:

The world needs the wisdom of women in all departments of life quite as much as it needs that of men. Men and women must go forward together as human beings, as entities, above sex distinction⁷⁶.

ODI followed up in the same year:

The status of an individual is the sum total of his rights and duties. In every community, it is the status of the man which is taken as the normal. His rights are accepted as those pertaining to the human being. To the woman are always denied some of these human rights⁷⁷.

1937 also former French law professor and now League rapporteur on the nationality of women question René Cassin confirmed in the assembly that the “competence of the League in humanitarian matters [...] was fully accepted”:

The League could not ignore inequalities of so gross a character in some countries that it left women under such disabilities as to cause much suffering [...]. The League, by its universality, the fact that it contained all civilisations, could aid Governments by its high moral authority to overcome their local difficulties and to remove serious inequalities in their countries⁷⁸.

- 32 These arguments clearly link equality based on sex or gender under a breach of human rights or to formulate it positively identify women's equal rights as part of the human rights claim. Women had scored a big point by including the women's question fully on the agenda of the League. By formulating women's rights as human rights, women defined them within the canon of rights that should be protected internationally.

V. Women's Rights as Human Rights. The United Nation and Women's Legal Status

33 Since the mid of the 1930s and the increasing influence of Fascism and Stalinism women internationally started to protest the limitations on women's rights in many countries under Fascism and Stalinism as well as the atrocities committed in the civil war in Spain and the concentration camps in Germany⁷⁹. This also changed the way women's organizations defined equality.

34 Interestingly now they also included a number of intersectional parameters in their narrative which had played a minor role so far such as religion and race as expressed by the Alliance in 1939:

Our great pioneers fought for equality [...]. Their fight was essentially a part of the great struggle against oppression of creed, race, class and sex. It was in favour of the right to education, and economic freedom as well as of preparation to the task of citizenship.

In the political situation of 1939 women stressed less women's rights as they had done for decades always in relation to men's rights. Now they defined women's rights again as the ones of free human beings independent of sex.

The woman's battle is that of all mankind. There can be no freedom of women when freedom is no longer a recognized right of every individual. There can not be justice nor economic freedom of women, when all justice is dependent on the will of an oligarchy⁸⁰.

This change of definition is noteworthy because it shows besides an early awareness of intersectionality and the combination of parameters which led to discrimination of humans and might have been a consequence not only of Fascism and Stalinism and their increasing threat to the humankind but also the increasing inclusion of women in the international work who did not come from the global north. The women's movements thus had become aware of new parameters such as race. Their ongoing involvement in peace work and rescue work of women and children persecuted based on their creed or their ethnical backgrounds had them formulate realities of exclusion which only much later was reformulated as the theory of intersectionality by W.E.B. Du Bois, Kimberlé Crenshaw, Iris M Young, Martha Minow and others⁸¹.

35 When it came to the re-founding of the League in San Francisco in 1945, European women did not participate in this event as traveling was out of question at this time for everybody except government officials⁸². It became immediately clear that the old position of power in the feminist movements had, during the war shifted away from Europe the same as in "male" politics. Countries such as Australia, China and Brazil credited their new stronger position with including women delegates to lend more credibility to their status as advanced nations. Women from Latin America who had in the war years held up the torch of feminism stepped up. Bertha Lutz from Brazil, Minerva Bernadino from the Dominican Republic, Amalia González Ledón from Mexico, and Jessie Street from Australia argued strongly for equal rights of men and women. They understood that the postwar created another great window of opportunity as had been the case after World War I to press for women's equal rights. And they were as committed as the League women and the interwar women's organizations had been to push for women's equal rights. In fact, the Liaison Committee had met in 1943 in London to discuss the status of women in the post-war world asking to have the principle of equality of women recognized as well to include the women from the

former war countries into the debates about reconstruction⁸³. Some members of the Liaison Committee had kept on working in the war time in the survey of women's equal rights in the different nations. Women felt that there was a general willingness in granting women equal rights but a total ignorance about seeing where the problem was⁸⁴. And it became clear in San Francisco that women were again not present on equal level with men but reduced to the same position than in the League having to push from the outside with their old mechanisms. But at least they managed to enshrine "equal rights of men and women" in the Preamble of the Charter of the UN as well as Article 1 declaring that "human rights and ... fundamental freedom" were to be guaranteed "for all without distinction as to race, sex, language, or religion"⁸⁵.

- 36 The human rights commission, chaired by Eleanor Roosevelt, proposed a draft that did not include gender as a special feature but argued for an "universal" character. Considering this, Bertha Lutz suggested to create an UN Sub-Commission on the Status of Women to deal specifically with the equal rights of women. Lutz suggestion sparked a renewed debate among the women's organizations whether the human rights commission would adequately protect and promote women's rights which Lutz based on experiences of the past clearly did not believe. Opposing feminists believed as in the interwar time that such a special commission would potentially marginalize women within the UN besides setting another agenda in terms of priorities and contents. But Lutz gained the support of Minerva Bernardino of the Dominican Republic, who headed the IACW since Stevens' withdrawal, and the sub-commission was formed⁸⁶.
- 37 The new Status of Women sub-commission was headed by Bodil Begtrup from Denmark. In its first meetings in spring 1946 the commission took up on the work done before but found it missing as it was focused on the content of laws while they wanted to have a survey focusing on the application of laws as well as on political rights, since without them little progress could be made according to them and without obvious knowledge of women's earlier struggles for equal rights and their successes without political rights⁸⁷. Due to lobbying by Begtrup and Roosevelt the sub-commission was within its first year of existence promoted to be a complete Commission on the Status of Women⁸⁸. But the committee of Human Rights tried also to narrow the space of work of women. They for example should be only present at debates when women's rights were discussed. As women explained, women's rights were concerned at every stage of the drafting. They also worked towards a mentioning in the introductory statement of the declaration to make clear that every time a male noun as "man" was chosen that it also should include women.. For centuries men had argued if women should have been included, legal texts would have chosen another formulation than man or male. Again, to no avail⁸⁹.
- 38 Feminists in the Status of Women group tried to avoid the problems arisen in the Interwar time between the feminist's favoring protection of women and the equalitarians. They worked towards reformulating the legal texts that contained "protection" of women in formulating these texts as positive rights. Women should not receive maternity protection but maternity rights for example. But Article 25 formulated motherhood as a condition needing "special care and assistance," again going back to the protective impetus. On the other hand, the women committee was also clear about the fact that women needed special rights as mothers, as women in war cases, as being trafficked, as prostitutes but the men in the human rights committee favored a general formulation that did not make mention of women's special needs.

They deemed the general formula sufficient that should be enjoyed by everybody without distinction. About women's claims of special protection they only joked, providing a nursing mother with a right to nurse, seemed still unthinkable. Also, the Charter formulated equal rights for men and women reinscribing masculinity as the universal standard. But the universal standard for centuries had not meant that women were included. In fact, women's reaction of claiming special and equal rights for women was a reaction to their exclusion from universal rights, so it was only logical that it made them suspicious of just having the only oral assurance that this time they were included. At the same time, all feminists, the equalitarians and the others were aware that special rights also meant exclusion from universal rights. This paradox is just inherent to the idea of minorities fighting for equal rights if they differed from the assumed "normal case" (which until today is based on the male experience)⁹⁰.

- 39 Between 1949 and 1959, the Commission elaborated the Convention on the Political Rights of Women, adopted by the General Assembly (1952), the Convention on the Nationality of Married Women (1957) and two conventions on consent and minimum age for marriage. Each of these treaties promoted and safeguarded women's rights in contexts when the Commission believed those rights to be particularly at risk. However, it was thought that, outside of such areas, the general human rights accords provided the best protection and promotion of women's rights. Even though these instruments demonstrated the UN system's increasing complexity in terms of the defense and advancement of women's human rights, the strategy they reflected was fragmented since it fell short of addressing discrimination against women in its entirety.
- 40 Additionally, women were concerned that the whole human rights regime was not actually protecting and promoting women's rights as effectively as it could. As a result, on December 5, 1963, the General Assembly passed Resolution 1921 (XVIII) in which it asked the Economic and Social Council to invite the women's committee to create a proclamation that would incorporate several international standards articulating the equality of men and women into a single instrument. Women's rights advocates both inside and outside the UN system have supported this procedure the entire time. The Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women was finally accepted by the General Assembly in November 1967. The Declaration's preparation was a challenging process even though it ended to be only a declaration of moral and political intent without the legal binding power of a treaty.
- 41 In many regions of the world, a new awareness of the patterns of discrimination against women emerged throughout the 1960s, and the number of groups dedicated to eradicating the effects of such discrimination increased. The Commission on the Status of Women considered the possibility of drafting a legally binding treaty that would give the Declaration's provisions normative force in 1972, five years after the Declaration's adoption and four years after the Economic and Social Commission instituted a voluntary reporting system on its implementation. The Commission then decided to request the Secretary-General to ask UN Member States to share their opinions on such a proposal. A working committee was established the following year to develop such a convention. At its twenty-fifth session in 1974, the Commission made the decision to create a single, comprehensive, and legally binding instrument to end discrimination against women in light of the working group's report. This document was to be created without regard to any potential future proposals from the UN or its specialized

agencies for the creation of legislative tools to end discrimination in particular professions.

- 42 The text of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women was prepared for three years by different working groups within the Commission until the Convention was adopted by the General Assembly in 1979 by votes of 130 to none, with 10 abstentions. It defines what constitutes discrimination against women and lays out a plan for national action to abolish it. It consists of a prologue and 30 articles. According to the Convention, discrimination against women is [...] any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field⁹¹.
- 43 64 States signed the Convention during a ceremony held at the Copenhagen Conference on July 17, 1980, and two States sent in their ratification documents. Faster than any other human rights treaty, the Convention came into force on September 3, 1981, 30 days after the 20th member State had ratified it. This marked the culmination of United Nations efforts to codify extensively international legal norms for women.

Conclusion

- 44 Women's struggle for equal rights in international law at least in the global North has a history which is as long as that of the struggle for equal rights in each individual country. The struggle on national and international level was closely interwoven. Women from the Global North started out claiming in the Enlightenment for women's rights as human rights and moved from there to demand equal rights for women as special rights because they were legally discriminated as group of women. In their strategies fighting for equal rights did first not mean that they had a clear one sentence definition of what equal rights meant. Instead, they fought on many different levels for equal treatment in the law, sometimes using arguments of equality, sometimes of difference, but mostly using them at the same time. When the idea came up that human rights in the constitutions would protect single groups and would phrase also individual rights for women, women also fought to be included here as a special group needing special protection under the constitutions. Thus, many women fought for an equal rights formulation which guaranteed their equality in constitutions. That movement they also transferred into international law. The story as it is told by research is mostly a story of a conflict between equality and difference arguments, but this story is more a narrative of a generation of women refighting similar struggles as women of the past had fought them already. The story of women looking for equal rights is more a story of women who due to the culture and the possibilities where they came from were trying to find the best strategy how to reach some goals at all. The struggle was despite differences and personal antagonisms for decades a common one because of an existing tolerance to other opinions and a common commitment to find a common ground, even when a new woman's organization split off to stand for special rights. This only changed, when a group of women decided to push single mindedly for only one strategy which was as good as any other by feeling superior. They raised the supposed dichotomy of equality and difference into an each other excluding ideology which is still resonating in debates on women's equal rights. New to women's right in

international law was their attempt to include women's equal rights in "male" international institutions. Until World War I women had worked basically through all-female networking for a global legal solution. With the establishment of the League and the ILO, an idea the international women's movement had suggested to Wilson who picked up part of their ideas in the Peace of Paris, women seized the chance to participate in these new institutions. The League did not exactly embrace these efforts and continued to reject direct action on the legal status of women in the sense of recognizing women not only as a "minority" group which needed protection but as group which needed individual rights beyond protection. Despite all the conflicts among the different group of feminists and their different strategies they in the end managed to compel the League to consider women's equality, even though the League rejected the notion that it should be a topic of international legislative concern as did the individual nations. The creation of the committee on women's status and the survey into women's legal status globally demonstrates the effectiveness of women's collective lobbying that the League gave in and established a formal committee equal to other committees. The creation of the committee of experts represented even a contradiction to the League's expressed position that women's rights had no international character and were instead a concern of the internal political and social organization of states. The formation of the the different kind of commissions provided a forum through which women activists could legitimately insist that the League and in consequence the national governments heard their demands⁹². On the other hand, official participation in inter-governmental bodies gave women greater access to the political decision-making process, but they did so as national representatives, not international activists. This situation limited their independence and political effectiveness. Feminists' experiences with these disparate forms of advocacy played a role in the 1945 debate over the desirability of a separate UN women's commission.

- 45 The survey the League commissioned into women's civil and political status throughout the world was one precondition for making later more concrete reform moves by the United Nations. It was based on the understanding that women were disadvantaged globally and that these problems could be addressed objectively and scientifically. This was a great step ahead since nationally women all over the world were without full rights in the family, socially, economically, and in many countries also politically. Women's legal discrimination had never been questioned or taken seriously. In between the League recognizing that a problem existed and trying to make a survey into it, the problem has shifted into another level of consciousness. Women's inferior legal status was now officially internationally recognized as an obstacle to human progress and democracy in the future world. Women's progress was equalized to the concept of civilization⁹³.
- 46 In terms of the split of the women's movements in the interwar time caused by the insistence of the equalitarians in a way, their lobbying might have been more effective if they had agreed on a common strategy and they for sure would have made a better impression in their work. But in terms of results in establishing equal rights in international law they probably could not have reached more even with a common interest and strategy as the League was not ready to commit itself differently and realistically, it also could not. But the foundational split of the women's movement based on mutually excluding ideas of "equality" versus "difference" had repercussions until now in the ongoing debate in between which would be the way to best reach

women's equal rights and split the women's movement until today. This split also impacts in the way women's history is written, so we carefully must deconstruct and question the way we fight for women's rights and our tolerance to each other, and we also must strongly question our own standpoint in writing women's history.

- 47 When equality of women was at last enshrined in the official documents of the postwar era, in itself a process repeating arguments and strategies developed in the inter war time, equalitarians had to realize that with the formulation much was won but much was not. Since international law could not be enforced in the individual countries, women could argue about the existence of equality clauses but the process of applying them in the national countries in the end was not dependent of the international law. It seems like there are kind of "saddle-times" when ideas become ripe such as after World War I when many governments were ready to include some equality rights for women in constitutions and the political system. When women's rights were installed internationally women were parallelly also receiving these same rights in the nations, at least in the Global North. Ironically, the women who had fought most for pushing the equal rights treaty on international level, still live without the Equal Rights Amendment within the US. Thus, it seems that women in the US don't depend so much on the constitutional formulation of it to gain the same rights as women in other parts in the world. General legal formulations are necessary, they can help but there are also other ways to reach the same goal.
- 48 As some of the debates addressed in this article are ongoing, the issues addressed here mirror the debates today suggesting the ongoing search for women's equality. Here we can not only learn about the pros and cons of equal rights as legislative strategy but also see how dangerous it might be to abandon the so hard-won equality rights of women in constitutions and international law in a time of pandemic and steady crisis when women must fight to keep their rights. These kind of specific formulations of specific women's equal rights are the constitutional basis for several laws and basis for affirmative-action policies in the twenty first century in many nations but also on the international level. To quit them with the argument that equal rights are a matter of legal course as did the human rights commission of the UN does turn not only a blind eye to the fact that equal rights for women have yet to be achieved but that in a certain way, they will take away the constitutional basic argument for women. Because it remains always a question of definition who exactly is included in general and universal formulations and whose experience they also reflect. Since the formulation of international rights so far had not been made with the female experience as standards and knowing the long history of women's struggle for equal rights, it might be a moment to rethink how women's equal rights should be formulated without simply subsuming them into "universal" formulations of human rights.

NOTES

1. V. Brittain, *A Memorandum showing the connection between the status of women and the relations between countries*, London, The Six Point Group, n.d., LSE, Inter-war Feminist Pamphlet Collection, p. 3
2. *The Dawn of a Discipline. International Criminal Justice and Its Early Exponents*, ed. F. Mégret and I. Tallgren, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, ed. K. Ogg and S. H. Rimmer, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019.
3. B. S. Anderson, *Joyous Greetings. The First International Women's Movement, 1830-1860*, Oxford, Oxford University Press, 2001; *Globalizing Feminisms 1789-1945*, ed. K. Offen, New York, Routledge, 2010; L. Rupp, *Worlds of Women: The Making of an International Women's Movement*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
4. J. Butterfield, *Gendering Universal Human Rights. International Women's Activism, Gender Politics, and the Early Cold War, 1928-1952*, PhD Thesis, University of Iowa, 2012; K. M. Marino, *Feminism for the Americas. The Making of an International Human Rights Movement*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2019; *New Perspectives on European Women's Legal History*, ed. S. L. Kimble and M. Röwekamp, New York, Routledge, 2017; M. Sandell, *The Rise of Women's Transnational Activism: Identity and Sisterhood between the World Wars*, London, I.B. Taurus, 2015.
5. Brittain, *Memorandum*, p. 3.
6. M. L. Siegel, *Peace on our terms. The Global Battle for Women's Rights after the First World War*, New York, Columbia University Press, 2020; A. Wilmers, *Pazifismus in der internationalen Frauenbewegung (1914-1920): Handlungsspielräume, politische Konzeptionen und gesellschaftliche Auseinandersetzungen*, Essen, Klartext, 2008; S. Blasco, C. M. Portolés, *Feministas por la paz. La liga internacional de mujeres por la paz y la libertad (WILPF) en América Latina y España*, Barcelona, Icaria, 2020; R. Deutsch, *The International Woman Suffrage Alliance: it's history from 1904 to 1929*, London, Stephen Austin and Sons, 1929; *Women changing the world: a history of the International Council of Women, 1888-1988*, ed. E. Gubin, Brussels, Racine, 2005.
7. National American Woman Suffrage Association, *Report of the First International Woman Suffrage Conference. Held at Washington, U.S.A. February 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 1902*, Boston, John Youngjohn, 1902.
8. International Council of Women, *Women's position in the laws of the nations, a compilation of the laws of different countries*, Karlsruhe, Braunsche Hofbuchdruckerei, 1914.
9. E. Cady Stanton, "Miss Becker on the Difference in Sex", *The Revolution*, 2/12, 1868, p. 184-185.
10. H. Dohm, *Der Frauen Natur und Recht. Zur Frauenfrage. Zwei Abhandlungen über Eigenschaften und Stimmrecht der Frauen*, Berlin, Wedekind & Schwieger, 1876, p. 185.
11. A. Augspurg, "Das Recht der Frau", *Der internationale Kongress für Frauenwerke und Frauenbestrebungen in Berlin 19. bis 26. September 1896: eine Sammlung der auf dem Kongress gehaltenen Vorträge und Ansprachen*, ed. R. Schoenflies et al., Berlin, Walther, 1897, p. 327-331.
12. M. Röwekamp, "Challenging Patriarchalism in the Family. Law Reform and Female Protest in 19th and 20th Century Europe", *Feminist Approaches to Law. Theoretical and Historical Insights*, ed. Dragica Vujadinović et al., Heidelberg, Springer, 2022, p. 90-123; *Family Law in Early Women's Rights Debates. Western Europe and the United States in the nineteenth and early twentieth centuries*, ed. S. Meder and C.-E. Mecke, Cologne, Böhlau, 2013; *Reformforderungen zum Familienrecht international. Westeuropa und die USA (1830-1914)*, ed. S. Meder and C.-E. Mecke, Cologne, Böhlau 2015.
13. C. Clark, *The Sleepwalkers. How Europe Went to War in 1914*, London, Allen Lane, 2012; *Gender and The First World War*, ed. C. Hämmerle et al., London, Palgrave Macmillan, 2014.

14. L. G. Heymann and A. Augsburg, *Erlebtes/Erschautes. Deutsche Frauen kämpfen für Freiheit, Recht und Frieden 1850-1940*, ed. M. Twellmann, Meisenheim, A. Hain, 1972, p. 134; U. Lembke, "Der Frauenfriedenskongress 1915- auch ein Beitrag zur Geschichte des Pazifismus als Völkerrechtsidee", *Archiv des Völkerrechtes*, 53/4, 2015, p. 424-460.
15. Brittain, *Memorandum*, p. 3.
16. The Women's International League, *League of Nations or Holy Alliance? The Draft of a League of Nations signed by the Allied & Associated Powers*, London, Women's International League, 1919, p. 2, LSE Digital Library, Inter-war Feminist Pamphlet Collection.
17. In the entire time of the existence of the League only eight countries sent female delegates to the assembly, the first one was appointed in 1929 and altogether only ten women served in this function, more served as substitute delegates and technical advisers (in these posts 29 countries placed women). A list including brief biographies of these female deputies can be found in: D. M. Northcroft, *Women at Work in the League of Nations*, London, Page & Pratt, 1925, p. 3-4; United States Department of Labor, *International Documents on the Status of Women*, Bulletin of the Women's Bureau No. 217, Washington: United States Government Printings, 1947, p. 99ff.
18. International Conference of Women at Washington, Archives of the League of Nations (LoN) R1356-23-312-312; LoN R1356-23-1042-3702.
19. Conferences of women's organisations, LoN R1356-23-1042-1042; R1356-23-1042-2668; R1356-23-1042-3586; R1356-23-1042-3702.
20. Remark of Dr. Nitobe, 7.5.1929, Eric Drummond, 9.5.1920, LoN R1356-23-1042-3702.
21. *Ibidem*.
22. See Report of 23.6.1920 by Florence Wilson of the meeting of the International Woman Suffrage Alliance, IWSA, LoN R1356-3554-5359, p. 20-26.
23. ICW, Alliance, World's Women's Christian Association, International Federation of University Women, Women's International League for Peace and Freedom, World Union of Women for International Concord, St. Joan's Social and Political Alliance, International Federation of Business and Professional Women, Equal Rights International, International Federation of Women Magistrates and Lawyers.
24. S. Zimmermann, "Liaison Committees of International Women's Organizations and the Changing Landscape of Women's Internationalism, 1920s to 1945", *Women and Social Movements, International - 1840s to Present*, 2012, www.Alexanderstreet.com.
25. K. Hausen, "Überlegungen zum geschlechterspezifischen Strukturwandel der Öffentlichkeit", *Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, ed. U. Gerhard, Frankfurt am Main, Ulrike Helmer, 1997, p. 268-282; J. Rendall, "Nineteenth Century Feminism and the Separation of Spheres: Reflections on the Public/Private Dichotomy", *Moving On: New Perspectives on the Women's Movement*, ed. T. Andreasen et al., Aarhus, Aarhus University Press, 1990, p. 17-37; U. Frevert, "Mann und Weib, und Weib und Mann." *Geschlechterdifferenzen in der Moderne*, Munich, Beck, 1995.
26. S. Zimmermann, "A Struggle over Gender, Class, and the Vote. Unequal International Interaction and the Birth of the 'Female International of Socialist Women'", *Gender History in a Transnational Perspective*, ed. O. Janz and D. Schönplflug, New York, Berghanh, 2014, p. 101-126.
27. Meeting of the Alliance in Geneva, LoN R 1356-23-3554-5359.
28. *Women's ILO: transnational networks, global labour standards, and gender equity, 1919 to present*, ed. S. Zimmermann, Leiden, Boston, Brill, 2018; S. Zimmermann, "Night Work for White Women, Bonded Labour for Colored Women? The International Struggle of Labour Protection and Legal Equality, 1926 to 1944", *New Perspectives on European Women's Legal History*, ed. Kimble and Röwekamp, p. 349-375.
29. For example: Open Door Council, *Restrictive Legislation and the Industrial Women. Reply to the Statement by the Standing Committee of Women Industrial Organisations*, London, WCI, 1928.
30. S. Becker, *The Origins of the Equal Rights Amendment: American Feminism Between the Wars*, Westport, Conn, Greenwood Press, 1982.

31. Equal Rights International, *The Status of Women*, London, Women's Printing Society, nd, prob. 1937, p. 11, LSE Digital Library, Inter-war Feminist Pamphlet Collection.
32. "Déclaration des droits internationaux de l'homme", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2, 1929, p. 125-126; R. Ludi, "Setting New Standards: International Feminism and the League of Nation's Inquiry into the Status of Women", *Journal of Women's History*, 31/1, 2019, p. 12-36.
33. Statement of the Women's Consultative Committee on Nationality, sent on July 31, 1935 to Secretary of League of Nations, in: League of Nations, Status of Women. Communications received from Governments and Women's International Organisations since September 1936, File. Status of Women, Summary of statements presented by Women's Organisations, LON R3756-3A-19254-13900, p. 51.
34. World's Young Women's Christian Association, 7.7.1937, LON R3756-3A-19786-13900, p. 172.
35. International Federation of Trade Union's International Committee of Trade Union Women, Supplement 2, Nationality and Status of Women, 11.9.1935, LON R3756-3A-19786-13900, p. 172 and 199.
36. A. Towns, "The Inter-American Commission of Women and Women's Suffrage, 1920-1945", *Journal of Latin American Studies*, 42/4, 2010, p. 779-807; F. Miller, "Latin American Women and the Transnational Arena", *Globalizing Feminisms 1789-1945*, ed. K. Offen, New York, Routledge, 2009, p. 193-203; *eadem*, *Latin American Women and the Search for Social Justice*, Chicago, University Press of New England, 1991, Marino, *Feminism for the Americas*.
37. Doris Stevens to Bertha Lutz (23 September 1933), Doris Stevens papers, folder 62.11., cit. Butterfield, *Gendering Universal Human Rights*, p. 49.
38. M. Feinberg, *Elusive Equality. Gender, Citizenship, and the Limits of Democracy in Czechoslovakia, 1918-1950*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006; M. Röwekamp, "'The Constitution is only a Meaningless Piece of Paper.' Citizenship, Constitution and the Limits of Equality for Women in Central Europe (1918-1933)", *Weimar Moments*, ed. M. Goldmann and A. J. Menéndez Menéndez, Oxford University Press, 2023 (forthcoming).
39. E. Dubois, "Internationalizing Married Women's Nationality: The Hague Campaign of 1930", *Globalizing Feminisms*, ed. Offen, p. 204-216; C. Miller, "'Geneva - The Key to Equality': Inter-war Feminists and the League of Nations", *Women's History Review*, 3/2, 1994, p. 219-245; *ead.*, "Lobbying the League: Women's International Organizations and the League of Nations", Ph.D. Dissertation, University of Oxford, St. Hilda's College, 1992; C. Jacques, "Tracking Feminist Interventions In International Law Issues at the League of Nations. From the Nationality of Married Women to Legal Equality in the Family, 1919-1970", *New Perspectives on European Women's Legal History*, ed. Kimble and Röwekamp, p. 321-348.
40. C. Lewis Bredbenner, *A Nationality of Her Own. Women, Marriage, and the Law of Citizenship*, Berkeley, University of California Press, 1998; M. Feinberg, *Elusive Equality*.
41. Nationality of Women, Discussions at the Twelfth Ordinary Session of the Assembly 1931, LON R2076/3E/31324/25640; Observation on Recommendations of the 1930 Hague Conference and the 11th Assembly 1930, LON R2077/3E/25761 subseries, here especially R2077/3E/29040/25761, Observations of Governments on the recommendation of the 1930s Conference in Hague, R2077/3E/29087/25761.
42. International Woman Suffrage Alliance, *Nationality of Married Women*, London, Irvines, n.d., LSE Digital Library, Inter-war Feminist Pamphlet Collection.
43. Nationality of Women Report of the First Committee to the Assembly, LoN A-84-1931-V_EN.
44. *The League Year-Book*, ed. J. Jackson and S. King-Hall, New York, Macmillan, 1932, p. 377.
45. *Ibid.*, p. 369.
46. Nationality of Women, Consultation with feminist organisations, LoN, R3886/3E/1791/887; Nationality of Women, Correspondence with Governments, LoN R2078-R2079/3E/32295.
47. *The League Year-Book*, 1933, ed. J. Jackson and S. King-Hall, New York, Macmillan, p. 238-39.

48. Status of Women – Correspondence with the Women's Consultative Committee on Nationality, LoN R3756/3A/19254/13900; Marriage Laws and Nationality of Women, LoN R1273/19/9443.
49. Winifried Mayo to Jessie Street, 20 May 1932, cit. M. Lake, “From Self Determination via Protection to Equality via Non-Discrimination: Defining Women’s Rights at the League of Nations and the United Nations”, *Women’s Rights and Human Rights: International Historical Perspectives*, ed. P. Grimshaw *et al.*, New York, Palgrave, 2001, p. 260.
50. Note by Hugh McKinnon Wood to M. de Montenach, received 8.10.1935, LoN, Status of Women, Communications with ODI, R 3755-3A-18581-13900, p. 69.
51. Nationality of Women, Discussions at the 7th Panamerican Conference, Montevideo, December 1933, LoN, R3886/3E/11108/887.
52. Miller, “Latin American Women and the Transnational Arena”, p. 193-203; Marino, *Feminism for the Americas*.
53. League of Nation, Communication of the Assembly, Council, and the Members of the League by the First Committee to the Assembly, 24th of September 1935, on the topic of Nationality of Women, Alice Paul Papers, Schlesinger Library, Minutes, and reports, mostly Liaison Committee of Womens’s International Organizations, 1927-1938, seq. 32-33; LoN R3886/3E/19860/887 - Nationality of Women – Discussions at the 16th session of the Assembly, September 1935.
54. J. Eisenberg, “The Status of Women: A Bridge from the League of Nations to the United Nations”, *JIOS*, 4/2, 2013, p. 8-24; Ludi, “Setting New Standards”, p. 12-36; Lake, “Defining Women’s Rights”, p. 254-271; Butterfield, *Gendering Universal Human Rights*.
55. An over 900-page summary can be found in: Documentation of Women’s Consultative Committee on Nationality, LoN COL140bis/122/2; Report of the Inter-American Commission of Women on the political and civil Rights of Women, LoN COL141-123-1, p. 760-802; Marino, *Feminism for the Americas*.
56. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
57. Status of Women. Proposal of Certain Delegations for Examination by the Assembly of the Status of Women as a Whole, 15 May 1935, LoN A-8-1935-V_EN; R. Ludi, “Geschlechtergleichheit als Menschenrecht? Überlegungen zur Bedeutung der Menschenrechtssprache im Völkerbund“, *Menschenrechte und Geschlecht im 20. Jahrhundert*, ed. R. Birke and C. Sachse, Göttingen, Wallstein, p. 46-71; L. Offen, “Women’s Rights or Human Rights? International Feminism between the Wars”, *Women’s Rights and Human Rights. International Historical Perspectives*, ed. P. Grimshaw *et al.*, New York, Palgrave, 2001, p. 243-253.
58. League of Nations, Status of Women, Report submitted by the First Committee of the assembly, Alice Paul Papers, sec. 34-36.
59. LON CIS-8250-1937_EN_Communiqué No. 8250, September 16, 1937; Official Journal of the League of Nations (OJ): Special Supplement 170 (1937), p. 27.
60. Vera Laughton Mathews, St. Joan’s Social and Political Alliance to General Secretary of the League, LoN, Status of Women, Correspondence with the St. Joan’s Social and Political Alliances, R3755-3A-17385-13900, p. 106.
61. Documentation of Women's Consultative Committee on Nationality, LON COL140bis-122-2; COL 141/123/1.
62. League of Nations, Status of Women. Communications from Governments and Women’s International Organisations, 1936, Item A-33-1936-V_E, Schlesinger Library, Radcliffe Institute, Alice Paul Papers, Series V. Other International Activities, Minutes, and reports, mostly Liaison Committee of Womens’s International Organizations, 1927-1938, seq. 38-54.
63. Report submitted by the First Committee to the Assembly of the League of Nations, League of Nations, Official No. A 54.1937, V, printed in: United States Department of Labor, *International Documents on the Status of Women*, p. 43-49.

64. Status of Women. Memorandum on the work of the League of Nations with Regard to the Legal Status of Women Prepared for the Conference of the World's Young Women's Christian Association held in Canada, Sept. 1938, LoN, Women's Status, Correspondence with the YWCA, R3755-3A-19189-13900, p. 11.
65. Anonymous, "In memoriam: Madame Bastid. 1906-1995", *Annuaire français de droit international*, 40, 1994, p. 7-9.
66. S. Djajić, "Standing Alone but Standing Tall: A Female Perspective of International Law from the Interwar Yugoslavia", *Legal Issues of International Law from a Gender Perspective*, ed. I. Krstić et al, Cham, Springer, 2023, p. 199-224.
67. Male members were chosen from the imperial powers without any debate: Mr. H.C. Gutteridge (UK, Chairman, Professor of Comparative. Law at the University of Cambridge, M. de Ruelle (Belgium, Legal Adviser of the Belgian Ministry of Foreign Affairs), Paul Sebestyen (Hungary, Counsel for Division).
68. Status of Women. Memorandum on the work of the League of Nations with Regard to the Legal Status of Women Prepared for the Conference of the World's Young Women's Christian Association held in Canada, Sept. 1938, LoN, Women's Status, Correspondence with the YWCA, R3755-3A-19189-13900, p. 8.
69. *Ibid.*, p. 8.
70. Committee for the Study of the Legal Status of Women, Minutes of the Twelfth Meeting, 9. April 1938, League of Nations, Official No. C.S.F., 1st Session/P. V. 12 (1), printed in: United States Department of Labor, *International Documents on the Status of Women*, p. 50-58.
71. Miller, *Lobbying the League*, p. 224.
72. For example: The St. Joan's League prepared a survey on women's situation in Africa, LoN, Status of Women, Correspondence with the St. Joan's Social and Political Alliances, R3755-3A-17385-13900.
73. Sandell, *Rise of Women's Transnational Activism*, p. 81-99.
74. V. V. Joshi, *Legal Disabilities of Hindu Women. Published by the Standing Committee of the All-India Women's Conference*, w.p., w.d., several more surveys on India can be found in: Documentation of Women's Consultative Committee on Nationality, LoN COL140bis/122/2.
75. LoN, The Monthly Summary of the League of Nations, 19, 7, 1939, July 1939, p. 296-297.
76. Statement of the Women's Consultative Committee on Nationality, sent on July 31, 1935 to Secretary of League of Nations, LON R3756-3A-19254-13900, p. 51.
77. LON Nationality and Status of Women, Statements Presented by International Women's Organizations, LON LON R3756-3A-19254-13900, p. 292.
78. Journal of the Eighteenth Session of the Assembly No. 10, 23.9.1937, p, 103, LON R5244/15/30625/28564; 18th Session of the Assembly, 1937; LON, R5244/15/30625/28564/Jacket 1-3.
79. H. Browning, *Women under Fascism and Communism*, London, Martin Lawrence Limited, w.d.; S. L. Kimble, "Internationalist Women against Nazi Atrocities in Occupied Europe, 1941 - 1947", *Journal of Women's History*, 35/1, 2023, p. 57-79.
80. All citations: International Alliance of Women for Suffrage an Equal Citizenship, *Report of 13th congress, Copenhagen, July 8th-14th, 1939*, Ashford Kent, IAW, 1939, p. 8.
81. 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* 1, 1989, p. 139-167; I.M. Youg, *Iris, Justice and the Politics of Difference*, New Jersey, Princeton University Press, 1990; M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, New York, Ithaka University Press, 1990; bell hooks, *Feminist Theory - From Margin to Center*, Cambridge, South End Press, 2000.
82. R. Adami, *Women and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Routledge, 2018; Butterfield, *Gendering Universal Human Rights*; D. Jain, *Women, Development, and the UN: A Sixty Year*

Quest for Equality and Justice, Bloomington, Indiana University Press, 2005; J. H. Quartaert, *The Gendering of Human Rights in the International System of Law in the Twentieth Century*, Washington, American Historical Association, 2006.

83. The Status of Women in the Post-War World. Conference convened by the Liaison Committee 6.3.1943, cit. Zimmermann, “Liaison Committees of International Women’s Organizations”, p. 31.

84. *Ibid.*, p. 31-32.

85. Charter of the United Nations. T. Skard, “Getting our History Right: How were the Equal Rights of Women and Men Included in the Charter of the United Nations?”, *Forum for Development Studies*, 35/1, 2008, p. 37-60, J. Morsink, “Women’s Rights in the Universal Declaration”, *Human Rights Quarterly*, 13/2, 1991, p. 229-256.

86. United Nations, Journal of the Economic and Social Council 1, 12 (10.4.1946), p. 123ff.

87. Report of the Subcommission on Status of Women to Commission on Human Rights, 12-14 May 1946, Journal of the Economic and Social Council 1, 14 (24.5.1946), p. 169ff.

88. Resolution Creating Commission on Status of Women, 21.6.1946, Journal of the Economic and Social Council 1, 29 (13.7.1946), p. 525ff.; Dorothy Kenyon, “The United Nations Commission on the Status of Women”, *Women Lawyers Journal*, 33, 1947, p. 37-44.

89. Lake, “Defining Women’s Rights at the League of Nations and the United Nations”, p. 266-267.

90. J. W. Scott, *Only Paradoxes to Offer: French Feminists and the Rights of Man*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

91. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, last access October 24, 2022.

92. Zimmermann, “Liaison Committees of International Women’s Organizations”.

93. For the time before see: S. Kimble, “Women’s Rights and the Rights of Man: Women’s Status under Law as the Measure of ‘Civilization’ in Political and Legal Discourse, 1869-1914”, *Laws and International Relations: Actors, Institutions, and Comparative Legislations*, ed. R. Cahen *et al.* (forthcoming Paris, Pedone, 2023).

ABSTRACTS

This article shows how women moved on an international level to work for equal rights for women in a long-time perspective with a focus on the interwar time and while doing so, started to define the terms of “equal rights” and later “human rights” for themselves as well as in international law. In fact, “equal rights” did not mean the same to women as the debates related to the League of Nations and later the UN and the strategies show. Thus, the international women’s movement followed different approaches to gain equal rights and split apart in the attempt. When in 1945 the Preamble of the Charter of the UN finally stated “equal rights of men and women”, women realized that the goal they reached was only the first step to start anew to exactly define what equality rights meant for women.

Cet article montre, dans une perspective de long terme, en mettant l'accent sur l'entre-deux-guerres, comment les femmes ont agi au niveau international pour œuvrer en faveur de l'égalité des droits pour les femmes et, ce faisant, ont commencé à définir les termes d'« égalité des droits » et, plus tard, de « droits de l'homme » pour elles-mêmes ainsi qu'en droit international. En fait, « l'égalité des droits » n'avait pas la même signification pour les femmes, comme le montrent tant les stratégies que les débats liés à la Société des Nations et, plus tard, à l'ONU.

Ainsi, le mouvement international des femmes a suivi des approches différentes pour obtenir l'égalité des droits et s'est divisé dans cette tentative. Lorsqu'en 1945, le préambule de la Charte des Nations unies a finalement déclaré « l'égalité des droits des hommes et des femmes », les femmes ont réalisé que l'objectif qu'elles avaient atteint n'était que la première marche d'un processus visant à définir exactement ce que l'égalité des droits signifiait pour les femmes.

INDEX

Keywords: women's rights, women's rights as human rights, international law, international movement, League of Nations

Mots-clés: droits des femmes, droits des femmes comme droits humains, droit international, mouvement international, Société des Nations

AUTHOR

MARION ROWEKAMP

Colegio de México, Freie Universität Berlin

Political Engagement by ‘apolitical’ Female European Lawyers: The International Federation of Women Judges and Lawyers, 1928 – 1956

Sara L. Kimble

I. Introduction

The *Fédération Internationale des femmes magistrats et avocats* or International Federation of Women Judges and Lawyers (FIFCJ) was formed in 1928 by transnational activists who claimed to be engaged in the work of professional unity and cooperation, not political action. This pioneering European legal sorority intended to cultivate “amity and solidarity” among its female members, facilitate women’s access to “all juridical careers,” improve “women’s professional circumstances,” study laws, and to “spread the idea of world peace”¹. The FIFCJ articulated superficially uncontroversial objectives and aligned itself with the mainstream issues of the women’s rights and humanitarian movement of the early twentieth century. Despite the claim of political neutrality, my analysis of the collective and individual activities by the core members reveals that they created networks of solidarity and studied comparative laws precisely to promote legal reform and political change. At critical moments, they challenged the status quo that restricted the rights of women and devalued women’s contributions in public life. At the League of Nations, and later the United Nations, they campaigned for international laws to criminalize family abandonment and secure maintenance support for dependents, an important win benefitting women and children. Additionally, they fought to secure married women’s right to keep their own nationality upon marriage with a foreign spouse under international law. These efforts came to fruition in the mid-1950s as international law conventions.

Historical research into the FIFCJ members’ activities from 1928-1956 reveals that their political platform was broad and deep as they sought to overturn male privilege in

national and international law. The federation activists were committed to winning women's access to the professions, and to voting and electoral rights where exclusions still applied (e.g., France, Spain, Switzerland), and they also condemned discrimination against women in employment, education, professional and economic opportunities. They criticized the impoverishment of wives and children who, abandoned by spouses and fathers, were denied protection within the family structure. But they went beyond these demands to champion the downtrodden including refugees and the politically persecuted, especially during the 1930s and 1940s. Undergirding their campaigns were claims that states, and their legal systems, failed to adequately safeguard women and children. This cadre of female lawyers and jurists sought to apply international law as a buttress for weak national protections.

This politicization of gender-focused legal reform was not limited to activists in liberal democratic societies but also operated in fascist Italy and Nazi Germany where female legal activists pushed reform agendas. This research highlights the importance of legal knowledge and political influence in facilitating female activists' efforts to engage in shaping their societies regardless of the fate of democracy on the national level. It also reveals an important schism within FIFCJ history.

The theoretical lens used to interpret this phenomenon of female-led activism is termed "cause lawyering" or "political lawyering"². This assumes a broad definition of such lawyering, that is, the lawyers applied their professional skills (e.g., legal research and advocacy) in the service of political movements³. This research follows other scholars who have investigated the use of law for political ends. Liora Israël questions but still applied the approach of cause lawyering to her analysis of resistance and collaboration by French lawyers during World War II. Israël's research on lawyers under Vichy and German occupation allows us to see cause lawyering in a variety of modes of practice in support of political movements and as a form of protest against state power⁴. Likewise, legal historian Felice Batlan's work illustrates how women's organizations used the law, despite their outsider status⁵. These models are useful to examine how European female lawyers engaged in political causes to argue that the state should provide welfare programs. Their arguments ran parallel to those activists known for "civic maternalism," meaning they promoted women's public activities as policymakers, voters, and civic-minded workers⁶.

The emergence of the FIFCJ legal sorority in 1928 was possible only when educational, constitutional, and structural conditions created opportunities in the legal and juridical careers in the post-World War I era. The majority of European countries admitted women to the bar between the two world wars: Portugal (1918); Sweden (1918, unmarried women); Denmark (restricted from 1906, equality in 1919); Italy (1919); Scotland and Wales (1920); Northern Ireland (1921); Belgium, Czechoslovakia, England, and Germany (1922); Poland (1925); Hungary (1928); and Austria (1929).⁷ France exceptionally admitted women to the bar in 1900 and it is from this country that the initial leadership of the legal sorority emerged⁸. The relevant biographies of the federation leaders will be highlighted below following a brief discussion of historiography, research methods, and sources.

A. Historiography and Methodology

The activism of the FIFCJ in the realm of international law may have been overlooked until now for a variety of reasons including gender discrimination that marginalized

women's concerns at the time, the impact of the rise of fascism and World War II on its membership and loss of archival materials, historical amnesia, and disciplinary practices. Heretofore, disciplinary boundaries as well as methods have impeded explorations of the questions of women's participation in international law. The separation between private international law and public international law has artificially obscured the dialogues and cross-fertilization. Moreover, recognizing the role of marginalized figures in the construction of international legal thought and international law requires acknowledging the role of non-state actors in this history.

New scholarship explores ways to uncover and analyze the role of non-state actors in the history of international law. In *Rewriting the History of the Law of Nations* (2019), Paolo Amorosa (inspired by Anne Orford) writes to understand the past, with all its contradictions and limitations, and also keep open the possibility of political engagement by current lawyers. Amorosa questions the previously accepted narrative on the origins of modern international law. He proposes a new perspective:

reconsidering certain images of our profession, at the same time self-aggrandizing and de-responsibilizing, that we have come to recognize and accept. When we think of ourselves as the “priesthood” of a technical discipline, operating in a legal sphere separated from politics, or as the members of a universal invisible college, depositaries of “the legal conscience of the civilized world,” we deny our role as situated, engaged, and self-aware political actors. Self-awareness carries with it the immersion of historical narratives about international law into the general discourse of global politics; it also counteracts the temptation of retreating into a realm of timeless ideas bearing little grip on the stakes of concrete social arrangements⁹.

This approach emphasizes the role of human agency in writing international legal history, recognizes that political concepts evolve in particular historical contexts, and uses methods not constrained by rigid delimitations of the disciplines. Moreover, any narrative insisting that international law has been constructed without women, or without gender, fails to recognize the fundamental ways in which concepts of human rights have been construed.

Historian Jean Quataert has worked constructively to “engender” the field of human rights over two decades, from her succinct essay on *The Gendering of Human Rights in the International Systems* (2006) to her comprehensive *The Routledge History of Human Rights* (2020). Quataert's interventions illustrate how to historicize “our perceptions of power and weakness” and disrupt the presentism of the dominant narrative of human rights¹⁰. Additionally, other scholars are engaged in locating the “forgotten” and “invisible” figures – often women – from international law, successfully taking a biographical approach to unearth historic contributions¹¹. Clearly, the “historical turn” in international law, and historians' interest in legal history and international relations, is still a work in progress¹². Nevertheless, these scholars are rescuing marginalized actors involved in the shaping of international law and international relations who have been unhelpfully obscured. These inclusive scholarly perspectives provide us with models for how to write a more comprehensive history of socio-political and legal change in the modern era.

To recover women as a force in legal history, scholars should recall the important role of law in the modern women's rights movement from the nineteenth century¹³. The intellectual and political history of the “woman question” is old indeed; historian Karen Offen has examined it from the fifteenth century¹⁴. A variety of writers shaped the more precise question of “women's legal status” from the late nineteenth century,

including Spanish penologist Concepcion Arenal's *Ensayo sobre el Derecho de gentes* (1879), American reformer Theodore Stanton's essay collection: *The Woman Question in Europe* (1884), and the Belorussian political theorist Moisie Ostrogorski's *La femme au point de vue du droit public: étude d'histoire et de législation* (1892). These texts and their authors deserve to be better known by today's scholars claiming to examine the history of international and comparative law¹⁵. (To leap from John Locke to the United Nations when writing history of international law misses important opportunities to engage in critical thinking about the development of international law¹⁶.) Even the classic text by Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (1950), saw the mid-nineteenth century as the beginning of a "new era" in legal history¹⁷. New scholarship is beginning to recognize that both gender politics and women shaped this history.

The European women's rights movement from the nineteenth century was profoundly concerned with laws. Prior to the establishment of the League of Nations, legal activists sought to study and advanced women's rights through international agreements. Their approach followed the model that led to the abolition of the slave trade and opium trade and limited prostitution and human trafficking¹⁸. Feminist legal experts networked through the meeting International Council of Women (ICW, established 1888), a group that fostered the development of "legal feminism"¹⁹. The study of women's rights culminated in the ICW's 200-page analysis entitled *Position in the Laws of the Nations: A Compilation of the Laws of Different Countries* (1912), published in English, French, and German. In the subsequent phase, once the League was established, the FIFCJ was on the vanguard of this continued effort by feminist jurists.

B. Sources

This current research illustrates that by delving into archival sources and the published legal texts we can locate pioneering female lawyers who engaged with international law. This article builds on earlier research that identified the role of legal feminism in the international women's rights movement from the 1880s, and reconstructed the origins of the first European women's association of lawyers and judges²⁰. The FIFCJ secured consultative status with the League of Nations in 1929 but did not publish their own periodical until 1963. This Federation eventually published their organizational history in 1989, which provides a self-reflexive narrative²¹. No organization archive has yet materialized, perhaps due to the ransacking of residences and offices associated with the thieving by the Nazis and their collaborators.

Nearly all of the founding members of the Federation were forced into exile as a result of the rise of Nazism, the Spanish Civil War, and the Second World War. These disruptions reduced the existing evidence base but records remain in women's history archives, the UN archives, legal journals, and law congress proceedings²². To compensate, professional records have been combined with analysis of memoirs by several federation leaders including Marcelle Kraemer-Bach (in French) and Vera Poska-Grünthal (in Estonian) that provide a biographical tone to the reconstruction of their historical contributions²³. The variety of national origins of the original members, however, does present practical and linguistic challenges for accessing archives in various locations and languages.

The FIFCJ was headquartered in Paris and had overlapping membership in other women's rights organizations and later with the national groups such as French

women's bar association, *Association française des femmes des carrières juridiques*. Unfortunately, the FIFCJ has been erroneously confused with a post-war organization of *Federación Internacional de Abogadas / International Federation of Women Lawyers*, established in 1944 in Mexico City. This newer organization obtained United Nations Consultative status only in 1954. The origins and significance of the first extent organization of European lawyers merits clarity.

II. The Origins of the *Fédération internationale des femmes des carrières juridiques*

The FIFCJ founders were pan-European: Vera Poska-Grünthal (Estonia), Clara Campoamor (Spain), Margarete Berent (Germany), Agathe Dyvrande-Thévenin and Marcelle Kraemer-Bach (France)²⁴. This group was quickly joined by Antoinette Quinche (Switzerland), Elsie Bowerman (Britain), Wanda Grabińska (Poland), and Elina Guimarães (Portugal)²⁵. From the origins of the organization in 1928, members concentrated on questions of women's status in the legal and juridical professions, legislative reforms to change civil or penal codes within their respective countries, and subsequently, to internationalize their efforts. The FIFCJ owes its existence to the broader international women's rights movement, notably the International Council of Women (ICW), which maintained political neutrality and non-partisanship while it endeavored to build a women's collective²⁶. The ICW's constitution rejected "controversial" political and religious matters while it focused on issues related to the welfare of the family, fundamental freedoms, and rights of the individual. The FIFCJ sought to emulate this model in its own objectives. FIFCJ members also belonged to varied organizations, such as the International Association of University Women, International Alliance of Women for Suffrage and Equal Citizenship, International Business and Professional Women's Association, Open Door International, etc., where their parallel activism may have diffused some of their energies and further obscured their role in international law debates and developments. Biographical research reveals, however, that they were present and intervened at male-dominated legal conferences hosted by the International Law Association and International Association of Juvenile Court Judges.

The public expectation for the FIFCJ members was activism for justice. One observer phrase it this way: "Female lawyers, in all countries, have been engaged in a difficult competition with men to defeat heavy prejudices. In forming a group and raising consciences, they can provide the most important services"²⁷. These services included advocating for feminist legal reform, educating the public, and appealing for non-violent solutions to global crises. The moment of the FIFCJ's emergence coincided with the explosive growth in internationalism that brought NGOs into position of greater influence relative to the activities of the League of Nations²⁸. This movement was partially fueled by a critical mass of university-educated women primed for political participation and transnational connections. A brief prosopographical sketch reveals their common origins and political orientation.

Estonian lawyer Vera Poska-Grünthal (1898-1986), who initiated the meeting that led to the formation of the Federation in July 1928, later recalled that while meeting in Paris with international colleagues she "felt as though a light went on in my head, with the realization that though we'd come from all the many corners of the globe, our concerns

were the same”²⁹. Common concerns included the poverty of children, the ineffective role of justice system in the treatment of juvenile delinquency, the paucity of children’s legal protections³⁰. Poska-Grünthal’s political priorities were rooted in her professional practice in Tallinn, where she worked on family law cases for the municipal Bureau of Legal Advice, and with the Estonian women’s movement where she focused on reform proposals that would align the Baltic Civil Code with the Estonia constitution. She was later credited with co-authorship of a new code section of the legal status of illegitimate children adopted in 1934. As she witnessed the failure of nations to implement meaningful reforms, such as those outlined by the Geneva Declaration on the Rights of the Child, one result was political radicalization.

The FIFCJ was a vehicle to elevate women’s public legal advocacy on behalf of the most vulnerable. Agathe Dyvrande-Thévenin (1885-1977), first president of the FIFCJ, argued that women in the legal profession were called upon to protect and defend the interests of others – a privilege, she believed, that belonged as much to women as to men³¹. Her peers praised her as an effective leader in building solidarity across borders: “She knows how to weave spiritual connections together with solid juridical discussions, from country to country, above the oceans and continents, into an enduring fraternity”³². Dyvrande-Thévenin, a well-respected attorney in Paris, defended women’s rights comprehensively – including their right to access all branches of the legal and juridical professions – and constitutional voting rights. She also advanced legal claims for the recognition of the unpaid work that women did within the household, and for international maternity protections. She believed that women should pressure their governments to promote “evolution and progress” under the law, a euphemism for equality³³. Even in France during the 1930s, women faced new gender discrimination such as employment quotas within civil service. Despite these restrictions, female lawyers were among the most active campaigners for reforms to the civil code, constitutional law, judicial organization, and citizenship rights³⁴. Female lawyers fought especially for married women rights to work, to vote, for parental authority over their children, and retention of their nationality in the event of marriage to a foreigner³⁵.

In Spain, Clara Campoamor (1888-1972), FIFCJ co-founder, was also member of the Spanish Constituent Assembly from 1931, under male-only suffrage. She defied her own Radical Party to advocate for women’s voting rights. Her political activism was influential in the passage of substantive reforms including “maternity insurance plans, labor legislation, education reform, civil marriage laws, and the establishment of divorce, together with abolition of regulated prostitution”³⁶. Campoamor’s demand for equality of the sexes in constitutional law was exceptional both in Spanish politics and Spanish feminism. Her commitment to republican values and legal reform was an asset during the Constituent Assembly but she split with the Radical Party (1934) over the position of the Church, and the repression of workers in Asturias³⁷. She remained a FIFCJ member throughout these challenges.

In Warsaw, Wanda Grabińska (1902-1980), worked as a pioneering juvenile court judge and administrator in the Polish Ministry of Social Assistance. She served as a formidable advocate for juvenile justice reform, a campaigner for female judges, general secretary to the International Association of Children’s Magistrates, and expert at the League of Nations³⁸. Grabińska joined the FIFCJ at the Paris conference of 1929, and served as its vice-president during the 1930s. At the League of Nations, she represented Poland on the Advisory Commission for the Protection and Welfare of

Children and Young People. With French judge Henri Rollet she published a guide to *Auxiliary Services of the Juvenile Courts* (1931) and a work on the *Organisation of Juvenile Courts and the Results Attained Hither-to* (1935). She advocated for a significant role for women in the social and judicial rehabilitation of youth³⁹. Her activism from the 1930s contributes to a pattern of civic maternalism that facilitated women's entrance into public life, easing their passage as a result of their assumed "expertise" in many family-law related matters. Grabińska, judge of the Warsaw youth court from 1929 to 1939, believed that delinquents did not need imprisonment but rather education, tenderness, and even sunshine⁴⁰. Her juridical practice implemented the principles of the Geneva Declaration on the Rights of the Child, and embraced modern rehabilitation methods.

European feminist lawyers produced copious examples of popular legal education through their public speaking and journalism. These practices were typical in several countries, influencing their contemporaries and providing sources for analysis legal feminist thought in the early twentieth century⁴¹. Swiss attorney Antoinette Quinche (1896-1979), assistant secretary of the FIFCJ, wrote a newspaper column informing readers about the rights and restraints of family law and civil law most likely to affect them. Quinche's series "*Causerie juridique*" was published in *Le mouvement féministe: organe officiel des publications de l'Alliance nationale des sociétés féminines suisses* from 1928 through 1939. She wrote in lay terms about marital property, divorce, declaration of pregnancy, illegitimate children, guardianship, nationality, and other concerns. Quinche was involved in the Swiss Society of International Law (established 1914) though scholars still need to examine her activities in that context⁴².

Portuguese feminist Elina Guimarães (1904 – 1991) finished law school in 1926 and contributed to the genre she called "juridical feminism". A FIFCJ member from 1929, Guimarães gave public lectures, wrote extensively in the popular press, and published monographs on topics of "*feminismo juridico*" beginning in the 1920s. She described her approach:

For centuries and centuries laws were written, applied, studied and commented by men. No wonder they were masculine. That is why they protected the property of the married woman more than their persons [...]. The law in the domain of the civil code of 1867 was for the married woman the denial of justice. That's why I preferred to work in the laboratories where future laws are elaborated: the law magazines. There I made countless comments on Portuguese jurisprudence and reports on favorable foreign laws⁴³.

Guimarães was also a leader in the Portuguese women's movement as president of the ICW-affiliated National Council of Portuguese Women (*Conselho Nacional das Mulheres Portuguesas*) from the age of 25. Her leadership positions kept her in contact with international feminists⁴⁴. The installation in 1933 of the Estado Novo, the corporatist Portuguese state, suppressed the women's rights movement. Guimarães documented the dismantling of women's rights by the dictatorship⁴⁵. Her research has served historians who are still reconstructing the history of early Portuguese feminism because "the dictatorship erased the memory of early feminists"⁴⁶.

The first secretary general of the FIFCJ, Marcelle Kraemer-Bach (1897-1990), was an indefatigable advocate for universal republicanism and equal rights. French through her Romanian parents' naturalization, Kraemer-Bach promoted equality under the law throughout her career, leaving behind a considerable record. Her writing focused on equal pay for equal work, civil equality of married women, and women's suffrage and electoral rights. Kraemer-Bach reached a variety of audiences, writing for the French

women's daily paper *La Française*, the mainstream press such as *Le Petit Parisien* and *Excelsior*; and the legal press, such as the *Revue de droit international*, *La Revue pratique de droit international*, and *La Vie Judiciaire*. She also authored a book on gender inequality under the law: *Les Inégalités légales entre l'homme et la femme* (1927). As a member of the influential French women's suffrage union (*Union française pour le suffrage des femmes*), she was among those who persuaded the French Radical Party to change its position and endorse women's suffrage following their 1924 congress⁴⁷. She exerted particular influence as a member of the French commission to reform the civil code regarding married women's rights (resulting in the law of 18 February 1938)⁴⁸. Her most significant period of international legal activism would occur after the Second World War (discussed below).

Berliner Margarete Berent (1887-1965) completed her legal studies in 1914, writing a thesis on community property in marriage law. Berent became a lawyer in 1925, shortly after the German bar admitted women. She published on a variety of law topics, and together with Marie Munk, wrote the recommendation for the Federation of German Women's Associations (*Bund Deutscher Frauenvereine*, BDF) that married women have the right to keep their own nationality upon marriage with a foreigner. This law was introduced to the Reichstag in 1932⁴⁹. Her influence across various women's organizations would be cut short due to anti-Jewish decrees introduced in 1933 by Hitler's regime. (The impact of Nazism on the FIFCJ examined below.)

As lawyers and judges *engagées*, the women of the FIFCJ capitalized on organizational, social, and professional opportunities to promote the women's rights claims that typified the legal feminist movement of the interwar era. Only rarely have historiographies recognized their legal activism as part of a larger analysis of women's rights history⁵⁰. Their role as international actors at the League of Nations and for international law is undervalued by scholars. This article posits that their most significant contributions in international law were related to the internationalization of the crime of family abandonment and married women's autonomous nationality, as explained below.

III. Internationalization of the Crime of Family Abandonment

The objective of the FIFCJ during the interwar era was to promote legal equality for women, and call for the end of gender discrimination at the level of individual states, the League of Nations, and the International Labor Organization⁵¹. Most uniquely, and little-recognized, they pursued international legal agreements on the criminalization of family abandonment, the abolition of married women's civil inequality, the standardization of marriage laws, and mechanisms to provide judicial assistance to the indigent⁵². The pivot point of each proposal was attention to gender inequality in the structure and conditions of family life. In particular, they criticized how law institutionalized patriarchal privilege to the detriment of women and children. In the example of family abandonment, men's failure to provide for their dependents was a cause of impoverishment and the unreliability of marriage. Feminists, with their experience in the court system, hoped to change material conditions and human behavior by rewriting the law. Historian Gisela Bock argues that actions to improve the situation of motherhood across class lines "were the most significant contributions by

and for women in the beginnings and consolidation of the European welfare states”⁵³. In the effort to address the feminization of poverty, feminists pursued varied approaches including advocating for improving women’s opportunities for legal and financial independence, calling for state-sponsored “mothers’ pensions,” and urging legislatures and courts to hold male heads of household accountable. Less well-recognized are the efforts aimed at international law that the FIFCJ member promoted, notably, the international criminalization of family abandonment, discussed here.

During the interwar years, the FIFCJ endeavored to internationalize the 1924 French model of family abandonment law at a time of ongoing political instability, high refugee mobility, poverty, and famine across Europe. The French law of 10 February 1924 established new punishments for the crime of family abandonment to those who shirked the duty of alimentary support over three months to their spouse and/or dependents. Those convicted could be subject to imprisonment, from three to twelve months, or a fine of 100 to 2,000 francs. Crucially, for unmarried mothers, children could claim support regardless of whether they had been born within the bonds of marriage⁵⁴. French law also applied to foreigners as well as citizens (Civil Code, Article 3). The voluminous and extant League of Nations files attest to the human tragedy in cases of the indigent and abandoned that humanitarians and feminist jurists sought to address⁵⁵.

FIFCJ activist and Estonian lawyer Poska-Grunthäl’s argued for the “security of the family” through the respect of “the equal rights and obligations of the spouses towards their children and towards each other”⁵⁶. This savvy strategy leveraged the less controversial language of “civic maternalism” rather than bourgeois or liberal feminism with its individualistic emphasis⁵⁷. This maternalistic strategy advocated expanding women’s rights to empower their benevolence for the benefit society’s vulnerable populations. Advocates also used chivalrous rhetoric to justify legal action, arguing that patriarchal failures left women and children in need of protection that could be provided by legal and judicial authorities for the benefit of societal stability⁵⁸. This issue evoked traditional notions of the family as in need of buttressing through legal protections by criminalizing male-generated harms, such as abandonment.

Drawing on the discourse about the bourgeois family as the stable foundation of society, FIFCJ general secretary Kraemer-Bach argued that international private law needed to provide mechanisms to protect “*la famille, base de la société*”⁵⁹. Kraemer-Bach reflected that criminal law could achieve what men’s conscience and civil law had not: force men to reflect on their responsibilities to others, under pain of punishment. She also believed that protective laws would provide international “solidarity among women”. Moreover, she thought men would be less rash when they were no longer “immune” from consequences of abandonment despite the “the ease and rapidity of transport”⁶⁰. This approach appealed to those political forces who valued the patriarchal family while the feminists hoped to assist women and increase the protective forces of the state for the least powerful.

From the 1930s, women’s rights organizations, notably the FIFCJ and ICW pressed the League of Nations to act on the criminalization of family abandonment, as documented in their letters and conferences⁶¹. Their allies at the League followed the movement of the consultative committees closely, and thus were able to urge action. (Alexandrine Cantacuzène, ICW vice-president, pressured Vespasian Pella, for example⁶².) Private correspondence between the League Secretariat of social questions reveals that the

FIFCJ was in a position to provide documentation that could potentially persuade reluctant governments to act⁶³. Although the FIFCJ maintained a politically-neutral reputation at the League, gender politics were always controversial. Kraemer-Bach also pressed for support among male colleagues at the International Law Association in hopes that their gravitas might spur the League to catalyze a convention to criminalize family abandonment⁶⁴.

In pursuit of an effective international voice, the FIFCJ formed an “action committee” and lobbied persistently over years⁶⁵. French attorney Jacqueline Bertillon (1896-1992), member of the *Union internationale des avocates* organization, wrote letters to League section director Eric Ekstrand, and spoke on the radio, arguing for the criminalization of family abandonment, citing examples from her own clientele. She claimed that some debtor husbands would rather flee the country than pay any required alimony. International law could prevent these scofflaws from escaping responsibility⁶⁶. The League did not act swiftly on the issue of family abandonment, however. Romanian aristocrat Hélène Vacaresco (Elena Văcărescu) complained in 1937 of obstructionism and that Eckstrand’s Fifth Commission exhibited “indifference” to child and family welfare despite FIFCJ jurists’ “abundant documentation” and multiple appeals for action. The proponents of the criminalization of family abandonment also had the support of eminent jurist Vespasian Pella, but even his influence was no panacea to secure support for this convention⁶⁷.

In the post-World War II era, many countries imposed legislation on criminal abandonment but international experts averred that the conflict of laws required resolutions through international law⁶⁸. The FIFCJ had anticipated this problem. Fortunately, Kraemer-Bach published *Les actions alimentaires en droit international. Commentaire des projets des nations unies* (1953), to explain the complex international legal solutions. In the text she wrote:

The ebb and flow of wars, foreign occupations, migrations of peoples, mass deportations, and the number of these unfortunate [...] ‘displaced persons,’ the ease and speed of travel multiply at an accelerated rate the number of families (wives, children, old parents, even disabled husbands) abandoned by their natural supporters. They die of misery or become public assistance charges⁶⁹.

She then co-lead the UNESCO-appointed committee of experts to create the Convention on the Recovery Abroad of Maintenance. This Convention established administrative means to secure material assistance to children under international law, increasing options by which debtors could be held liable, and facilitate enforcement mechanisms. The Convention was designed to ensure parents’ duty to provide for their basic needs of their children. The law, ratified in 1956, would not have existed without the persistence of Kraemer-Bach and her FIFCJ colleagues⁷⁰. In Latin America today, this convention is still relied upon for cross-border maintenance issues “because it is the instrument that provides answers to most of the maintenance cases in the region”⁷¹.

IV. Married Women’s Autonomous Nationality Rights

Feminist legal activists of the early twentieth century increasingly looked to international law to provide order, coherence, and emancipation through the individual human right to equality and state support of the family. Comprehensive solutions seemed the only rational way to provide equal rights to women across borders. To this point, historian Leila Rupp wrote: “the growing interconnectedness of

the modern world meant that questions of labor legislation, nationality, and the traffic in women could only be addressed on the international plane”⁷².

The FIFCJ also wanted to secure for married women a nationality of their own, independent of their spouse’s nationality. While some nations had granted married women the right to keep their nationality upon marriage with a foreigner, or in the event of naturalization during marriage, this was not generally the case. Laws had evolved to grant women some autonomy in the USSR (1918), Belgium (1922), Estonia (1922), USA (1922), France (1927) and twelve other jurisdictions by 1929⁷³. Interwar conditions raised the urgency of the issue where, first, exigencies created situations where married women could (and did) become enemy aliens in their own country due to war. Second, women increasingly expected access to divorce but if they married a foreigner they might lose that right. Third, the right to one’s own nationality as a matter of principle was important for the recognition of one’s individual personhood and full citizenship⁷⁴. Rights within a nation grew increasingly valuable as xenophobic or authoritarian leaders sought to strip the persecuted of their citizenship⁷⁵.

FIFCJ activists argued for an end to marriage law practices that stripped adult women of their fundamental individual rights through coverture or its civil law equivalent. The infantilization of the married woman was, they argued, a kind of sick fiction, as well as a vestige of Roman law in the modern world. At an ICW conference, Belgian pioneering attorney of the FIFCJ Marcelle Renson (1894-1988) asked if anyone could explain how it was possible “that a woman, capable of intelligence before marriage, suddenly becomes like a child when she enters into a legal union”⁷⁶. Rather than tolerate the “imbecility-by-marriage-contract” argument, Renson demanded the civil rights of spouses to be equal and that “the preeminence of the husband is no longer based on an inferiority of the woman”⁷⁷. In other words, feminists requested a more equitable future through law: “A new house must be built for the new family, where father, mother and children find equal place”⁷⁸. Even as some European constitutions promised equal political rights for women few made the necessary reforms to private law, creating stark contrasts between citizens’ rights based on their sex and marital status. This is the historical nexus when feminist jurists repeatedly and vocally demanded an alignment between different branches of the law, to end hypocrisy for adult women who experienced legal subordination and inequality under family laws in ways that had become antithetical to their economic value during wartime mobilization or other employment⁷⁹.

The issue of married women’s civil incapacity was especially important among the civil code nations that required a wife’s “obedience” and subordination to spousal authority under the law. Married women found themselves restricted in work and travel, unequal in their parental rights, insecure in cases of marital problems. Many misogynist arguments insisted upon women’s inferiority but feminist critics answered that legal and social constructions aligned power to the masculine. Since gender, and the powers associated with masculinity versus femininity, were constructed, they could be dismantled. Kraemer-Bach argued that laws could emancipate women, and recognized that women had the capacity to choose to become wives and mothers but societal expectations of those roles was not destiny, or justification for inferior treatment. She wrote: “Today, she [woman] rejects protection and demands freedom. Laws, lagging behind life, must be brought into line with current customs (*mœurs*)”⁸⁰.

The FIFCJ sought international agreements through the League of Nations that could supersede reluctance or intransigence on the national level. This strategy led to mixed

results. When delegates debated the issue of married women's nationality in 1930 at The Hague Conference on International Law, they refused to adopt an egalitarian position. As historians have documented, many feminist organizations attended the conference to argue for gender equality⁸¹. Activists received only vague assurances that, at some convenient time in the future, equality would be studied by international lawmakers. In this pledge, Renson saw reasons for cautious optimism:

When States have succeeded, as in this case, in agreeing, even if only on certain points, on a question as delicate as that of nationality, affecting their very existence, and where international law cannot be dissociated from politics, can we not hope for the future⁸²?

Renson did not rely on hope alone. She and Kraemer-Bach formed a team to argue that the automatic assignment of a husband's nationality to his wife was an infringement of her rights as a person and they explained the disparate impact that the current laws imposed on a woman's right to work. They lectured at the FIFCJ conferences in Naples (1934) and Vienna (1936), events attended by international jurists and elected officials, to draw attention to the existing legal models that provided wives the greatest level of equality in marriage, including the right to choose a domicile, to maintain property rights within marriage, and to enjoy civil independence. They suggested that until all countries adopted a universal code of private law, newlyweds of different nationality should have the right to declare before an official which national code they intended to follow. Their landmark study on comparative matrimonial law, *Le Régime matrimonial des époux dont la nationalité est différente* (1939), prepared the groundwork for eventual reform secured through the United Nations⁸³. The UN Convention on the Nationality of Married Women, ratified in January 1957, established a married woman's right to her nationality, effective in August 1958. It was a long-awaited egalitarian victory achieved in large part by FIFCJ's members' persistent efforts in the preceding three decades.

V. The Impacts of Fascism and Nazism

In the two international conventions advanced by the FIFCJ, the members found success through collective action. The unity they forged, however, was fragmented by the pressure imposed upon them under the authoritarian regimes of Italy, Germany, and Spain where political extremism and discriminatory policies reversed the momentum feminists had generated. In the interwar period, FIFCJ members continued to meet in politically volatile locations including Naples (1934), Vienna and Budapest (1936) as well as Paris (1929, 1930, 1932, 1937) where they witnessed the persecution of some of their colleagues. Politically liberal members organized to resist the increase in discriminatory actions. They also defended liberal views of the family against the fascist or proto-fascist policies that disadvantaged women in public life. Estonian lawyer Poska-Grünthal argued that:

In order to face this threat, it is essential to be in contact with women's efforts in all countries and thus multiply one's own strength. The political, economic and social conditions are constantly changing, which imposes the need for flexibility in changing methods, tactics and propaganda, always keeping in mind the main idea for which the work is being carried out: the wellbeing and security of the family through the equal rights and obligations of the spouses towards their children and towards themselves⁸⁴.

Under threat were the multiple campaigns to secure equal rights in marriage law and family law that had been progressing across Europe. In the 1930s, the FIFCJ persisted in

arguing for continued family law reforms through Europe such as replacing paternal power with parental authority; establishing legal guarantees for the payment of alimony and child support for fractured families; recognizing the economic value of women's unpaid work in the household; and for the equalizing the distribution of property in cases of divorce. Across the different political contexts, these liberal jurists called for the strengthening of private law to protect women and children that required state intervention in private life.

In right-wing regimes, the state was also seeking inroads to restructure private life, to “emancipate” women from women's emancipation, according to Hitler's anti-egalitarian ideology⁸⁵. In fascist Italy, Mussolini declared: “Woman must obey. My idea of her role in the State is in opposition to all feminism”⁸⁶. Female lawyers could sustain political activism within the context dominated by authoritarian political regimes only if they espoused rhetoric consistent with the politics of the new statist order. In this context, some of the rhetoric from a few female lawyers in Italy and Germany raises questions about the Political role of their discourses and its opportunistic malleability to different contexts. Our interpretation of the available texts is thus more tentative as we are skeptical of the sincerity of ideas that vary with the political winds, especially in Italy.

In Mussolini's Italy, law professor Teresa Labriola (1873-1941) was, according to historian Victoria de Grazia, “the most assertive advocate” of the state's right to eradicate male irresponsibility related to the family. This meant punishment for men who seduced minors, requiring that men who fathered children outside of marriage to support them, and protection of property from martial abuse⁸⁷. Labriola, a lawyer since 1919, had deep roots in the women's rights movement in Italy, having led discussions on legal questions such as marital authorization, marital powers, adultery, paternity suits, defense and corruption of minors at the National Congress of Italian Women (1908)⁸⁸. Yet she made alliances with the fascists to promote the idea that women were the pillars of the family and the family was the pillar of the state⁸⁹. Moreover, she came to view “mothers” as a legal classification. Italian studies scholar Barbara Spackman writes that Labriola invoked mothers as a having “rights and duties insofar as they occupy a juridical position [...] faithful to Roman law, that juridical position is dependent upon marriage”⁹⁰. In this ideology, the fascist mother is a social fiction whose legal identity exists “not because she had children but because she was the wife of a paterfamilias,” with rights and duties only because she conforms to the patriarchal, heterosexual family within the fascist state. Labriola maintained “the view that in an ethical state, differences between the sexes could be safeguarded in a superior unity”⁹¹. Labriola published hundreds of articles over her lifetime, including for the popular *La Donna italiana* during the interwar years. While she adhered to fascism for a time, and thus drew the scorn of her peers and socialist colleagues, she ultimately grew disillusioned with this ideology⁹².

Also in Italy, Maria Letizia Riccio (b. 1892), had been quick to affiliate with the FIFCJ but struggled against fascist pressures. Riccio worked as a teacher before completing a degree in law, writing a thesis on historic rational monetary policy (1923)⁹³. She witnessed the modest increase of women in the Italian legal profession from 85 in 1921 to 180 members in 1931⁹⁴. She established the Italian Federation of Women Jurists (*Federazione italiana donne giuriste*) in 1930.

According to writer Francesca Tacchi, Riccio's political energies focused on politico-legal reform as it related to the family. Riccio asserted that the family was not only the "most suitable and most interesting field of investigation" but the "only subject" for female lawyers "since the family was felt by all"⁹⁵. The Italian female lawyers also contributed to the FIFCJ's study of the internationalization of family abandonment by sending a study on the new Italian penal code to Paris⁹⁶. Additionally, the Italian female jurists authored a lengthy analysis of fascism's impact on family law, divorce, and maternity and infant assistance in *The Woman and the Family in Fascist Legislation* (1933) where they promoted legal protections for women and children⁹⁷. Simultaneously, the Italian female lawyers campaigned against quotas limiting women's employment in public administration, protested their exclusion from the electorate and judiciary, demanded shared parental authority, and requested the inclusion of female jurists on all code reform commissions. Yet modifications of the original 1919 Sacchi law led to a curtailment of women's access to the professions with little right of redress. Equal rights in the family did not progress under Mussolini; Riccio politely referred to the stalled situation as an "absence of evolution" toward greater "equality of rights"⁹⁸. Feminist lawyers who wished to criticize fascist policy had to be cautious. A 1926 law "made it possible to block the enrolment of lawyers disagreeable to the regime or to expel them from the profession"⁹⁹. Riccio was subject to surveillance by the fascist political police from at least 1941¹⁰⁰. Consequently, her public record is unlikely to fully represent her ideas.

The situation in Nazi Germany was even more dangerous. In 1933, the legal profession was purged of all Jews and critics of Nazism, and female attorneys and judges were no longer appointed. An oath of obedience to Adolf Hitler was required by anyone who remained in the profession. The German-born Victoria Lorenz testified before the Americans' National Association of Women Lawyers:

Germany today has wiped out one hundred years of progress. All liberal thought is suppressed and the women of the nation are encouraged to consider themselves only in terms of their value in adding to the population¹⁰¹.

Lorenz also lamented that under the Nazis loyalty was valued over knowledge among employees of the department of justice. Historian Konrad Jarausch argues for German attorneys to survive in the Nazi state they needed a new type of "ideological-political" orientation and a "reactionary modernist" identity. Many attorneys chose "material security over professional freedom" and chose to shore up the Nazi regime¹⁰². At least one female attorney was among them: Ilse Eben-Servaes, member of the Nazi Women's League (*NS-Frauenschaft*).

The career of Ilse Eben-Servaes (1894 – 1981) grew as she came to represent German female jurists at international meetings of the FIFCJ. She served as the leader of the Nazi association of female lawyers, and legal advisor to Gertrud Scholtz-Klink of the Reich Women's Leadership (1934 – 1942), director of a section of the German Women's Welfare Agency, and member on the Committee for Family Law from 1943¹⁰³. Historian Jill Stephenson argued that within Nazi society politically loyal female leaders were kept firmly in check under the male hierarchy, or within sex-segregated groups that afforded them little power and emphasized their status as women¹⁰⁴. Nevertheless, historian Christine von Oertzen remarked that even Eben-Servaes was determined to have female lawyers' voices heard by the government and attempted to secure a channel for political influence¹⁰⁵. Eben-Servaes defended Aryan girls' right to study law and advocated women's employment in the profession by arguing that women should

attend to other women's legal affairs¹⁰⁶. Her advocacy for women was consistent with Nazi patriarchy where sexual differentiation was an important structural and symbolic aspect of the social order. Historian Ralph Leck argues that a "feminine" consciousness and Nazi family values depended upon the male/female gender binary and its maintenance affirmed the "institutional and symbolic system of patriarchal difference"¹⁰⁷. Thus it was possible for Eben-Servaes to find affirmation through the ideology of motherhood in this context of Nazi politics of cultural and racial superiority and gender divergence.

Eben-Servaes participated in the 1936 FIFCJ congress where the other members rejected her fascist views. At the meeting, the FIFCJ majority endorsed a de-escalation of jingoistic rhetoric and defense of the politically persecuted. In this climate, Eben-Servaes' attempt to push for acceptance of racially discriminatory policies fell completely flat¹⁰⁸. Controversially, she promoted eugenics and favored the use of prenuptial certificates of spousal health to insure "healthy reproduction"¹⁰⁹. Such certificates were tools in the Nazi pursuit of so-called "racial purity" and illustrate how Nazi women contributed to the "social side of tyranny" (to use Claudia Koonz's phrase)¹¹⁰. Other FIFCJ members condemned any policies based on "racial purity" as uncivilized, politically motivated, and state-controlled¹¹¹. They also rejected Eben-Servaes' argument that unmarried mothers should be required to name putative fathers, and that racial considerations were paramount¹¹². Eben-Servaes was unpersuasive to her more democratic peers. She persisted, however, in asserting her views on the so-called legal "reorganization" of the rights of children born out of wedlock, interpreting European laws through the lens of racial, political and eugenic factors in the Germany-language Swiss press¹¹³. Other FIFCJ members responded in part by silencing her proposals, choosing not to disseminate them beyond the closed circle of the conferences. For example, Kraemer-Bach wrote a letter to Erik Ekstrand, the director of social questions at the League of Nations, in which she discussed the FIFCJ's comparative legal study on illegitimate children and the means to ameliorate their status, but made no mention of Eben-Servaes's racial proposals¹¹⁴. Eben-Servaes' ideas were thus quashed.

The FIFCJ majority was publically anti-fascist and they demonstrated their political commitments by defending political prisoners. A coalition of feminists and anti-fascists supported Romanian attorney Ella Negruzzi (1876-1949), a FIFCJ member, as she sought to secure the freedom of Anna Pauker, a political prisoner in Bucharest. Pauker, a Jewish Communist teacher shot in the legs during her 1935 arrest, was a *cause célèbre* among activists who rallied with petitions signed by thousands, and sent letters calling for her liberation¹¹⁵. Negruzzi also appealed to international audiences to help with the defense of democratic freedoms at stake in the trial. This appeal was answered in part by a team of twenty-four attorneys including women from Belgium, England, and France¹¹⁶. Negruzzi faced death threats for helping Pauker¹¹⁷. Similarly, European feminist lawyers rallied to defend Liselotte Herrmann, a young German Communist imprisoned from 1935 to 1938 for her political views. Dyvrande-Thévènin, French president of the FIFCJ, appealed for Herrmann's freedom¹¹⁸. In both Pauker and Herrmann's cases, attorneys emphasized the fact that the defendants were mothers, and downplayed their Communism. Herrmann was the mother to a young son; her defenders beseeched the court not to make him an orphan¹¹⁹. This strategy evoked sympathy for the defendants as vulnerable maternal figures, and defanged them as political actors despite the fact that *avocates engagées* valued women's political activism.

While diametrically opposed in their politics, Marcelle Kraemer-Bach of the French Radical Party and Ilse Eben-Servaes of the German National Socialists, were both examples of women who were “nationalized,” that is, they promoted political priorities that were aligned with their concept of the nation. Historian Françoise Thébaud pointed to the power of the “nationalization of women” that resulted in the sweeping away of “old distinctions between private and public, family and government, individuals and the state. Governments of every stripe – from social-democratic Sweden and republican France to the fascist and Nazi dictatorships – attempted to ‘nationalize’ their female citizens”¹²⁰. In the case of Kraemer-Bach, she served as a secretary of the central council of the Radical Party from 1929, and was appointed to a position within the Ministry of Public Health where she facilitated an assistance program for abandoned families. In 1932, she worked as a lawyer under Prime Minister Edouard Herriot, the first woman to hold such a position¹²¹. She campaigned for women’s suffrage, and married women’s civil equality. Despite women’s formal exclusion from electoral rights, she stood as a political candidate in the municipal elections representing the seventeenth arrondissement of Paris in 1935, to promote her own feminist political agenda within the confines of the Radical Party¹²². Kraemer-Bach also opposed antisemitism from personal and political perspectives¹²³. There is no reason for republican Kraemer-Bach and Nazi-stalwart Eben-Servaes to see eye-to-eye. Nevertheless, they both saw the power of law to change people’s lives. That Nazi women would also perceive a place for themselves in promoting law that reinforced gender dimorphism and “pro-family” (that is, the *Volkish*-family) policies should not surprise us despite the obvious and profound differences between the contexts of these examples. The Nazi “politics of difference” were not necessarily anti-patriarchal¹²⁴.

While Eben-Servaes pressed her Nazi agenda, other FIFCJ women fled for their lives, or assisted the persecuted. The hardships of German-Jewish judge Lilli (Koplowitz) Selig (1899-1969) illustrates the dangers posed by fascist regimes, and the limited possibilities of resistance. Under the Weimar Republic, Selig worked as a civil judge in Berlin and Potsdam, participated in Paris meetings of the FIFCJ, and lent her prestige to lobby for female judges in France. In 1933, however, she was excluded from her position by Nazi antisemitic decrees and forced to flee the country. A refugee in France, she joined the *Institut de droit comparé* (Paris, 1934), published academic articles, re-started her legal career, and aided other refugees¹²⁵. The fall of France to the Germans in 1940 led to renewed persecution and even her imprisonment in the French camp of Les Milles from where she only narrowly escaped¹²⁶. Her Jewish colleagues in Nazi-occupied Europe were similarly under siege.

FIFCJ members were well aware of the suffering of their persecuted colleagues and tried to alleviate it. Antoinette Quinche offered refuge to Clara Campoamor (and her family) who fled threats from the rise of the right-wing Falangists during the Spanish civil war. When Quinche translated Campoamor’s memoir into French, it underscored the need for women’s rights¹²⁷. In Switzerland, Quinche’s legal practice responded to the intensifying refugee crisis in Europe. She became involved with at least forty individual cases of refugee couples whose immigration was effected by their mixed nationality and statelessness as a result of Nazi laws¹²⁸. Quinche even confronted the Swiss chief of police and head of the Federal Immigration office Heinrich Rothmund, a known xenophobe, to secure the release of members of the Silberman family from Swiss refugee camps during 1942-1943¹²⁹. After the war, she served on a commission to

secure compensation to citizens who had survived persecution¹³⁰. Such actions were consistent with her lifelong commitment to redressing injustices.

The wartime history of Polish juvenile court judge Wanda Grabińska illustrates the importance of international women's networks for survival and anti-fascist protests. Grabińska's flight from Warsaw following the German invasion of 1939 was aided by American feminist Alice Paul in Geneva and the International Federation of University Women. Once Grabińska settled in London and found employment with the Polish Government-in-Exile, she rallied her feminist allies to issue a formal protest against Nazi atrocities. This protest, published in 1942, condemned war crimes and circulated among the Allied governments with astute attention to the gendered nature of violence. When the Polish refugee jurist Raphael Lemkin sought help securing the introduction and ratification of the Genocide Convention at the UN, these same networks of activist women assembled to support his cause¹³¹. By 1945, internationalist feminists had long experience using law and alliances to pursue legal protections for human rights.

V. Conclusion

Apolitical statutes aside, the hallmark of the FIFCJ was political engagement in legal reform. FIFCJ activists who represented liberal and democratic nations rejected the exclusionary structure of patriarchal societies and claimed the right to act beyond their own national borders through international organizations. Examining this history through the lens of political cause lawyering reveals that this activist corps endeavored to address gender-based injustices of their time, especially legal inequality in individual rights, discrimination against married women, and the absence of a safety net for children. Their activism stemmed from their legal training, observation of the inequities that brought people into the court system, and the faith in international solutions proffered by the League of Nations, legal conventions, and, later, the United Nations. Their criticism of inequality underscored the correlation between women's position under family law and its crossover into their individual rights. Their intervention into international law in the two examples explained herein (e.g., nationality rights and criminalization of abandonment) attempted to supersede national differences in private law to secure binding and "universal" conventions.

It is difficult to explain the involvement of the Italian fascist and Nazis women in the interwar meetings of the FIFCJ yet it seems likely that tolerance and cooperation trumped exclusive membership practices during the 1930s. Until the outbreak of war in 1939, even the mainstream French feminist newspaper *La Française* depicted German women as *victims* of current events, and the French leadership continued to promote notions of international *sisterhood* in hopes of encouraging peaceful coexistence among nations¹³². Available evidence does indicate that the lone Nazi delegate advocated racist proposals but these ideas were rejected and suppressed by the democratic majority. Cross-cultural identity that had been cultivated for decades as the foundation for international feminisms endured these trying times in ways that tolerated political differences even at the risk of temporary appeasement. In the case of Italy, the female jurists and lawyers were divided among themselves whether to accommodate the rhetoric of the fascists in order to pursue their own priorities *despite* the shifting political climate. One can conclude, nevertheless, that the majority of FIFCJ's efforts

were oriented towards the promotion of a pro-women's rights legal platform, resistance to both antifeminism and fascism, and an appeal for diplomatic solutions to global political crises. The FIFCJ operated at intersecting nexuses of nationalism and internationalism where most of its members were motivated to bend the arc of law toward gender equality and the protection of the family. In the process, the pro-family policies and defense of gender difference fostered an uneasy coexistence among those who sought a wide variety of ambitious legal reforms.

NOTES

1. Statutes reprinted in M. Kraemer-Bach, "Fédération internationale des femmes avocats", *La Française*, 9 novembre 1929. The organization changed to *Fédération internationale des femmes des carrières juridiques* (FIFCJ) in 1952 and by which it is known today.
2. M. Minow, "Political Lawyering: An Introduction", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 31/2, 1996.
3. For contemporary cases see C. Menkel-Meadow, "Causes of Cause Lawyering: Toward an Understanding of the Motivations and Commitments of Social Justice Lawyers", *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsibilities*, eds. A. Sarat and S. Scheingold, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 31-68.
4. L. Israël, "From Cause Lawyering to Resistance: French Communist Lawyers in the Shadow of History (1929-1945)", *The Worlds Cause Lawyers Make: Structure and Agency in Legal Practice*, eds. A. Sarat and S. Scheingold, Stanford, Stanford University Press, 2005.
5. F. Batlan, "The Ladies' Health Protective Association: Lay Lawyers and Urban Cause Lawyering", *Akron Law Review*, 41, 2008, p. 701-731; *Histories of Legal Aid: A Comparative and International Perspective*, eds. F. Batlan and M. Vasara-Aaltonen, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2023.
6. See *Mothers of a New World: Maternalist Politics and the Origins of Welfare States*, eds. S. Koven and S. Michel, New York, Routledge, 1993.
7. S. L. Kimble and M. Röwekamp, "Introduction: Legal Cultures and Communities of Female Protest in Modern European History, 1860-1960s", *New Perspectives on European Women's Legal History*, eds. S. L. Kimble and M. Röwekamp, New York, Routledge, 2017, p. 1-24.
8. S. L. Kimble, "The Rise of 'Modern Portias': Female Lawyers and Activism in Third Republic France", *New Perspectives on European Women's Legal History*, eds. S. L. Kimble and M. Röwekamp, New York, Routledge, 2017, p. 125-151.
9. P. Amorosa, *Rewriting the History of the Law of Nations: How James Brown Scott Made Francisco de Vitoria the Founder of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 313-314.
10. J. H. Quataert and L. Wildenthal, "Introduction: An Open-Ended and Contingent History of Human Rights", *The Routledge History of Human Rights*, Oxon/New York, Routledge, 2020, p. 21-40.
11. S. Djajić, "Standing Alone but Standing Tall: A Female Perspective of International Law from the Interwar Yugoslavia", *Legal Issues of International Law from a Gender Perspective*, eds. I. Krstić, M. Evola, M. I. Ribes Moreno, Cham, Switzerland, Springer, 2023, p. 199-224; G. Sluga, "Women, Feminisms and Twentieth-Century Internationalisms", *Internationalisms: A Twentieth-Century History*, eds. G. Sluga and P. Clavin, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 61-84;

I. Tallgren ed., *Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces?*, Oxford, Oxford University Press, 2023.

12. M. Craven, “Theorizing the Turn to History in International Law”, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 21-37; T. Skouteris, “The Turn to History in International Law”, *Oxford Bibliographies of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, <https://doi.org/10.1093/OBO/9780199796953-0154>.

13. S. L. Kimble, “Women’s Rights and The Rights of Man: Women’s Status Under Law as the Measure of ‘Civilization’ in French Political and Legal Discourse, 1869-1914”, *Laws and International Relations: Actors, Institutions, and Comparative Legislations*, eds. Raphaël Cahen et al., Paris, Pedone, 2023, chapter 3 (forthcoming).

14. K. Offen, *The Woman Question in France, 1400-1870*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; and K. Offen, *Debating the Woman Question in the French Third Republic, 1870 – 1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

15. For European history see *European Women’s Legal History*, op. cit.; on Arenal see I. de la Rasilla, “Concepción Arenal and the place of women in modern international law”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 88/1-2, 2020, p. 211-253.

16. H. Charlesworth and C. Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Yonkers, Juris Publ., 2000; N. Kaufman Hevener, *International Law and the Status of Women*, Boulder, Westview Press, 1983 starts at 1945.

17. A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, New York, Macmillan, 1950, p. 191 and 198.

18. On abolition see: J. B. Stewart and K. K. Sklar, *Women’s Rights and Transatlantic Antislavery in the Era of Emancipation*, New Haven, Yale University Press, 2008.

19. S. L. Kimble, “Transatlantic Networks for Legal Feminism, 1888 – 1912”, *Forging Bonds across Borders. Transatlantic Collaborations for Women’s Rights and Social Justice in the Long Nineteenth Century*, *German Historical Institute Bulletin Supplement*, eds. B. Waldschmidt-Nelson and A. Schüler, 13, 2017, p. 55-73.

20. S. L. Kimble, “The International Federation of Women in the Legal and Juridical Careers: A Brief History”, *Jüdische Juristinnen, Deutscher Juristinnenbund e.V. (DJB) Bundesgeschäftsstelle / National German Lawyers Association*, Munich, Verlag, 2019, p. 62-66.

21. FIFCJ, *Fédération internationale des femmes des carrières juridiques. 60 années d’histoire*, Melun, FIFCJ, 1989.

22. Most relevant: ATRIA (Amsterdam); Bibliothèque Marguerite Durand (Paris); Centre des archives du féminisme (Angers); Schlesinger Library of Women’s History (Cambridge, Massachusetts); Women’s Library (London); Women and Social Movements International (Alexander Street, online).

23. M. Kraemer-Bach, *La Longue Route*, Paris, La pensée universelle, 1988; V. Poska-Grünthal, *See oli Eestis: 1919-1944*, Vällis-Eesti & EMP, Stockholm, 1975.

24. See M. Kraemer-Bach, “La Fédération internationale des femmes magistrats et avocats”, *Bulletin du Soroptimist-Club*, janvier 1935, p. 5; S. Tamul, “Vera (Veera) Poska-Grünthal”, *A Biographical Dictionary of Women’s Movements and Feminisms. Central, Eastern, and South Eastern Europe, 19th and 20th Centuries*, eds. F. de Haan, K. Daskalova, and A. Loutfi, Budapest/New York, Central European University Press, 2006, p. 451-452.

25. On Polish participation in FIFCJ see I. Dadej, “‘The Napoleonic Civil Code is to Blame for My Decision to Study Law’: Female Law Students and Lawyers in the Second Polish Republic (1918-1939)”, *New Perspectives on European Women’s Legal History*, eds. S. L. Kimble and M. Röwekamp, New York, Routledge, 2017, p. 217-246.

26. L. Rupp, *Worlds of Women: The Making of an International Women’s Movement*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

27. “L’Union Internationale des avocates”, *La Française*, 13 octobre 1928.

28. D. Gorman, *The Emergence of International Society in the 1920s*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
29. Poska-Grünthal, *See oli Eestis, op. cit.*, p. 91-94; unpublished translation by Merike Lepasaar Beecher. Poska-Grünthal attended the First Convention on Social Work (Première Conférence internationale de service social) at the invitation of the ICW as representative of the Association of Estonian Women. See *Première conférence internationale du service social: Paris, 8 - 13 juillet 1928*, Paris, Union, 1928.
30. For example: E. E. Bowerman, *The Law of Child Protection*, London, 1933; W. Woytowicz-Grabińska and J. I. Wall, *Principles Applicable to the Functioning of Juvenile Courts and Similar Bodies, Auxiliary Services and Institutions*, Geneva, League of Nations, 1937.
31. Dyvrande-Thévenin quoted in E. Charrier, *L'Évolution intellectuelle féminine*, Paris, Mechelinck, 1931, p. 351.
32. M. Kraemer-Bach, "En passant Galerie Marchande: Me Agathe Dyvrande-Thévenin", *La Vie judiciaire*, 20-21 janvier 1935, p. 1 - 2.
33. M. Kraemer-Bach, "La Fédération internationale des femmes magistrats et avocats", *Bulletin du Soroptimist-Club*, janvier 1935, p. 5.
34. Kimble, "The Rise of 'Modern Portias'", *op. cit.*
35. C. Bard, *Les Filles de Marianne : Histoire des féminismes 1914-1940*, Paris, Fayard, 1995.
36. M. Nash, *Defying Male Civilization: Women in the Spanish Civil War*, Denver, Arden Press, 1995, p. 41.
37. C. Campoamor, *La Révolution espagnole*, Paris, Plon, 1937.
38. Grabińska (aka Woytowicz-Grabińska) was one of perhaps seventeen female judges working in Poland before World War II according to L. Bachman, "Women in Poland", *Women Lawyers' Journal*, 34/1, 1948, p. 17-20 and 35-36.
39. Additionally, co-author of *Principles Applicable to the Functioning of Juvenile Courts and Similar Bodies, Auxiliary Services and Institutions*, Geneva, League of Nations publications, 1937.
40. W. Grabinska, "L'Enfant devant le tribunal", *Première assemblée générale de l'association internationale des juges des enfants. Journées des 26, 27, 28 et 29 juillet 1930*, ed. Association internationale des juges des enfants Brussels, J. Lebègue, 1931, p. 52 - 69.
41. S. L. Kimble, "Popular Legal Journalism in the Writings of Maria Vérone", *Proceedings of the Western Society for French History*, 39, 2011, p. 224-235.
42. A. R. Ziegler, "The Role of Learned Societies in the Development of International and European Law in Switzerland", *Swiss Review of International and European Law*, 32/1, 2022, p. 3-22.
43. Elina Guimarães: *Uma feminist Portuguese, Vida e Obra (1904-1991)*, Lisbon, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 2004. My thanks to Anne Cova for this book.
44. A. Cova, "The National Council of Women in France, Italy and Portugal: Comparisons and Entanglements, 1888-1939", *Gender History in a Transnational Perspective: Networks, Biographies, Gender Orders*, eds. O. Janz and D. Schönplflug, New York, Berghahn, 2014, p. 46-76.
45. E. Guimarães, "Evolução da situação jurídica da mulher portuguesa", *Cadernos de hoje*, 8, c. 1969, available at ATRIA, Institute on gender equality and women's history.
46. V. Baptista and P. Marques Alves, "Women in the Mutual Societies of Portugal", *Women, Work, and Activism: Chapters of an Inclusive History of Labor in the Long Twentieth Century*, eds. E. Betti, L. Papastefanaki, M. Tolomelli, S. Zimmermann, Budapest/New York, CEU Press, 2022, p. 56.
47. C. Formaglio, "*Féministe d'abord*": *Cécile Brunschvicg (1877 - 1946)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, p. 229-232.
48. M. Kraemer-Bach, "La capacité de la femme mariée en droit français (loi du 18 février 1938) et en droit comparé", *La Revue pratique de droit international*, 26, octobre-novembre 1937, p. 3-30.
49. M. Berent, *Die Zugewinnsgemeinschaft der Ehegatten*, Breslau, 1915; F. Mecklenburg, "The Occupation of Women Emigrés: Women Lawyers in the United States", *Between Sorrow and*

Strength: Women Refugees of the Nazi Period, ed. S. Quack, New York, Cambridge University Press, 1995, p. 296-329; *New Perspectives on European Women's Legal History*, *op. cit.*

50. *Jewish-European Emigre Lawyers: Twentieth-Century International Humanitarian Law as Idea and Profession*, eds. L. Bilsky and A. Weinke, Gottingen, Wallstein Verlag, 2021; *Women in Law and Lawmaking in Nineteenth and Twentieth-Century Europe*, ed. E. Schandevyl, Oxon, Routledge, 2016.

51. M. Kraemer-Bach, "La Fédération internationale des femmes magistrats et avocats", *Bulletin du soroptimist-club*, janvier 1935, p. 5.

52. A. Dyvrande-Thévenin, "La Fédération internationale des femmes magistrats et avocats", *La Vie judiciaire*, 10 novembre 1934.

53. Bock, *Women in European History*, *op. cit.*, p. 182.

54. M. Vérone, "La Situation juridique des enfants naturels", *Le Droit des femmes*, mars 1924, p. 6.

55. UN archives, R3085/11C/21623/1931.

56. V. Poska-Grünthal, "Les femmes et l'évolution du droit de famille modern", *La Française*, 11 juillet 1936.

57. See M. J. Boxer, "Rethinking the Socialist Construction and International Career of the Concept 'Bourgeois Feminism'", *The American Historical Review*, 112/1, February 2007, p. 131-158.

58. International Council of Women *Women's Position in the Laws of the Nations: A Compilation of the Laws of Different Countries, Prepared by the I.C.W. Standing Committee on Laws Concerning the Legal Position of Women*, Karlsruhe, Braun, 1912.

59. Y. Netter, "La femme et l'enfant: Les victimes du régime matrimonial: les abandonnées", *Le Quotidien*, 7 octobre 1925; M. Kraemer-Bach, "L'internationalisation du délit d'abandon de famille", *Nouvelle Revue de droit international privé*, 13, 1946, p. 475-486.

60. M. Kraemer-Bach, "L'internationalisation du délit d'abandon de famille", *La Française*, 16 février 1929.

61. Correspondence, office of desertion of the family, UN Archives (Geneva), R4738/11C/30451/3484; *correspondance avec le conseil international des femmes*, UN Archives (Geneva), R3951/5A/3614/394.

62. UN Archives (Geneva), R4738/11C/26005/3484.

63. A. Colin to M. Kraemer-Bach, 13 August 1931, UN Archives (Geneva), R3085/11C/1931/21623.

64. The International Law Association [Association de droit international], General Assembly, "Jurisdiction and Recognition in Divorce", *Report of The Thirty-Seventh Conference Held at Oxford Hall of the Union Society, August 8th to 12th, 1932*, London, The Eastern Press, 1933, p. 65-88.

65. "Fédération internationale des femmes magistrats et avocats," *La Française*, 25 octobre 1930.

66. UN Archives (Geneva), R4723/11C/18631/712.

67. Journal officiel. Supplément spécial n° 174. *Actes de la dix-huitième session ordinaire de l'assemblée séances des commissions procès-verbal de la cinquième commission (questions humanitaires et générales)*, Genève, Société des nations, 1937), p. 18, 28, 74, 77.

68. M. Kraemer-Bach, "L'internationalisation du délit," *op. cit.*, p. 475-486.

69. M. Kraemer-Bach, *Les actions alimentaires en droit international*, Paris, Pedone, 1953, p. 6.

70. For the text of the Final Act of the Conference, see United Nations, *Treaty Series*, 268, p. 3.

71. N. Rubaja and M. Mercedes Albornoz, "The Challenges of the New Social and Scientific Realities in Private International Family Law – The Latin American Experience", *Diversity and Integration in Private International Law*, ed. V. Ruiz Abou-Nigm, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2019, p. 277-278.

72. Rupp, *Worlds of Women*, p. 155.

73. United States. Congress. Senate. Committee on Foreign Relations, *World Court: Hearings before the Committee on Foreign Relations*, April 6 and May 7, 1932, Washington, US Government Printing Office, 1932, p. 50.

74. S. L. Kimble, "Politics, Money, and Distrust: French-American Alliances in the International Campaign for Women's Equal Rights, 1925-1930", *Practiced Citizenship: Women, Gender and the State*

in *Modern France*, eds. Nimisha Barton and Richard Hopkins, Lincoln, University of Nebraska Press, 2019, p. 219-260.

75. C. L. Bredbenner, *A Nationality of Her Own: Women Marriage and the Law of Citizenship*, Berkeley, University of California Press, 1998.

76. “Le congrès international féministe”, *Bonsoir*, 4 juin 1926.

77. “Les femmes contre le code Napoléon”, *Le Fronde*, 3 juin 1926.

78. B. Bakker-Nort quoted in *Le Fronde*, 3 juin 1926.

79. International Federation of University Women, *Report of the Fifth Conference, Geneva, August 7 to August 14, 1929*, London, IFUW, 1929, p. 134.

80. M. Kraemer-Bach, “L’incapacité civile de la femme”, *Les Cahiers des droits de l’homme*, 27, 30 octobre 1928, p. 627-630.

81. E. C. DuBois, “Internationalizing Married Women’s Nationality: The Hague Campaign of 1930”, *Globalizing Feminisms, 1789-1945*, ed. K. Offen, London, Routledge, 2010, p. 204-216.

82. M. Renson, “La Première conférence pour la codification progressive du droit international sous les auspices de la Société des nations,” Institut Belge de droit comparé, *Revue trimestrielle*, 16/3, juillet-septembre 1930, p. 113-132.

83. A. Dyvrande-Thévenin, “La Fédération International des femmes magistrats et avocats”, *La Vie judiciaire*, 10 novembre 1934; M. Kraemer-Bach and M. Renson, *Le Régime matrimonial des époux dont la nationalité est différente: rapport présenté à la Fédération internationale des femmes magistrats et avocats en 1934 et 1935*, Paris, A. Pedone, 1939.

84. V. Poska-Grünthal, “Les Femmes et l’évolution du droit de famille moderne”, *La Française*, 11 juillet 1936.

85. Adolph Hitler’s Speech to the National Socialist Women’s League [*NS-Frauenschaft*], September 8, 1934.

86. Quoted in Bock, *Women in European History*, *op. cit.*, p. 190.

87. V. de Grazia, *How Fascism Ruled Women: Italy, 1922 - 1945*, Berkeley, UC Press, 1992, p. 91.

88. M. Lucchesi, “Un commento femminista al codice civile Valeria Benetti Brunelli, *La donna nella legislazione italiana* (1908) Prime note sul diritto privato e pubblico”, *Historia et ius*, 17, 2020, p. 1-37.

89. De Grazia, *Fascism*, p. 98.

90. B. Spackman, *Fascist Virilities: Rhetoric, Ideology, and Social Fantasy in Italy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1996, p. 47.

91. S. Polenghi, “Striving for Recognition: The First Five Female Professors in Italy (1887 - 1904)”, *Paedagogica Historica*, 56/6, December 2020, p. 748-768.

92. M. Noger, “La Femme et le Fascisme”, *Le Fronde*, 2 décembre 1926.

93. M. L. Riccio, *L’evoluzione della politica annonaria a Napoli dal 1503 al 1806*, Napoli, F. Sangioanni & Figlio, 1923.

94. F. Tacchi, *Eva Togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall’Unità a oggi*, Torino, UTET Libreria, 2009, p. 72-77.

95. Tacchi, *Eva Togata*, p. 72.

96. Study authored by Filomina de Stefano of Naples. See *Almanacco della donna Italiana*, 1931, p. 383-385.

97. F. Ceccon Marx, L. Furlan, M. L. Riccio, G. Ceccon Compagnoni, L. Furlan, T. Labriola, M. Ferrari Partesotti, L. de Stefano, P. Ravenna, L. Riva Sanseverino, *La donna e la famiglia nella legislazione fascista*, Federazione ital. donne giuriste aderente alla Fédération internat. des femmes magistrats, avocats, ou qui exercent une autre carrière juridique, Napoli, Ed. de “La toga”, 1933.

98. Quoted in S. Soldani, “Interpretare, circoscrivere, stravolgere...: Una legge progressista nel turbine della reazione”, *Cittadinanze incompiute: La parabola dell’autorizzazione maritale*, ed. S. Bartolini, Rome, Viella, 2021, p. 99-142. An estimate of 50 practicing female lawyers was made by M. L. Riccio, “Qualche parola sulle avvocatesse”, *Giornale della donna*, 15 avril 1934.

99. M. Malatesta, *Professional Men, Professional Women: The European Professions from the 19th Century until Today*, London, Sage, 2010, p. 33.
100. Tacchi, *Eva Togata*, p. 76.
101. V. Lorenz, "German Women Lawyers and Judges of Today", *Women Lawyers' Journal*, 21/1, 1934, p. 12 and 18. She may have traveled under the auspices of the National Committee to Aid Victims of German Fascism (an American, Communist Party-affiliated organization) according to *Conversations with Trotsky: Earle Birney and the Radical 1930s*, ed. B. Nesbitt, Ottawa, University of Ottawa Press, 2017, chapter 4.
102. K. H. Jarausch, "The Perils of Professionalism: Lawyers, Teachers, and Engineers in Nazi Germany [1986]", *Historical Social Research / Historische Sozialforschung*, supplement, 24, 2012, p. 157-183.
103. M. Röwekamp, *Juristinnen: Lexikon zu Leben und Werk*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 90.
104. J. Stephenson, *Women in Nazi Society*, London, Routledge, 2014, p. 164.
105. C. von Oertzen, *Science, Gender, and Internationalism: Women's Academic Networks, 1917-1955*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, p. 115.
106. Stephenson, *Women in Nazi Society*, p. 169-171.
107. R. Leck, "Conservative Empowerment and the Gender of Nazism", *Journal of Women's History*, 12/2, 2000, p. 150.
108. See J. Stephenson, "Girls' Higher Education in Germany in the 1930s", *Journal of Contemporary History*, 10/1, 1975, p. 41-69.
109. V. Poska-Grünthal, "Les femmes et l'évolution du droit de famille moderne", *La Française*, 11 juillet 1936.
110. See C. Koonz, *Mothers in the Fatherland: Women, the Family and Nazi Politics*, New York, St. Martin's Press, 1987.
111. E. Jaffe Mohr, "Women Lawyers in Central Europe", *Women Lawyers' Journal*, 23/4, 1937, p. 6-9.
112. Z. Szulcowa, "Bericht über die in Wien abgehaltene Kongresse", *Palestra. Fachzeitschrift der Warschauer Rechtsanwälte*, 13/10, October 1936; G. Un, "Zur Neugestaltung der Unehelichenrechte", *Schweizer Frauenblatt*, 20/3, 1938, p. 4.
113. Dr. I. Eben-Servaes, "Ehe und Volksgemeinschaft", *Zeitschrift: Schweizer Frauenblatt: Organ für Fraueninteressen und Frauenkultur*, 20, 21 January 1938, p. 4.
114. Letter dated March 1, 1938. UN Archives, R473/11B/29874/26725.
115. "Une lettre d'Anna Pauker à Ella Negruzzi", *L'Humanité*, 25 février 1936.
116. "Le procès d'Anna Pauker", *Le Petit Journal*, 3 juillet 1936.
117. "En Roumanie", *L'Humanité*, 31 janvier 1936; "Les avocats d'Anna Pauker menacés de mort", *L'Humanité*, 1^{er} février 1936. See R. Levy, *Ana Pauker: The Rise and Fall of a Jewish Communist*, Berkeley, University of California Press, 2001.
118. *Sauvez Liselotte Hermann! Femmes et mères empêchez ce crime*, Paris, Editions Universelles, 1938, p. 25; "il faut sauver Liselotte Hermann", *L'Humanité*, 9 février 1938; N. Marceau, "Les marraines de l'enfant de Liselotte Herrmann", *La Correspondance internationale*, 20 août 1938.
119. "Une jeune mère condamnée à mort à Stuttgart", *Bulletin de la LICA*, 30 October 1937.
120. *History of Women in the West*, vol. 5, ed. F. Thébaud, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, p. 19-50.
121. G. Le Béguec, *Avocats et barreaux en France, 1910-1930*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1994, p. 146.
122. Poster, *Le comité radical et Radical-Socialiste, pour Madame Kraemer-Bach. Elections municipales 1935*, Bibliothèque Marguerite Durand (BMD), AFF 58 a GF.
123. M. Kraemer-Bach, *La Longue Route*, Paris, La pensée universelle, 1988.
124. Leck, "Conservative Empowerment and the Gender of Nazism", p. 151.

125. L. Koplowitz, “Le juge de tutelle en Allemagne. Séance du 19 janvier 1934”, *Travaux pratiques de droit privé comparé*, p. 145-176; L. Koplowitz, “De la perte de la nationalité et les conditions des apatrides avec tableau synoptique”, *Revue pratique de droit international*, octobre-décembre 1936, p. 29-67.
126. “La Chronique Judiciaire. In memoriam. M^e Eliane de la HAYE-SELIG”, *Journal des Tribunaux* [Brussels], 28 November 1970, p. 691-692; Restitution file n° 63853, 16 January 1952, Lilli de la Haye and the Nr., German compensation and restitution office, Berlin (*Entschaedigungsamt*).
127. C. Campoamor, “La Révolution espagnole vue de Madrid par une Républicaine”, *Revue universelle*, 1 and 15 avril 1937; *La Révolution Espagnole vue par une républicaine*, trans. C. Campoamor and A. Quinche, Paris, Plon, 1937.
128. J. Picard, *La Suisse et les juifs, 1933-1945*, Lausanne, Editions d’en bas, 2000, p. 215 and 218.
129. F. Regard, “Histoire orale d’un réfugié juif en Suisse (Henri Silberman) ou comment l’Histoire peut utiliser le témoignage”, *Études et sources*, 22, Beme, Archives fédérales/Haupt, 1996, p. 261.
130. “La commission pour l’aide extraordinaire aux Suisses à l’étranger et rapatriés victimes de la guerre de 1939 à 1945”, extrait des délibérations du Conseil fédéral, *Feuille fédérale*, 2/49, 1957, p. 1004-1005, in Archives Fédérales Suisse.
131. S. L. Kimble, “Internationalist Women against Nazi Atrocities in Occupied Europe, 1941 – 1947”, *Journal of Women’s History*, 35/1, spring 2023, p. 57-79.
132. “Les persécutions hitlériennes contre les associations féministes allemandes”, *La Française*, 1 juillet 1933; “La fin du féminisme en Allemagne”, *La Française*, 21 octobre 1933; “À travers le monde: Le travail des femmes, Allemagne”, *La Française*, 4-11 mars 1939.

ABSTRACTS

In 1929, the International Federation of Women Judges and Lawyers became an affiliated organization eligible to lobby delegates at the League of Nations. This transnational legal sorority was dedicated to universal legal reform to address the fundamental problem of sex inequality under the law. The female jurists were part of an interwoven transnational movement seeking to establish a feminist jurisprudence based on equity. Despite global vicissitudes of the interwar era, they called upon the authority of the state and international law to protect the vulnerable, ameliorate suffering, and institute equity.

En 1929, la Fédération internationale des femmes magistrats et avocats est devenue une organisation affiliée habilitée à faire pression sur les délégués à la Société des Nations. Cette sororité juridique transnationale se consacrait à une réforme juridique universelle visant à résoudre le problème fondamental de l’inégalité des sexes devant la loi. Les femmes juristes faisaient partie d’un mouvement transnational imbriqué qui cherchait à établir une jurisprudence féministe fondée sur l’équité. Malgré les vicissitudes mondiales de l’entre-deux-guerres, elles ont fait appel à l’autorité de l’État et au droit international pour protéger les personnes vulnérables, atténuer la souffrance et instaurer l’équité.

INDEX

Mots-clés: féminisme et histoire profession judiciaires et juridiques, internationalisme, militantisme, jus gentium

Keywords: women history, legal and juridical profession, internationalism, activism, jus gentium

AUTHOR

SARA L. KIMBLE

Associate Professor, DePaul University

Varia

Lecteurs anciens du Code Théodosien : l'interprétation wisigothique

Federico Battaglia

Ces pages reproduisent presque à la lettre, avec l'ajout de notes et de références bibliographiques, la conférence donnée le 11 mars 2022 à l'Institut de droit romain de l'université Paris Panthéon-Assas : occasion heureuse, pour laquelle je suis reconnaissant envers l'Institut et sa directrice Emmanuelle Chevreau pour leur générosité. Je tiens à remercier sincèrement François Waquet pour la révision linguistique de ce texte.

Prologue

- 1 Dans les lignes qui suivent, je présente une nouvelle lecture d'un ensemble de sources bien connues. Cette lecture anticipe une publication en cours dans le cadre du projet Redhis, qui a pour objectif de mieux comprendre non seulement la circulation des œuvres de la jurisprudence romaine avant l'époque de Justinien, mais également la manière dont une nouvelle production juridique a eu lieu, en Orient et, en ce qui nous concerne, en Occident, dans l'Antiquité tardive¹.

C'est pourquoi le titre de cet article est double (lecteurs anciens du Code Théodosien / l'interprétation wisigothique) : la tentative qui a été faite est de placer les interprétations dans le contexte de leur production littéraire contemporaine à contenu juridique. J'essaie donc d'examiner nos documents sous trois angles différents : l'« intertexte » du Théodosien ; la « différence » wisigothique (par rapport aux autres représentants de l'intertexte) ; les interprétations comme technique de réécriture normative tardo-antique (comparées aux interpolations de Justinien).

- 2 Les textes du Bréviaire appartiennent, en effet, à une famille assez vaste qui comprend tant des annotations marginales que des textes à discours répandu, et que j'ai essayé d'appeler « l'intertexte » du Théodosien, c'est-à-dire des passages dans lesquels on trouve une trace, explicite ou implicite, du Code Théodosien (gloses et commentaires

du Code, mais aussi citations, transformations, pastiches, contrefaçons littéraires, etc.)². Ce n'est pas le lieu d'approfondir cette macro-classe textuelle, à laquelle une étude spécifique, à paraître prochainement, est consacrée³. Il n'est toutefois pas inutile de faire très brièvement référence à cette famille de textes dans la première partie de ce travail. Il est connu de tous, en effet, que l'appréciation de la valeur littéraire, aussi bien que juridique, des interprétations wisigothes a été influencée par le jugement formulé à la fin du XIX^e siècle par l'historiographie spécialisée (en particulier germanophone), qui a particulièrement souligné la similitude entre les interprétations transmises par le Bréviaire d'Alaric et d'autres scolies de tradition indépendante⁴.

- 3 Pour apprécier le texte d'Alaric avec les yeux d'aujourd'hui, il faut donc d'abord se concentrer sur les typologies textuelles véhiculées par les scolies au Théodosien. Cependant, l'antériorité des types de discours sur le Bréviaire n'est pas équivalente à la préexistence des textes eux-mêmes, ni ne l'implique. En effet, les textes du Bréviaire présentent des traits de composition originaux, à commencer par leur rapport au texte de base, présentant dans l'ensemble des tissages textuels inédits (macro-structures qui transforment en texte d'auteur un ensemble de micro-structures discursives récurrentes dans la pratique de lecture – et d'écriture – de l'époque). C'est pourquoi la deuxième partie de l'article porte sur la « différence wisigothique », c'est-à-dire sur la manière dont les interprétations du Bréviaire sont construites d'un point de vue textuel et littéraire, tandis que dans la troisième partie j'essaie de comparer brièvement la méthode rédactionnelle suivie par Alaric et celle de Justinien. Le rythme d'écriture (et donc de lecture) est donc variable : énumératif dans la première partie, il aboutit en un court essai exégétique dans la partie finale, afin de tester ce qui aura été dit. Le chemin, je l'espère, sert à atteindre le but.

I. L'« intertexte » du Code Théodosien

- 4 Dans l'Occident pré-Justinien, les annotations marginales et les ouvrages en texte intégral (ce dernier étant un intertexte « d'auteur », même si le nom de l'auteur est souvent inconnu des modernes) ont donné naissance à une production textuelle multiforme de « second degré », dont la structure trouve une référence privilégiée dans le Code Théodosien. L'extraction des préceptes des normes romaines et la relation entre la norme elle-même et la surface textuelle qui l'exprime sont les deux clés de compréhension de la littérature juridique de l'Antiquité tardive : les constitutions impériales en général, et le Code Théodosien en particulier, sont au centre d'un réseau intertextuel tissé au double fil, précisément, de l'extraction de préceptes des passages juridiques en usage et de la réécriture des règles ainsi extraites, conformément à l'esprit d'une époque qui conditionne la restructuration de son présent à la réorganisation, y compris textuelle, d'un riche passé.
- 5 Le réseau intertextuel autour du Théodosien comprend à la fois des annotations marginales et des œuvres au discours répandu ; à leur tour, les deux (les annotations par textes courts, pour ainsi dire, et les œuvres au discours ample) ne sont pas des blocs monolithiques, mais présentent une variété de modules de composition, répondant à des objectifs différents. La carte typologique des formes et des fonctions assumées par ces textes juridiques tend à coïncider, comme dans la célèbre fantaisie de Borges⁵, avec la zone cartographiée. Toutefois, les types les plus fréquents peuvent être rassemblés dans une liste qui est au moins indicative.

- 6 Parmi les scolies, le mécanisme d'annotation le plus simple fait qu'une partie du passage contenu dans le texte principal est attirée et reportée dans la marge, sans modification ; voici un exemple tiré des dites *Vaticana Fragmenta* (Vat. lat. 5766, *scriptura inferior*)⁶ :

Vat. Lat. 5766 inf. Fol. 24r marg.	. 282 (= C. 8.53(54).6 + C. 3.3.29.4) <i>Vat</i>
	<i>Idem Calpurniae Aristaenetae.</i>
	Quoniam non contenta re primas preces acceperas, iterato supplicare voluisti, ex iure rescrip
Communes res in solidum donari ⁷ h/b.* .non posse	Communes res in solidum donari , sed portiones eorum quinequeunt donant ad eos qui dono accipiunt transitum faciunt.
<u>posse</u> si ex voluntate, validas esse et fieri Donationes etiam inter absentes donantium hi quibus donatum est rerum donatarum. nanciscuntur possessionem	donationes etiam inter nec ambigi oportet absentes, si ex voluntate donantium possessionem ii quibus donatum est .validas esse, nanciscantur
	Restat ut, si filius tuus inmoderate liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit, iuxta legum placita praesidis provinciae auxilio utaris, qui discussa fide veri, si integri restitutionem ex filii persona competere tibi ob inprobabilem donationis enormitatem animadverterit, in removendis his quae perperam gesta sunt tibi subveniet.
	<i>Proposita IIII id. Feb. Mediolani Maximo</i> <i>et Aquilino cons.</i>

Le lexique et la syntaxe des annotations (colonne de gauche) apparaissent substantiellement inchangés par rapport à ceux du passage annoté (colonne de droite). Le seul trait de modification textuelle réside dans la conversion des temps et de modes verbaux, qui contribue à rendre formellement indépendants – à la manière des constructions infinitives latines, sous-entendant un verbe régent déclaratif – les préceptes trouvés dans le passage et mis en évidence dans la marge du document.

- 7 Parfois, ce n'est pas la règle principale du texte qui est mise en évidence, mais une règle oblique, qui dans la constitution sert, par exemple, de point d'ancrage argumentatif ou de nœud analogique. On peut mentionner, pour illustrer ce phénomène, le texte qui figure en marge du folio 32v du manuscrit palimpseste perdu Turin, Bibliothèque National Universitaire, a.II.2 (= Mommsen *T*)⁸, conservé par l'apographe de Krüger⁹, dans lequel on trouve une annotation à la première constitution du vingt-quatrième titre du neuvième livre du Théodosien (CTh. 9.24.1) :

Schol. marg. fol. 32v	Cth. 9.24.1
	<i>Imp. Constantinus A. ad populum.</i>
Mulieres testimonium dicere n(on) posse	Si quis nihil cum parentibus puellae ^[pr.] ante depectus invitam eam rapuerit vel volentem abduxerit patrocinium ex eius <u>quam propter vitium</u> responsione sperans, <u>levitatis et sexus mobilitatem atque testimoniis</u> a postulationibus et <u>consili omnibusque rebus iudiciariis antiqui</u> , nihil ei secundum ius <u>penitus arcuerunt</u> vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur.
	[...]
	<i>Dat. kal. april. Aquil(eiae), Constantino A. VI. et Constantio C. cons.</i>

La constitution de Constantin – de 320 (colonne de droite) –, interdit d’enlever une jeune fille de la maison du père sans le consentement des parents, même si elle est consentante. On part du principe que le consentement de la jeune fille elle-même est juridiquement inerte (elle est plutôt co-conspiratrice du crime) : en effet – selon l’argumentation –, le droit ancien empêche traditionnellement les femmes de représenter un autre et de témoigner en justice, compte tenu de la fragilité qui leur est attribuée. Ici, le scoliaste extrait du texte non pas directement la règle thématifiée par l’empereur (« le consentement de la femme à la fuite n’est pas pertinent »), mais, obliquement, celle présumée par l’argument analogique utilisé par Constantin (« *mulieres testimonium dicere non posse* »). Le texte de CTh. 9.24.1 est donc réduit, pour ainsi dire, à un « pré-texte », utilisé à la lumière d’une partie rhématique ou secondaire de celui-ci, qui devient l’objet indexé par le scoliaste.

- 8 Une invitation opposée – à sortir du passage principal et à regarder ailleurs – concerne les annotations de renvois, qui incitent le lecteur à mettre en relation différentes portions du corpus normatif, facilitant ainsi la construction d’un parcours de lecture. Je n’insiste pas sur cette forme d’annotation, me contentant de mentionner, à titre d’exemple, deux gloses figurant dans le manuscrit de Turin (T). L’annotation sur CTh. 4.6.5 du folio 8v de T¹⁰ semble se référer à une *gr[aeca?] constitutio infra quadra[ginta <...>?]*, ainsi que, peut-être (il n’est pas certain qu’il s’agisse d’une ou de deux références différentes) au livre XV (du Code Théodosien lui-même ?). Au folio 1v, la référence est peut-être au cinquième livre du Code Grégorien¹¹. Les scolies-renvois, présentes dans toutes les séries de gloses au Théodosien qui ont survécu, fournissent ainsi des informations paratextuelles directes et indirectes concernant l’organisation interne des œuvres auxquelles il est fait référence (livres, sous-sections, pages), la surface formelle de l’œuvre de départ, et encore les méthodes mêmes de citation des recueils¹². Ce type de scolies présume non pas la proximité, mais la distance des informations rappelées et est rendu nécessaire par la manière dont les informations sont séquencées dans le texte écrit. Grâce à ces annotations, en effet, le corpus annoté devient un « hyper-texte », au sens que les informaticiens donnent aujourd’hui à ce terme (un ensemble

d'informations non linéaires qui dépasse la linéarité du texte et offre, par rapport à ce dernier, des parcours de lecture autonomes).

- 9 Cette forme de référence, pour ainsi dire « nue » ou « neutre », doit être distinguée de la comparaison entre les passages d'un même corpus. Ce type additionnel de scolie est tout autant récurrent, par exemple, parmi les *Antiqua summaria* de Vat. Reg. Lat. 886¹³ :

DE INDULGENTIIS CRIMINUM ^{9.38} SCTh.	
[...]	
c. 3	iii. absolvi praecipit eos in sanctae pascae diebus qui levioribus criminibus sunt conscii
c. 4	os hic iubetiiii. superiori contraria ibi iussit r non a bsolvi gravi reato involu
[...]	
c. 6	vi. similis est tertiae contrarior quartae et admonet criminis incursum iterari non debere
c. 7	vii. similis superiori
c. 8	viii. similis superiori

Également ici, le paratexte sert de lien vers un autre passage que celui auquel renvoie l'annotation. Toutefois, en cas de comparaison, l'annotation présuppose que le passage annoté et le site textuel auquel il se réfère appartiennent à un « macro-texte » unitaire, dont le scoliate se propose d'assurer l'harmonisation.

- 10 La simple comparaison de normes est souvent suivie d'une indication de la différence résiduelle entre des passages par ailleurs similaires. Ici encore, l'exemple des *Antiqua Summaria* de Vat. Reg. Lat. 886 vient à l'esprit :

I.a
CTh. 9.1.18
<i>Impp. Arcad(ius) et Honor(ius) AA.</i>
Ne diversorum criminum rei vel desidia iudicum vel quadam lenitatis ambitione per provincias detenti in carcere crudelius differantur, mor

L'annotation SCTh. 9.3.6 (Vat. Reg. Lat. 886 folio 9v : colonne II.b) signale, par exemple, que le passage auquel elle se réfère, le troisième du titre CTh. 9.3 *De custodia reorum* (dans lequel il est interdit de prolonger la détention préventive au-delà d'une certaine durée : colonne II.a) est similaire au dix-huitième du titre CTh. 9.1 *De accusationibus et inscriptionibus* (colonne I.a), mais s'en distingue (« *etiam hoc inserit, ut...* ») parce qu'il introduit également l'obligation pour l'officier pénitentiaire de mettre à jour

mensuellement le registre de la prison. En présence de plusieurs passages similaires dans le même corpus, l'annotation sur le premier d'entre eux, dans l'ordre de lecture du texte ou du recueil, énonce généralement le précepte commun, tandis que la scolie de la loi suivante indique la différence restante. Cependant, le traitement global des similitudes entre les constitutions fait que le scoliaste reprend souvent le langage utilisé par les empereurs dans les constitutions qui apparaissent en second lieu pour illustrer (en marge du premier passage) le précepte commun : dans le cas *supra*, l'annotation SCTh. 9.1.18 (colonne I.b) utilise le vocabulaire et la structure non pas du texte annoté, mais précisément de CTh. 9.3.6 (« *aut convictum velox poena subducat aut liberandum* » → « *celerius aut puniendos aut absolvendos* »). Dans un tel cas, la scolie qui marque la différence résiduelle et celle dans laquelle elle est reflétée témoignent probablement du travail, mené sur le *corpus* annoté, d'un auteur unique.

- 11 La comparaison des similitudes et des différences entre les normes contenues dans des constitutions diverses n'est pas très éloignée de l'illustration de la structure interne des constitutions pluri-normatives. Une opération de ce genre est réalisée, par exemple, par SCTh. 9.24.1 (Vat. Reg. Lat. 886, fol. 36v)¹⁴ :

CTh. 9.24.1 [= Brev. 9.19.1]
<i>Imp. Constantinus A. ad populum.</i>
, nihil ei secundum ius vetus prosit puellae responsio, sed ipsa puella potius societate criminis obligetur. TESTIMONIIS OMNIBUSQUE REBUS IUDICIA
Et quoniam parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuis
Et si voluntatis assensio detegitur in virgine, eadem qua raptor severitate plectatur. ^[2]
quum neque his impunitas praestanda sit, quae rapiuntur invitae, quum et domi se usque ad coniunctionis diem servare potuerint et, si fore
Sed his poenam leviores imponimus solamque eis parentum negari successionem praecipimus.
Raptor autem indubitate convictus si appellare voluerit, minime audiatur. ^[3]
Si quis vero servus raptus facinus dissimulatione praeteritum aut pactione transmissum detulerit in publicum, Latinitate donetur, aut, si La
parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem compresserint, deportatione plectendis.
Participes etiam et ministros raptoris citra discretionem sexus eadem poena praecipimus subiugari, et si quis inter haec ministeria servilis
<i>I. et Constantio C. cons. VDat. kal. april. Aquil(eiae), Constantino A.</i>

La constitution impériale – un passage de Constantin (colonne de gauche) – est très longue et s'étend sur trois pages dans le manuscrit du Vatican (folios 36v-37v). Pour cette raison, le scoliaste décompose le texte de base en cinq chapitres, en énonçant son contenu selon l'ordre dans lequel les normes se succèdent au sein de la constitution impériale (colonne de droite). En d'autres termes, le scoliaste de Vat. Reg. Lat. 886 dote

CTh. 9.24.1 d'une garniture para-textuelle afin de guider le lecteur dans sa lecture, comme s'il s'agissait d'un petit corpus normatif au sein de la collection plus vaste.

- 12 D'ailleurs, le dialogue de l'Antiquité tardive avec les constitutions impériales ne se fait pas seulement sous la forme de scolies. L'intertexte des constitutions romaines comprend également des œuvres articulées, dans lesquelles tant le passage impérial – mentionné, incorporé textuellement ou transformé – que les principes qui en découlent contribuent à la construction d'un nouveau texte. Ici également, la constitution sert surtout de mine linguistique, d'où l'on extrait des règles, qui sont ensuite utilisées comme matériaux d'assemblage pour un discours nouvellement inventé. Ces discours prennent des formes et des fonctions hétérogènes. Je souligne ici, à l'intérieur de cette classe, la présence de cas où des passages du Code Théodosien sont reproduits à la lettre, à l'intérieur de discours normatifs de divers types : ils sont cités en tant qu'autorités textuelles, c'est-à-dire comme preuve à la fois de l'existence d'une norme et de son origine dans le monde romain. Ce mécanisme est bien visible, par exemple, dans l'œuvre que l'historiographie juridique appelle *Consultatio [veteris cuiusdam iurisconsulti]*¹⁵, dans laquelle l'allégation de sources romaines concourt à la structure littéraire de l'œuvre. La réécriture des règles en vigueur est ici diluée dans une argumentation processuelle, rédigée sur le modèle de l'avis donné par un juriste à l'une des parties. L'avis est suivi – en reproduisant la succession des événements dans la récitation judiciaire – par la lettre des textes romains (*auctoritates*) qui confirment les règles invoquées dans le passage pour défendre la position du client¹⁶ :

Cons 3.11

Ergo si actio non datur illi procuratori, qui satis non dederit, quomodo poterit dici aut nominari iudicium, ubi accusationis vestigium nullatenus invenitur?

Quid testificantur principes per constitutiones innumeras, nisi [α] NULLA ESSE DEBERE IUDICIA, [β] UBI PROCURATOR SATISDATIONEM NON DEDERIT AUT REM RATAM DOMINUM HABITURUM EVIDENTISSIMA SPONSIONE FIRMARIT?

Attentus audi, quid loquitur lex subter adiecta: tunc intelleges cadere iudicia, quae sine procuratoris satisfactione fuerint omnino prolata.

Cons 3.12 [= CTh. 2.12.2]

Ex corp. Theodosiani liber II:

Impp. Valentinianus et Valens AA.

Commune negotium et quibusdam absentibus agi potest, si praesentes [β] REM RATAM DOMINUM HABITURUM CAVERE sint parati, VEL si, quod ab his petitur, IUDICATUM SOLVI SATISDATIONE FIRMAVERINT. Pp. VI id. decem. divo Ioviano et Varroniano cons. <a. 364>.

Cons 3.13 [= CTh. 2.12.3]

Item eodem libro et titulo :

Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Pancratio pf. p.

In principio quaestionis persona inquiri debet, utrum ad agendum negotium mandato utatur accepto. Quibus rite et sollemniter constitutis potest esse sententia: praeteritis autem his nec dici controversiae solent [α] NEC POTEST ESSE IUDICIUM etc.

Dat. prid. non. apr. cp. Antonio et Syagrio cons. <a. 382>.

Le troisième chapitre de l'œuvre traite de la possibilité de faire appel d'un jugement défavorable, rendu contre un mari qui a agi au nom de sa femme, mais sans enregistrer le mandat ni fournir de garantie. Le juriste lève le doute à l'origine, car dans ces conditions, dit-il, le jugement est tout à fait inexistant. On invoque à ce propos le témoignage des lois romaines, en sélectionnant et en en rattachant deux, tirée précisément du Code Théodosien. La règle énoncée dans l'intertexte (§ 3.11 : « [α] nulla esse debere iudicia, [β] ubi procurator satisfactionem non dederit aut rem ratam dominum

habitorium evidentissima sponsione firmit ? ») est, visiblement, la réécriture et le collage des textes romains (§ 3.13 [= CTh. 2.12.3] : » [α] nec potest esse iudicium etc. » ; § 3.12 [= CTh. 2.12.2] : « [β] rem ratam dominum habiturum cavere sint parati, vel si, quod ab his petitur, iudicatum solvi satisfactione firmaverint »)¹⁷.

- 13 L'ensemble de ces exemples, au-delà de la complexité et de l'hétérogénéité des textes (qu'il ne faut jamais oublier), montre que l'un des traits dominants de la production littéraire juridique de l'Antiquité tardive est la tendance à extraire des règles et des principes normatifs de la surface textuelle des sources romaines. Chez les lecteurs antiques, il y a – semble-t-il – un besoin urgent d'isoler les énoncés normatifs présents dans les textes de la chancellerie, ou d'en formuler d'autonomes, avec pour résultat de dissocier la règle du texte qui l'exprime. Cette urgence concerne aussi bien les textes jurisprudentiels que législatifs. Elle est dictée non seulement par le style rhétorique¹⁸ ou les défauts d'écriture des textes bureaucratiques – les auteurs anciens, critiquant ces maux, ont tendance à les indiquer en recourant aux notions d'ambiguïté (*ambiguitas*) et d'obscurité (*obscuritas*)¹⁹ –, mais aussi par les modes d'utilisation des textes normatifs dans l'Antiquité tardive, en Occident comme en Orient : par exemple, la récitation (*recitatio*) des textes devant les juges (c'est-à-dire la pratique qui consiste à exiger des parties, pour confirmer l'existence et la validité de la règle invoquée en leur faveur, qu'elles produisent devant le tribunal la lettre des textes législatifs ou jurisprudentiels à partir desquels le principe invoqué est tiré)²⁰ demande de mettre en évidence les points d'ancrage de la norme isolée par rapport au texte de référence.

III. La « différence » wisigothique

- 14 Dans ce contexte, un modèle complexe de réutilisation des textes romains est offert par les passages, appelés dans la tradition manuscrite « *interpretationes* » ou « *explanationes* », qui dans le Bréviaire d'Alaric accompagnent des extraits des sources juridiques romaines, y compris le Code Théodosien. Comme on sait, durant les dernières années de son règne, le roi des Wisigoths Alaric a sélectionné, à l'aide d'une commission d'experts, un nombre significatif de textes juridiques romains (constitutions impériales, *species iuris* et *sententiae iuris*), les rassemblant en un seul livre, que la tradition a transmis sous différentes appellations et auquel nous nous référons habituellement sous le nom de *Lex Romana Wisigothorum* ou Bréviaire d'Alaric. Le livre nous a été transmis par un nombre considérable de témoins manuscrits : une centaine, soit complets, soit remaniés (*decurtati*, épitomisée ou *aucti*)²¹. De ce livre, composé sous la direction du *comes* Goiaricus et approuvé par les évêques et les nobles des provinces du royaume Wisigoth, une copie officielle signée par le roi lui-même a été déposée dans les archives royales ; d'autres copies ont été envoyées aux fonctionnaires du royaume, précédées d'une prescription ou d'un précepte (au double sens de prologue et d'acte de promulgation), le dit *commonitorium*, daté du 2 (ou 3) février 506²². Le *commonitorium* témoigne du programme d'Alaric : il s'agissait, précisément, non seulement de sélectionner des textes juridiques romains, mais également de les compléter par des interprétations²³. L'opération ainsi réalisée – sélection et ajouts – a la prétention d'identifier un noyau autosuffisant et exhaustif de normes, capable d'orienter de manière univoque le contentieux judiciaire²⁴.
- 15 Les sections théodosiennes et post-théodosiennes (Novelles) – qui coopèrent à la construction de l'intertexte du Code Théodosien –, et en particulier leurs

interprétations, partagent des traits communs avec les annotations marginales. Dans chaque interprétation nous retrouvons les typologies discursives que nous avons observées dans les scolies et dans les annotations au Théodosien, à des degrés et des combinaisons divers. Tout comme les scolies (et les œuvres à texte étendu), le mouvement de fond est à nouveau l'extraction des préceptes, auxquels s'ajoutent, de temps à autre, précisément les renvois²⁵ (cf. *supra* § 8), les comparaisons et les différences²⁶ (cf. *supra* § 8-9), l'explication para-textuelle de la structure d'une constitution impériale²⁷ (cf. *supra* § 10), les gloses lexicales²⁸, etc. Cependant, les textes du Bréviaire présentent également de nombreuses caractéristiques de rédactions nouvelles et originales, à commencer par leur rapport au texte de base. Il ne sera pas inutile de passer brièvement en revue les principales de ces caractéristiques, afin de rendre plus claire la dernière partie de cette étude²⁹.

- 16 *Transposition lemmatique*. Toutes les lois de ces sections n'ont pas en effet leur double, mais partout ce dernier (le « double » textuel de la loi : l'interprétation) est attendu. Là où il manque, les mots « *haec lex interpretatione non indiget / eget* » (ou similaire) signalent que l'interprétation n'est pas nécessaire, en expliquant parfois la raison. Quand elle est présente, l'interprétation se montre comme une traduction intralinguistique (au sein d'une même langue), qui suit des mécanismes réguliers. Dans sa forme standard, d'abord, le texte impérial romain est décomposé en segments informatifs et retravaillés linguistiquement, portion par portion, sans modifier dans le nouveau discours l'ordre original des segments :

CTh.		INTERPRETATIO
<i>Inscriptio</i>		
A	→	α
B	→	β
Γ	→	γ'
Δ	→	δ
E	→	ε'
<i>Subscriptio</i>		

En règle générale, en fait, l'objectif de l'interprète n'est pas d'illustrer le texte romain, comme dans les scolies, mais d'établir un « double » littéraire, autonome dans sa forme et souvent également dans son contenu.

- 17 *Transformation discursive*. La répartition en segments informatifs n'implique pas en effet une attitude conservatrice à l'égard des informations juridiques contenues dans les segments. En d'autres termes, la fidélité formelle au texte de base (qui fait partie de la méthode de composition de l'interprétation) peut coexister avec la trahison du contenu informatif (et donc normatif) du droit romain. Pour visualiser cette trahison, on peut considérer, par exemple, un passage tiré du deuxième livre du Bréviaire :

[xii]	CTh. 2.12.7 [= Brev. 2.12.7]		INTERPRETATIO
	<i>Imp. Theodosius A. et Valentin(ianus) Caesar Asclepiodoto p(raefecto) p(raetori)o.</i>		
			PROCURATOR EST, cui PER MANDATUM causa committitur.
			COGNITOR EST, cui SINE MANDATO causam suam agendam praesens praesente iudice litigator iniungit.
A	Si lite contestata procuratorem vel cognitorem, qui litis minister est ordinatus, mori contigerit, minime eius quaerantur heredes, ne de supervacuo domino causae laboris occasio protendatur, sed <u>statim ad eum migrent omnes, qui dominus causae fuerat, actiones.</u>	á [I.]	Si procurator aut cognitor tantummodo, non dominus et procurator effectus post litem contestatam quolibet casu de hac luce discesserit, de mandato sibi negotio ad suum nihil transmittit heredem,
B	Et successoribus procuratoris nulla super eo petitio relinquatur, nisi tantum expensarum nomine vel factorum litis causa sumptuum.	β	nisi tantum sumptuum vel expensarum repetitionem, quam auctorem suum in suscepta causa fecisse probaverit, <u>lis vero ad mandatorem redit.</u>
Γ	Nec sane videtur incongruum cognitori, cum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator usus fuerit <u>in iudicio prosperiore fortuna vel eadem reflante devictus</u> , iudicati actionem sine ulla cunctatione in dominum dari vel domino.	γ [II.]	Si praesentis procurator <u>vincatur aut vincat</u> , in dominum vel domino, non in procuratorem vel procuratori actio tribuetur iudicati.
Δ	Et haec quidem in actoris persona de litis ministro edixisse sufficet;		
E	ceterum in rei quoque idem licere non dubium est,	ε' [III.]	Idem esse et in pulsati possessoris procuratore servandum, si aut vincatur aut vincat.
ζ	quamvis abunde legum veterum observatione munita sit, quae, si in rem quoque suam cognitor vel procurator quis fuerit ordinatus, simili modo nihil novi requirere patiuntur ETC.	ζ [IV.]	Et si in rem suam quis factus fuerit dominus et procurator et procuratorem ipse pro sua utilitate iam fecerit, exitus rei iudicatae dominum respiciet, non actorem.
	<i>Dat. xviii. kal. Decemb. Constant(ino)p(oli), Victore v̄.Ā. cons.</i>		

La constitution romaine (promulguée par Théodose et Valentinien, a. 424 : colonne de gauche) prévoit que la procédure, en cas de décès du mandataire judiciaire de l'une des parties, se poursuit automatiquement avec des effets sur le sujet représenté, en

réservant aux héritiers du mandataire uniquement le droit au remboursement des frais judiciaires engagés par le défunt³⁰. La chancellerie du v^e siècle focalise et délimite l'innovation normative qu'elle introduit à la lumière du binôme traditionnel *procurator /cognitor*³¹ : ce faisant, elle auto-limite sa portée novatrice, en la circonscrivant à une situation spécifique (l'objectif impérial est de démontrer que l'innovation est de portée limitée, donc qu'elle ne bouleverse pas le régime classique, mais qu'elle s'inscrit dans sa continuité). En effet, le texte de loi affirme que (Γ) la nouveauté introduite en 424 est conforme au régime classique du mandataire judiciaire (*cognitor*) ; de même, concernant le *procurator*, elle ne comporte pas d'inconvénients particuliers lorsque le décès touche (Δ) le représentant du demandeur ; d'ailleurs (E, ζ) les héritiers du représentant du défendeur sont déjà suffisamment protégés par la règle, également traditionnelle, qui empêche la reprise de la procédure entre les mains du représenté, lorsque le mandataire est nommé *in rem suam* (c'est-à-dire qu'il est personnellement intéressé à l'affaire dont il est chargé). L'auteur de l'interprétation (colonne de droite) néglige cet usage rhétorique de la différence *procurator /cognitor* et retravaille le binôme en s'appuyant, peut-être, sur le contenu de la constitution (l'expression impériale « *cognitor vel praesentis procurator* » devient une définition : « *cognitor est, cui... praesens praesente iudice litigator iniungit* »). De cette façon, la définition placée avant le passage consomme la différence, en la réduisant au niveau des manières de mandater l'office, et ouvre le champ à un discours reformulé, concernant les situations dans lesquelles, après le décès du mandataire judiciaire, les effets procéduraux sont attribués à la personne représentée. Cet effet est produit, selon l'interprète, dans quatre situations hétérogènes : (1) premièrement, lorsque le mandataire (quelle que soit la manière dont il a reçu le mandat) meurt après la *litis contestatio* (l'ouverture officielle de la procédure, avec la fixation des termes du litige), mais qu'il n'agit pas dans son propre intérêt (il n'est donc pas devenu « *dominus* » du litige : « *dominus et procurator* ») ; (2) deuxièmement, lorsque le mandataire est présent au tribunal (« *praesentis procurator* » [≡ CTh. sub iii, « *cognitor* »]) ; (3) troisièmement, lorsque le représentant intervient au nom du défendeur (probablement : dans un jugement *in rem*) ; (4) quatrièmement, lorsque le représentant est effectivement constitué « *dominus et procurator* », mais qu'il désigne lui-même un second représentant. C'est précisément cette dernière situation (qui, à y regarder de plus près, est une déformation de la constitution romaine : les effets retombent sur la personne du premier nommé – premier mandataire –, mais en tant que *dominus*) qui montre la volonté d'adopter une nouvelle perspective, en préservant une adhésion formelle au texte romain, mais en trahissant son contenu informatif. Le texte romain reste ainsi un instrument de certification littérale, mais pour une norme transformée ou transfigurée.

- 18 *Redistribution de l'information et coordination hypertextuelle*. Les définitions d'ouverture, telles que celles du *cognitor* et du *procurator*, ne sont en fait que des espèces d'une tendance plus large à la redistribution de l'information, non seulement à l'intérieur de chaque interprétation, mais plus largement dans l'entière collection wisigothique elle-même³². À son tour, la redistribution de l'information accède au phénomène général de coordination entre les différentes informations (normes) extraites des passages inclus dans le Bréviaire. En effet, l'interprète montre souvent qu'il opère sur la base d'un corps d'informations plus large que la seule constitution interprétée, donnant lieu à un échange de données informatives au sein du Bréviaire. Ce phénomène englobe et explique, dans la plupart des cas, les divergences quantitatives (soustractions, ajouts) entre la séquence lemmatique de la constitution et son reflet dans l'interprétation.

Nous avons dit, en effet, qu'en règle générale tous les segments informatifs de la constitution de base sont transférés ou, pour ainsi dire, traduits dans l'interprétation, avec un sens plus ou moins transformé. Toutefois, ce mouvement de base peut varier. L'auteur des interprétations peut ajouter de nouvelles informations (qui ne sont pas contenues dans la constitution romaine) ou bien, au contraire, supprimer certaines informations présentes dans le texte impérial. Lorsqu'il le fait, c'est généralement pour coordonner les informations proposées dans le Théodosien, voire le Bréviaire entier. Les interprétations agissent, à ce niveau, comme des nœuds hypertextuels, dépassant la lecture linéaire de la collection et harmonisant son contenu. D'une part, c'est le cas des renvois formels et explicites, le plus souvent en forme de comparaison ou énucléation de la différence résiduelle (voir par exemple, ICTh. 8.18.1 [= Brev. 8.5.1], « *legis istius reliqua pars in aliis legibus continetur : hoc tantum de reliquis legibus plus habet, ut... sicut lex novella dicit...* »). D'autre part, on peut également observer des cas où l'adaptation participe à la transformation du discours (cf. *infra* IV).

- 19 Le texte « double ». L'aspect le plus intrigant des interprétations concerne, toutefois, la coexistence des textes romains et de leurs « doubles » interprétatifs. Le législateur wisigoth, en effet, n'efface pas le texte romain pour le fondre dans un nouveau texte ; il ne manipule même pas le texte, contrairement à ce qui se passe en Orient (cf. *infra* IV). Il ajoute plutôt, respectueusement, un second passage au texte romain. C'est précisément dans ce second texte (l'« interprétation ») que l'intervention correctrice du législateur converge. Ce mode d'intervention – qui se déroule, pourrait-on dire, « *per interpretationem* », et qui semble respecter l'altérité des sources romaines par rapport à la production normative du législateur – assure que la paire de textes est étroitement liée, tant dans la procédure de rédaction du Bréviaire (dans le *commonitorium*, il est demandé aux grands de chaque province d'approuver à la fois la sélection des sources et leurs interprétations)³³, que dans la mise en page de la compilation (où l'interprétation partage le miroir principal du texte avec la source-base), que dans l'utilisation du recueil.
- 20 L'usage du Bréviaire (en particulier, l'usage judiciaire) semble exiger à la fois les deux textes : l'interprétation, d'une part, établie et identifie les préceptes et les normes invocables, identiques pour tous (non soumise à l'interprétation fluctuante des parties dans les procès individuels), tandis que la constitution romaine, formellement inaltérée, fournit d'autre part la certification littérale de l'existence et de l'autorité de la loi romaine (*auctoritas*). De cette façon, la divergence, commune à tout l'intertexte théodosien, entre la norme abstraite et le texte romain sur lequel elle repose, est consommée. Cependant, étant donné qu'il existe une symétrie formelle, mais pas nécessairement substantielle, entre la source et l'interprétation relative – car l'interprète transforme souvent les préceptes, harmonisant et actualisant le *corpus* normatif – l'opération effectuée par les Wisigoths n'est que nominalement explicative (*explanatio*), tout en réalisant, en réalité, une forme de réutilisation des textes normatifs romains, comme dans d'autres passages de l'intertexte théodosien.
- 21 Cette dissociation entre la valeur d'usage du texte romain et l'illustration de son contenu informatif semble confirmée par la manière même dont les Wisigoths ont sélectionné le matériel normatif romain. Les critères peuvent être décodés dans des cas tels que ICTh. 4.6.8 [= Brev. 4.6.2] :

--	--

CTh. 4.6.1	
CTh. 4.6.2	
(a. 336)CTh. 4.6.3	
(a. 371)CTh. 4.6.4	Brev. 4.6.1 Observandum de naturalibus filiis lex ista constituit, ut... [etc.]
CTh. 4.6.5	
CTh. 4.6.6	
(a. 426)CTh. 4.6.7	
CTh. 4.6.8 (a. 428)	Brev. 4.6.2 , quia posterior omnibus est et priorem <=CTh. 4.6.4>, quae a posteriore damnata fuerat <= CTh. 4.6.7>, confirmavit.ad h

Le titre 4.6 du Théodosien (*De naturalibus filiis et matribus eorum*) contient, en effet, huit constitutions, dont la série est reproduite ci-dessus dans la colonne de gauche. Parmi eux, la troisième loi (CTh. 4.6.3), donnée en 336, interdit, pour les membres des classes sociales supérieures, les donations en faveur des enfants nés d'esclaves, d'affranchies et de femmes exerçant des métiers infâmes. La quatrième constitution (CTh. 4.6.4 = Brev. 4.6.1), datant de 371, en corrigeant la loi précédente, établit que les élites peuvent librement disposer par donation, mais seulement à hauteur d'un douzième ou d'un quart de leurs biens, respectivement en présence ou en l'absence d'héritiers légitimes. La septième constitution du titre (CTh. 4.6.7), donnée en 426, étend le pourcentage disponible en faveur des enfants de femmes libres, mais refuse la qualité de fils naturels aux enfants d'esclaves. La huitième loi (CTh. 4.6.8), donnée en 428, rétablit enfin le régime de 371 (c'est-à-dire celui de la quatrième constitution). D'une part, la sélection wisigothique ne retient, pour le Bréviaire (colonne de droite), que deux textes romains : précisément, la quatrième constitution de 371 (tout en expliquant toutefois, dans l'interprétation, que la norme ne concerne que les enfants de femmes nées libres ou libérées : c'est la règle introduite en 426) et la huitième de 428. D'autre part, ce dernier passage (CTh. 4.6.8) est dit être accepté dans le Bréviaire « uniquement parce qu'il est le plus récent dans le titre et qu'il confirme la validité de la quatrième constitution », donc en vertu de sa fonction d'usage (en particulier, d'usage judiciaire) : Brev. 4.6.2 confirme l'actualité des normes précédemment extraites et traduites dans l'interprétation à la quatrième constitution du Théodosien (Brev. 4.6.1). Le texte romain (CTh. 4.6.8) prend ici valeur de preuve de la validité d'une règle exprimée dans un autre texte (CTh. 4.6.4). Cet autre texte est réellement interprété, alors que le texte-preuve ne sert, dirions-nous, que pour sa date de promulgation.

IV. Interprétations et interpolations : deux techniques de réécriture normative dans l'Antiquité tardive

- 22 À ce stade, et sur cette base, je propose brièvement un exemple de comparaison possible entre la façon dont les Wisigoths ont opéré en Occident et la façon dont

Justinien a opéré en Orient. Ici l'empereur rassemble dans un *Codex* (en deux éditions : d'abord en 529, puis avec des mises à jour en 534) les lois impériales promulguées entre l'époque d'Hadrien et l'année de publication des recueils, en intégrant des éléments des anciens codes Hermogénien, Grégorien et Théodosien à la législation plus récente³⁴. L'intervention du législateur byzantin, qu'une continuité constitutionnelle assimile formellement à ses prédécesseurs, peut inclure une manipulation invasive des textes de départ, corrigés et mis à jour par des insertions textuelles d'adaptation (appelées « interpolations »)³⁵.

- 23 Les interprétations (dans le royaume wisigothique) et les interpolations (à Constantinople) sont donc des stratégies macro-textuelles alternatives d'interférence du nouveau législateur dans les textes anciens, par lesquelles les objectifs de réécriture et de réutilisation normative sont poursuivis. La mise en évidence de ces stratégies permet non seulement de positionner chaque source dans le contexte de la littérature juridique contemporaine, en donnant du volume à la culture écrite de l'Antiquité tardive, mais aussi d'envisager plus librement les informations véhiculées par les sources, qui ne peuvent pas toujours être lues les unes à travers les autres : en effet, dans le jeu de la réécriture, la transformation l'emporte généralement sur la conservation, et la réutilisation coexiste avec l'exégèse, en raison de l'effort incessant du législateur pour préserver la matrice textuelle héritée du passé en l'adaptant à un droit qui évolue dans le temps et dans l'espace. Les mécanismes de transformation se révèlent, comme il est facile de le deviner, lorsque les sources conservent le résultat des interventions wisigothes et byzantines à partir du même groupe de constitutions : dans ces cas, la procédure de réécriture peut être mesurée par écart, en mettant à nu les structures discursives des passages concernés.
- 24 À titre d'exemple, je propose de mettre en valeur deux dispositions émises par Constantin en 319 et 332, recueillies dans le Théodosien sous le titre *De inofficioso testamento* (CTh. 2.19.1 et 3), transmises sous une forme étendue par le Bréviaire (Brev. 2.19.1 et 3) et retravaillées par le code de Justinien (C. 3.28.27)³⁶.

A. Deux textes de Constantin : CTh. 2.19.1 et 3

- 25 Le premier passage à analyser est le texte romain qui ouvre le titre CTh. 2.19 *De inofficioso testamento* (colonne de gauche, ci-dessous). Il s'agit d'une disposition de Constantin datée de l'année 319, dans laquelle les conditions d'accès à l'action d'inofficiosité par les frères du défunt sont fixées (*querela inofficiosi testamenti* : la demande d'annulation du testament ouvrant la voie à une revendication d'héritage par les héritiers légitimes). Dans la catégorie des frères et sœurs, Constantin fait une distinction. Les frères et sœurs utérins (par le sang : ils ont la même mère, mais des pères différents) ne peuvent jamais demander l'annulation du testament³⁷, tandis que les germains (qui ont le père en commun, indépendamment de la mère ; ils sont donc liés au défunt par une parenté agnatique ou civile) ont légitimement le droit de demander l'annulation, mais seulement lorsque le testateur a destiné son propre patrimoine à des personnes marquées par la turpitude (*turpitudō*), et à condition que le lien agnatique n'ait pas été rompu entre-temps :

<p>³⁸CTh. 2.19.1 [= Brev. 2.19.1]</p>	<p>³⁹INTERPRETATIO</p>
--	-----------------------------------

	<i>Imp. Constant(inus) A. ad Lucrium Verinum.</i>	
i.	ab inofficiosis actionibus arceantur, <u>FRATRES UTERINI</u>	, <u>FRATRIBUS UTERINIS</u> id est diversis non liceat de inofficioso contr
ii.	<u>FRATRIBUS</u> tantummodo <u>GERMANIS</u> et	praetermissis, <u>GERMANIS FRATRI</u> id est uno patr
iii.	, <u>TURPITUDINIS</u> adversus eos dumtaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis	person id est infamibus, fuerit heredi
		pro libidine meretric pro inhonesto affectu natural certe thymel ⁴⁰ , <u>vel <de> liber</u>
		agendi contra testamentum li
iv.	sine auxilio praetoris petitionis aditus reseretur. <u>agnatione durante</u>	si tamen is ip non pro crimine suo exilio fue aut per captivitatem fuerit ser aut per emancipationem vel actionis iur
	<i>Dat. id. april. Sirmio Constantino A. v et Licinio C. cons.</i>	

- 26 Le passage de la constitution à l'interprétation (colonne de droite), conduit à un enrichissement de l'information : l'exploitation maximale, pour ainsi dire, de la procédure de conversion lemmatique accomplit ici, presque partout, une fonction purement exégétique. Les termes techniques de la constitution de Constantin sont décompressés et dépliés dans des explications qui rendent explicites les hermétismes tant lexicaux (« utérins », « germains ») que juridiques (« *agnatione durante* », c'est-à-dire tant que dure le lien agnatique utile aux fins de la succession intestat). Toutefois, il y a également dans ICTh. 2.19.1 des interventions d'une autre nature, non pas explicatives mais coordinatrices. On en trouve des traces, notamment, dans la réécriture wisigothe de la section où Constantin déclare que la demande d'annulation du testament est recevable contre les héritiers « à propos desquels il aura été établi que des notes de détestable turpitude ont été imprimées » (« *quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis* »). L'interprète transforme le texte en énonçant non pas une, mais deux espèces d'indignité : la faculté d'intenter un procès – écrit-il – est limitée aux cas où l'héritage a été dévolu par le testateur à des personnes « frappées de turpitude », c'est-à-dire infâmes (une autre précision suit en cascade, par l'énumération d'exemples), ou par rapport à ses propres affranchis. Si la référence à l'infamie – terme en soi absent dans le texte de Constantin – peut être justifiée de différentes manières à la lumière de la *turpitude*, la mention des affranchis apparaît déjà

à première vue comme allogène et étrangère à la constitution constantinienne. Pour trouver d'où elle a été tirée, il suffit de faire défiler quelques lignes dans le Théodosien (ou dans le Bréviaire), jusqu'à la troisième constitution du titre.

- 27 On retrouve ici un autre passage de Constantin, peut-être de 332⁴¹, au centre duquel on retrouve justement les affranchis. C'est le texte transmis par CTh. 2.19.3 (colonne de gauche ci-dessous) :

	⁴² CTh. 2.19.3 [= Brev. 2.19.3]
	<i>Idem A. ad concilium Byzacenorum.</i>
i.	consequi videtur. <u>INFAMIAM</u> heres instituendus est, quia non magis patrimonium quam <u>SERVUS NECESSARIUS</u>
ii.	relaxatam, cum infamiae aspergitur vitiis qui heres exstitit, omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem aut aliquam levem notam
iii.	heredibus institutis fratres fuerint alieni, inofficiosi actione proposita praevaleant in omnibus occupandis facultatibus defuncti, quas il
	<i>Dat. vi. kal. aug. coloniae Agrippinae, Pacatiano et Hilariano cons.</i>

- 28 Le passage de Constantin (CTh. 2.19.3) n'est pas facile à lire et son interprétation, dans l'historiographie romaniste, a été principalement influencée par la lecture du texte parallèle de Justinien (cf. *infra* § 34). Il fait partie, peut-être, d'une disposition plus large (ou d'un ensemble de dispositions) dans laquelle le régime juridique des affranchis est mis en perspective⁴⁴. Si nous nous laissons guider par le thème des affranchis, nous pouvons tenter, au moins en première approximation, de comprendre la pensée de l'empereur romain : les compilateurs du Théodosien semblent avoir conservé, pour l'essentiel, l'argument par lequel l'empereur justifie l'admission des frères du défunt à l'action d'annulation (*querela*), contre les affranchis institués héritiers, en suivant un fil conducteur traditionnel et rhétorique, celui de la non-rationalité des choix du testateur (« il est insensé de faire coexister patrimoine et infamie » ; « il est insensé de préférer des affranchis à des parents »)⁴⁵.
- 29 L'argument de Constantin se développe en effet, pour autant que nous puissions le comprendre, par concaténation : [i] aucun homme sain d'esprit – tel semble être le discours implicite de Constantin, qui élargit de cette manière l'argument classique – ne permet à son héritage de coexister avec une marque d'infamie. C'est pourquoi, les poursuites des créanciers sur les biens du débiteur étant infamantes, lorsque le testateur prévoit que les dettes héritées l'emporteront sur les biens, il peut instituer un de ses esclaves comme héritier après l'avoir affranchi dans le testament, pour éviter que l'infamie affecte son propre nom. L'affranchi devient ainsi automatiquement héritier (*heres necessarius*) et ne peut se soustraire à l'héritage. L'affranchi hérite de cette manière – pour ainsi dire – de l'infamie plutôt que de la fortune (« *non magis patrimonium quam infamiam consequi videtur* »). L'institution de l'esclave libéré (*servus heres necessarius*) est donc ici encouragée, car elle permet de dissocier l'infamie (qui finit sa course sur l'affranchi) du patrimoine et de la famille du défunt⁴⁶. Cet effet se produit lorsque l'infamie naît avec le patrimoine lui-même, s'enracine en lui : dans ce cas également – le maximum d'intimité génétique entre l'un et l'autre –, semble dire Constantin, le testateur sépare les jumeaux à la naissance, pour ne pas leur permettre

de vivre ensemble. [ii] Cette dernière considération semble offrir la clé pour comprendre le lien transphrastique ultérieur (« *unde claret* »). Puisque la dissociation se produit même lorsque l'infamie est une conséquence de l'héritage lui-même, à plus forte raison la disposition en faveur des personnes déjà infâmes (*quum infamiae aspergitur vitiis is, qui heres exstitit*) doit être considérée comme déraisonnable. C'est pourquoi, dans ce cas, les frères du défunt peuvent demander l'annulation du testament, comme le prévoit déjà la constitution de 319. [iii] Par ailleurs, le cas de l'héritier nécessaire donne lieu à une autre branche argumentative, qui constitue peut-être le cœur (si l'on en croit le lien avec CTh. 4.10.1) du discours de Constantin. Lorsque la désignation de l'affranchi au détriment des frères n'est pas justifiée par la nécessité d'éviter l'infamie, les frères ont de bonnes raisons d'intenter un procès contre le testament qui récompense « injustement » (*perperam* ; ou, qui sait : « par erreur », peut-être sur le montant de la succession ?) l'affranchi, au détriment des parents (« *inofficiosi actione proposita praevalent in omnibus occupandis facultatibus defuncti quas ille perperam ad libertos voluerat pertinere* »)⁴⁷.

B. La réécriture wisigothique : ICTh. 2.19.1 et 3

- 30 Quelle que soit la lecture du passage de Constantin – il y a probablement plusieurs alternatives meilleures – le discours change avec l'interprétation, qui introduit de nouvelles informations et modifie les informations contenues dans la constitution romaine. La première partie de l'interprétation (ci-dessus, colonne de droite : → A) absorbe en fait les deux premières situations envisagées par Constantin (colonne de gauche : [i] et [ii]). Les cas de l'esclave héritier nécessaire et celui de l'infâme sont en effet liés, même syntaxiquement, par l'interprète, en donnant lieu à une situation unique. Pour mieux dire, c'est la situation de l'esclave-héritier qui conquiert la scène, alors qu'il n'y a plus trace de la règle générale qui concerne tous les infâmes. Dans la réécriture du texte on assiste premièrement à une re-sémantisation de certains termes clés, comme « nécessité » (*necessitas*), qui devient un traducteur impropre : pour l'interprète, il s'agit désormais de la nécessité de faire face aux dettes (« *necessitas debiti* ») et non pas de l'automatisme dans l'acquisition de l'héritage. Deuxièmement, on observe une première forme d'harmonisation, au niveau du lexique, par rapport à l'interprétation de CTh. 2.19.1 (« *fratres* » devient « *germani fratres* »). Troisièmement, la figure de l'esclave embrasse entièrement la première partie du discours : les frères peuvent demander de révoquer la part qui lui est dévolue (« *si servo [...] cum libertate hereditas fuerit dimissa* »), car lui-même (*huiusmodi persona*) est infâme. Enfin, l'interprète souligne – information absente chez Constantin – que l'action en annulation n'affecte pas la disposition concernant l'affranchissement de l'esclave, laquelle conserve son efficacité : l'héritier nécessaire est et reste un affranchi.
- 31 Cette dernière précision (l'héritier nécessaire est un affranchi particulier) sert à introduire la deuxième partie de l'interprétation [→ B], qui se rattache à la première sur la base d'une similitude ou d'une analogie (« *simili modo* ») : de la même manière que les frères peuvent intenter l'action en nullité contre l'affranchi désigné en tant qu'héritier dans le testament, ils peuvent agir contre les autres affranchis. Il ne s'agit donc qu'en apparence d'une traduction au contenu informatif inchangé : c'est au contraire un nouvel argument de similarité (ou plutôt un argument « du mineur au majeur ») qui régit le discours, opérant entre le cas particulier de l'esclave libéré et

nommé *heres necessarius* et tous les autres esclaves libérés (un affranchi particulier → tous les affranchis).

- 32 Pour l'interprète, la *querela inofficiosi testamenti* est donc accordée sans distinction lorsqu'un affranchi est désigné comme héritier dans le testament, y compris dans le cas de l'esclave héritier nécessaire (et non pas à l'exclusion de ce dernier). On assiste ainsi à un processus de généralisation de la règle extraite de la constitution romaine (« *si praetermissis fratribus liberti per testamentum heredes fuerint instituti [...] germani defuncti eos a bonis fraternae hereditatis excludunt* ») qui facilite la mise en relation du précepte, applicable à des cas toujours nouveaux, avec le texte d'autorité qui le justifie. Dans la transformation, en revanche, la partie informative concernant les personnes (non affranchies) infâmes et viles, qui était présente dans la loi de Constantin (cf. ci-dessus, [ii]), est perdue. Ce fait mérite d'être souligné, car il s'agit d'un facteur supplémentaire de coordination entre les passages du Bréviaire : l'information peut manquer, en effet, parce qu'elle a déjà été exposée dans ICTh. 2.19.1; par souci d'économie d'information, l'*interpretatio* ne la répète pas. Dans les deux interprétations – CTh. 2.19.1 et 2.19.3 –, donc, un échange informatif réciproque a lieu (le premier passage anticipe la règle sur les affranchis ; le second confirme la distinction entre les sujets légitimés à l'action). Les deux textes interprétatifs (ICTh. 2.19.1 à 2.19.3 : ci-dessous, colonne de droite) doivent être lus ensemble, précisément car on assiste à un glissement d'information d'une constitution à l'autre, ainsi qu'à une coordination informative entre les deux interprétations.

CTh. 2.19.1 [= Brev. 2.19.1]
adversus eos dumtaxat institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis [...]GERMANIS TANTUMMODO FRATRIBUS
CTh. 2.19.3 [= Brev. 2.19.3]
fratres fuerint alieni, inofficiosi actione proposita praevaleant [...]LIBERTIS HEREDIBUS INSTITUTIS[...] si quando **

- 33 À la lumière des observations qui précèdent, on est tenté de poser la question suivante : puisque le cas des affranchis est attiré dans la première interprétation, pourquoi conserver dans le Bréviaire les deux dispositions de Constantin (et non pas une seule) ? Plus précisément : pourquoi conserver aussi la seconde constitution et son interprétation ? Une réponse possible, me semble-t-il, vient de l'appréciation du rôle joué par les textes romains dans le Bréviaire. En effet, puisque le texte des constitutions impériales est appelé à certifier, à la lettre, la présence et la provenance des normes sélectionnées par Alaric, il est nécessaire de conserver la source littérale (le texte produit par la chancellerie romaine, formellement inchangé) de chaque norme énoncée dans les interprétations. On peut comprendre, en ce sens, pourquoi la coordination entre les interprétations n'empêche pas la conservation dans le Bréviaire des deux constitutions du Code Théodosien : sans le texte de CTh. 2.19.1, la distinction entre les sujets légitimés à agir ne trouverait aucun point d'ancrage textuel (*auctoritas*), car la loi de 332 n'en fait pas mention ; de même, sans CTh. 2.19.3, le précepte concernant les

affranchis ne serait garanti par la lettre d'aucun texte, car la constitution de 319 n'en fait pas état.

- 34 D'une part, donc, l'interprète harmonise l'information normative en opérant au niveau des interprétations (*per interpretationem*), dans la « réécriture » des constitutions ; d'autre part, l'opération même de réécriture permet – voire exige – que le passage original soit conservé *verbatim*, en tant qu'*auctoritas* (à réciter, éventuellement, devant le tribunal) des règles extraites et coordonnées. On est donc face à un discours unitaire sur le front des interprétations (colonne de droite), qui coordonnent les deux passages du Théodosien (colonne de gauche), mais aussi à une dissociation du rôle entre ce discours et la survivance des textes de base, dont la surface textuelle est à produire dans la récitation, au soutien des arguments des parties.

C. Le retissage de Justinien : C. 3.28.27

- 35 Essayons maintenant de comparer brièvement cette façon de faire avec celle de Justinien. Sous le nom de Constantin, le texte du Code Justinien C. 3.28.27⁴⁸ (ci-dessous, colonne de droite) réunit les deux constitutions que le Code Théodosien et le Bréviaire (colonne de gauche) tiennent séparées, et qu'on vient de lire :

CTh. 2.19.1 [= Brev. 2.19.1]
<i>Imp. Constantinus a. ad Lucrium Verinum.</i>
FRATRES UTERINI AB INOFFICIOSIS ACTIONIBUS
,ARCEANTUR
et germanis tantummodo fratribus
adversus eos dumtaxat* institutos heredes, quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis,
,AGNATIONE DURANTE
sine auxilio praetoris, petitionis aditus reseretur.
<i>Dat. id. april. Sirmio, Constantino a. v. et Licinio caes. coss.</i>
CTh. 2.19.3 [= Brev. 2.19.3]
<i>Idem a. ad concilium Byzacenorum.</i>
capere non potest institutus.PER TURPITUDINEM AUT ALIQUAM LEVEM NOTAM vitiis is, qui heres exstitit, omniaque fratribus tradi, quae INFAMIAE AS

ad libertos voluerat pertinere. <u>PERPERAM</u> fratres fuerint alieni, inofficiosi actione proposita praevalent in omnibus occupandis facultatibus d

- 36 Justinien retravaille le texte en profondeur, le rendant *de facto* « nouveau ». Le texte est dense en effet – pour reprendre un terme célèbre – d’« interpolations ». Le discours que nous tenons ne s’intéresse pas aux « interpolations » lexicales, qui trahissent des changements juridiques intervenus entre-temps dans la discipline de l’action d’inofficiosité (on lit, par exemple, frères « et sœurs », *fratres* « *vel sorores* »⁵⁰ ; *durante* « *vel non* » *agnatione*⁵¹ – « tant que dure la parenté agnatique, mais aussi si elle se termine » – ; etc.). Les transformations micro-structurelles de détail remplissent des fonctions hétérogènes, y compris la mise à jour ou l’adaptation réglementaire⁵². Ce qui est plus intéressant, dans le cadre de cet essai, est plutôt la transformation macro-structurelle, c’est-à-dire la procédure de réécriture suivie par les commissaires de Justinien, qui donne lieu à un phénomène similaire à celui des interprétations, mais selon une méthode différente : Justinien fusionne les deux constitutions dont nous parlons, tout en opérant une véritable crase textuelle, dans laquelle le chef d’une constitution rejoint la queue de l’autre.
- 37 La crase se produit précisément entre les deux « blocs normatifs » également conservés par les Wisigoths : celui qui concerne la distinction entre les sujets qui peuvent intenter l’action d’inofficiosité (ci-dessus, colonne de droite, [α]) et celui relatif aux conditions d’exercice de l’action contre les affranchis ([β]). Comme on peut facilement le constater, la première partie de C. 3.28.27 réélabore la distinction entre frères utérins et frères germains, tirée du texte daté du 319 (Justinien se limite dans cette section à des adaptations mineures.). La deuxième partie, quant à elle, transforme le texte de 332. Ce dernier paraît incorporé à la lettre dans le nouveau texte (« *infamiae aspergitur* » devient → « *infamiae adsparguntur* » ; « *per turpitudinem aut aliquam levem notam* » → « *turpitudinis vel levis notae* » ; « *perperam* » → « *perperam* » ; « *servus necessarius heres instituendus* » → « *servo necessario herede instituto* »). En réalité, Justinien manipule la constitution-source, ce qui donne lieu à une opération de réutilisation textuelle : plus encore que chez les Wisigoths, C. 3.28.27 donne vie à une transformation, un pastiche, qui transfigure le texte suivant le fil d’un nouveau discours.
- 38 Dans la première partie, ce discours est encore, en substance, celui de Constantin, avec l’ajout des interpolations ponctuelles⁵³. Dans le second bloc, cependant – concernant les affranchis – la règle relative aux conditions auxquelles l’action d’inofficiosité peut être intentée par les frères d’un père commun devient la suivante : les frères et sœurs peuvent demander l’annulation du testament inofficieux : [i] si les héritiers nommés dans le testament sont touchés par l’infamie ou par une *levis notae maculae* (c’est-à-dire, même une légère indication d’improbité) ; [ii] ou bien, si les bénéficiaires du testament sont des affranchis, mais seulement s’ils sont des ingrats (*non bene merentes*⁵⁴ *maximisque beneficiis suum patronum adsecuti*⁵⁵ : voilà la transformation du mot « *perperam* », peut-être suivant la trame de la tache sur la vie du bénéficiaire)⁵⁶ ; [iii] dans tous les cas, à

l'exception de l'esclave qui est institué héritier dans le testament. L'esclave héritier nécessaire est donc récupéré, mais avec une fonction opposée à celle exercée chez Constantin : là, il était le point de départ et l'appui du raisonnement (on pourrait dire : le fondement de la règle) ; ici, au contraire, il est devenu l'exception à la règle.

- 39 Ce contexte est cohérent avec le tableau juridique oriental du VI^e siècle ; par choix politique général, Justinien assimile progressivement les affranchis aux ingénus, généralisant l'institution de la restitution de naissance⁵⁷ (qui, déjà pour les juristes de l'âge sévérien, effaçait le souvenir de la « *macula servitutis* »)⁵⁸. Ne voulant pas s'appuyer sur l'indignité personnelle de l'affranchi, C. 3.28.27 met probablement l'accent sur l'indignité éventuelle de sa conduite, lorsque celle-ci n'est pas à la hauteur du bénéfice suprême de la liberté.⁵⁹ L'adverbe « *perperam* » reflète cette transformation, qui fait advenir un nouveau sens (l'erreur de jugement sur l'esclave) et contribue à resémantiser, par rapport à Constantin, l'exception finale ; lorsque la liberté est accordée non pas comme une récompense, mais comme une charge et une punition (l'héritier nécessaire subit les conséquences de l'insolvabilité), le critère de l'indignité ne s'applique plus : c'est pourquoi la querelle n'est pas admissible, selon Justinien, contre l'esclave *heres necessarius*.

IV. Épilogue

- 40 Au-delà de l'exégèse menue des trois passages, qui reste ouverte, le point qui mérite d'être souligné est qu'Alaric et Justinien poursuivent des objectifs similaires : l'extraction des données normatives des textes romains, leur transformation (y compris leur mise à jour), leur explication linguistique, leur coordination à l'intérieur du corpus normatif de référence (Bréviaire, Code). Pour ce faire, les interprètes wisigoths et les commissaires de Justinien utilisent, en y regardant de près, les outils linguistiques déjà présents dans les scolies (cf. *supra* §. 6-11), ainsi que des techniques de tissage textuel communes à l'ensemble de l'intertexte du Théodosien.
- 41 La variété littéraire produite par les scolastes (les instruments textuels utilisés pour extraire les normes des textes législatifs, ainsi que pour les diviser, expliquer et coordonner), décrite au début de ce travail, n'est donc pas l'apanage des Wisigoths. Il faut renoncer, pour ainsi dire, à l'idée de comparer aux scolies « seulement » les interprétations.
- 42 Cependant, une chose est le « micro-genre littéraire » des explications, des références, etc., une autre chose est la manière dont les « micro-genres » sont utilisés pour construire ou tisser de nouveaux textes normatifs. Dans cette dernière perspective, le fait que des genres littéraires aient existé au début du VI^e siècle, documentés par des œuvres de nature différente, n'implique pas que des œuvres plus tardives, ou plus articulées, aient absorbé les matériaux textuels (langue déjà tissée) antérieurs.
- 43 En outre, sous ce même angle, les Wisigoths et les Byzantins diffèrent. Justinien exploite les instruments en agissant, pour ainsi dire, par le biais des interpolations (« *per interpolationem* »), c'est-à-dire en intervenant directement sur les textes romains. Les interprètes du Bréviaire, quant à eux, suivent une voie différente, préservant le texte original et agissant au niveau des interprétations (« *per interpretationem* »), c'est-à-dire en introduisant un second texte dans lequel ils font converger leurs interventions

d'adaptation normative. Ce sont deux manières alternatives, mais tout aussi raffinées, de cohabiter avec le passé textuel romain.

- 44 Ensemble, ces deux modes d'intervention révèlent une qualité souvent dépréciée de l'écriture juridique tardo-antique. Toute traduction, même celle intralinguistique (ou reformulation) implique une trahison du sens discursif original, d'autant plus lorsque cette trahison est intentionnelle. Dans les interventions de remise en ordre de l'Antiquité tardive, la reformulation du texte a pour but explicite de s'attaquer au sens des passages romains, de lever les obscurités ou les ambiguïtés, d'en extraire les préceptes courants et de les coordonner de manière rationnelle. L'écriture juridique tardo-antique manifeste en cela une créativité timide, cachée par une apparence de reproduction et de copie de textes romains. À l'intérieur et à l'extérieur des frontières constitutionnelles de l'empire, l'écriture du droit prend en fait la forme d'une réécriture, dont la méthode juridique, mais aussi littéraire, consiste à retravailler des matériaux normatifs hérités du passé.
- 45 Face à la régularité du processus de transformation, il faut donc être prudent dans le jugement négatif des divergences logiques entre les passages romains et leurs duplications ou pastiches⁶⁰ ; sans nier la présence, toujours possible, de malentendus ou de perceptions erronées de la part des écrivains de l'Antiquité tardive, une hypothèse doit être en principe considérée : la trahison du discours originel est souvent intentionnelle et sert à préserver l'utilité d'usage, sinon l'efficacité normative, de textes parus des décennies ou des siècles plus tôt, appelés à converser entre eux de manière rationnelle. Les formes que prend la coordination normative sont différentes dans l'Occident germanique et dans l'Orient byzantin, alors que les capacités de compréhension et de production du droit aux deux extrémités de la Méditerranée sont similaires. Elles apparaissent aujourd'hui, après examen, plus proportionnées qu'on ne l'a cru dans le passé.

NOTES

1. ERC-Projet Redhis « Rediscovering the hidden structure. A new appreciation of Juristic texts and Patterns of thought in Late Antiquity » (Advanced Grant 2013, P.I. Dario Mantovani, Senior Staff Luigi Pellecchi. Cf. D. Mantovani, « ERC-Project Redhis: A new appreciation of Juristic texts and Patterns of thought in Late Antiquity », *Texte wiederherstellen, Kontexte rekonstruieren*, dir. S. Lohsse, S. Marino, P. Buongiorno, Stuttgart, Franz Steiner, 2017, p. 171-191.

2. « Intertexte » est le mot (propagé par J. Kristeva, Σημειωτική. *Recherches pour une sémanalyse*, Paris, Seuil, 1969) jugé le plus heureux à cet égard, quoique son caractère excessivement vague (il peut être élargi à toute relation littéraire) ait été critiquée (A. J. Greimas et J. Courtés, *Sémiotique. Dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Paris 1979, p. 194), et qu'une classification de sous-types ait été réclamée (cf. par exemple A. Popović, « Text a metatext », *Slavica slovača* 8, 1973, p. 347-373). Il existe d'autres termes pour désigner le même phénomène : par exemple G. Genette (*Palimpsestes. La Littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1982) appelle « transtextualité » le phénomène général et « intertextualité » le phénomène particulier de la « présence effective d'un texte dans un autre » (citation, plagiat, allusion). Dans cet article, le terme « intertexte » est

utilisé pour indiquer l'ensemble ouvert et varié de relations – commentaire, citation, imitation, transformation, falsification, etc. – que les textes juridiques de l'Antiquité tardive entretiennent avec une œuvre spéciale (le Code Théodosien).

3. F. Battaglia, « L'intertesto del Teodosiano nell'Occidente tardoantico », *Il codice Teodosiano. Redazione, trasmissione, ricezione*, dir. D. Liebs et D. Mantovani, Pavie, University Press, à paraître en 2024.

4. La présence de types discursifs similaires a conduit, depuis la seconde moitié du XIX^e siècle, à conjecturer une source (idéale ou matérielle) commune aux auteurs anonymes des scolies et aux commissaires wisigoths, voir [F. Bluhme,] *Monumenta Germaniae Historica [...]*, XV, *edidit Georgius Heinrichus Pertz [...]*, *Legum tomus III*, Hanovre, Impensis Bibliopolii Aulici Hahniani, 1863, p. 580 ; H. Dernburg, *Die Institutionen des Gaius, ein Collegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt*, Halle, 1869, p. 120, note 1 [contra H. Degenkolb, « Zur Literatur der römischen Rechtsgeschichte », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 14.4, 1872, p. 505 et suivantes ; cf. en particulier H. Fitting, « Über einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätern Kaiserzeit. I. Die alten Summarien des Theodosischen Codex in einer Handschrift der Vatikanischer Bibliothek », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 10, 1872, p. 317-341 ; « II. Die sog. westgothische Interpretatio », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11, 1873, p. 222-249 ; « III. Der sog. westgothische Gajus », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 11, 1873, p. 325-339. Sur ce point, pour les résultats de la recherche du XIX^e siècle, voir aussi P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1888, p. 311-312. Dans la version du XX^e siècle de cette hypothèse historiographique, les Wisigoths auraient mécaniquement puisé dans des recueils textuels préexistants de diverses natures (manuels scolaires, projets de lois, scolies, commentaires sur les constitutions), voir F. Wieacker, « Lateinische Kommentare zum Codex Theodosianus. Untersuchungen zum Aufbau und Überlieferungswert der Interpretationen zum Codex », *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, Tauchnitz, 1931, p. 259-356. Wieacker distingue cinq (ou six) groupes de textes-sources : (I) travaux préparatoires sur les constitutions impériales, principalement à partir du IV^e siècle ; (IIa) *Indices* (paraphrases réduites du texte de base, sans caractérisations morphosyntaxiques), ainsi que (IIb) traités sur les constitutions impériales ; (III) résumés des constitutions avec un point de vue externe (« *Haec lex praecipit, ut...* ») ; (IV) scolies marginales mineures (utilisées en cas d'indisponibilité des autres sources ; (V) ouvrages de jurisprudence romaine (principalement leurs définitions, transformées par les Wisigoths en les agrégeant à des passages des autres classes).

5. J. L. Borges, « Del rigor en la ciencia », *Los Anales de Buenos Aires*, 1.3, 1946, p. 53.

6. Voir éd. *Iuris anteiustiniani fragmenta quae dicuntur vaticana, post Ang. Maium et Aug. Bethmann-Hollweg recognovit Th. Mommsen*, Bonn, Adolph Marcus, 1861, intégré dans Th. Mommsen, *Fragmenta vaticana [Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum, III]*, Berlin, Weidmann, 1890, p. 20-106.

7. Cf. Th. Mommsen, *Fragmenta vaticana, op. cit.*, p. 45, note 2 : « *h littera singularis (sic enim mihi videtur legenda Detlefseno tamen visa b) scholiis ita anteposita, ut suum versum occupet, utrum significat 'hoc est' simileve quid an indicatur sic scholiorum auctor ?* ».

8. Cf. *Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus sirmondianis edidit adsumpto apparatu P. Kruegeri Th. Mommsen*, Berlin, Weidman, 1905, *Prolegomena* (ix-cccvi), XXXIX et suivants [désormais indiqué : Th. Mommsen, *Prolegomena*], qui fait référence aux deux types [ivi, XLII] : « Hoc apparet in aliis argumentum breviter significari, in aliis remitti ad constitutiones (compendium § passim apparet) similes alias Theodosiani ipsius, alias Gregoriani ». Voir aussi J. M. Coma Fort, *Codex Theodosianus : Historia de un texto*, Madrid, Universidad Carlo III de Madrid, 2014, p. 44 et suivantes.

9. P. Krüger, « Codicis Theodosiani fragmenta Taurinensia », *Abhandlungen der königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin aus dem Jahre 1879*, II, 1880, Berlin, Realschul-Buchhandlung, p. 1-104.

10. Turin, Biblioteca Nazionale Universitaria, a.II.2, fol. 8v [CTh. 4.6.5].

11. Turin, Biblioteca Nazionale Universitaria, a.II.2, fol. 1v [CTh. 1.2 R?].
12. Cf. D. Mantovani, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris, Les Belles Lettres, 2018, p. 265 et suivantes.
13. Il s'agit, comme on le sait, d'une collection d'annotations au Code Théodosien, souvent comparées aux interprétations wisigothiques, voir pour tous A. J. B. Sirks, *Summaria Antiqua Codicis Theodosiani*, Amsterdam, 1996, p. vii et suivantes (avec l'histoire de la publication des textes); *idem*, « The Summaria Antiqua Codicis Theodosiani in the ms. Vat. reg. Lat. 886 », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 113, 1996, p. 243 et suivantes; ainsi que D. Liebs, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260 - 640 n. Chr.)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987, p. 177 et suivantes.
14. CTh. 9.24.1 pr. est également notée dans T, fol. 32v (v. ci-dessus, § 7).
15. Publiée en 1577 par Jacques Cujas sur la base d'un manuscrit aujourd'hui perdu et attribué à la seconde moitié du v^e siècle après J.-C. (donc une période comparable à celle de la production des scolies au Théodosien). Cf. C. A. Cannata, « La cosiddetta 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti' », *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001*, dir. M. G. di Renzo Villata, Naples, Jovene, 2003, p. 201 et suivantes [= C. A. Cannata, *Scritti scelti di diritto romano*, Turin, Giappichelli, 2012, p. 455-505], qui penche pour une datation de l'œuvre entre 440 et 480, en Italie. Sur l'œuvre, voir pour tous D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert)*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 138 et suivantes; G. Zanon, *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti. Consultazione di un vecchio giureconsulto*, Naples, Jovene, 2006; *ead.*, *Indicazioni di metodo giuridico dalla "Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti"*, Naples, Jovene, 2008; à propos de la découverte de l'œuvre cf. E. Volterra, « Il manoscritto della Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti e il suo scopritore Antonio Loisel », *Acta congressus iuridici internationalis*, 2, Rome, 1935, p. 401-435 [= *Id.*, *Scritti Giuridici, IV. Le fonti*, Naples, Jovene, 1993, p. 273-308].
16. On trouve des mentions du Théodosien [« *corpus Theodosianus* »] dans *Cons.* 1.12; 3.12, 13; 7a. 1, 3; 8.2, 5, 7; 9.12, 13.
17. Pour un examen plus complet des ouvrages à texte répandu, voir F. Battaglia, *op. cit.*
18. Cf. J. Harries, « Superfluous Verbiage? Rhetoric and Law in the Age of Constantine and Julian », *Journal of Early Christian Studies*, 19.3, 2011, p. 345-374. Voir également W. E. Voß, *Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike. Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf- und Übereignungsrecht*, Francfort-sur-le-Main, Löwenklau, 1982; M. Th. Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager. Studien zum kaiserlichen Wissensmonopol in der Spätantike*, Berlin, Suhrkamp, 1993, p. 223-230; O. Robinson, « Roman criminal law: rhetoric and reality. Some forms of rhetoric in the Theodosian Code », *Au-delà des frontières : Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, dir. M. Zabłocka et al., II, Varsovie, Uniwersytet Warszawski Wydział Prawa i Administracji, 2000, p. 765-785; C. Humfress, « Law in Practice », *A Companion to Late Antiquity*, dir. P. Rousseau, Malden, Wiley-Blackwell, 2009 p. 377-391.
19. Cf. P. Bianchi, « Confusio e obscuritas iuris. Testimonianze dell'esperienza giuridica tardoantica », *Annaeus. Anales de la tradición romanística*, 2, 2005, p. 17-44; L. De Giovanni, « I 'mali della giustizia' in una testimonianza di Ammiano Marcellino », *Fides humanitas ius: studi in onore di Luigi Labruna*, dir. C. Cascione et C. Masi Doria, III, Naples, Editoriale Scientifica, 2007, p. 1401-1406; *id.*, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Rome, L'Erma di Bretschneider, 2007; I. Gualandri, « Obscuritas tra retorica e diritto in età tardoantica », *Le strutture nascoste della legislazione tardoantica*, dir. D. Mantovani, Santo Spirito, Edipuglia, 2019, p. 137-175.
20. Sur ce sujet, cf. pour tous V. Marotta, « La recitatio degli scritti giurisprudenziali tra III e IV secolo d.C. », *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi*, dir. F. M. D'Ippolito, III, Naples, Satura, 2007, p. 1643-1669; *id.*, « La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e

altoimperiali di una prassi tardoantica », *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, dir. V. Marotta et E. Stolfi, Rome, L'Erma di Bretschneider, p. 357-385.

21. La collection comprend (avec leurs interprétations) : des extraits du Code Théodosien et des Nouvelles post-Théodosiennes, des Sentences de Paul, des Codes Hermogénien et Grégorien, ainsi qu'un fragment des réponses de Papinien. Elle comprend également ce qu'on appelle le *Liber Gai*, une réélaboration des *Institutes* de Gaius (dont il est, pour ainsi dire, l'interprétation sans « texte en regard »). Dans certains manuscrits, d'autres séries de normes, appelées *Appendices*, sont ajoutées à la collection. Celle de 1849 par Gustav Haenel est l'édition la plus récente de la collection wisigothique (*Lex Romana Visigothorum. Ad LXXVI librorum manu scriptorum fidem recognovit, septem eius antiquis epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit, annotatione, appendicibus, prolegomenis instruxit Gustavus Haenel. Editio post Sichardum prima*, Leipzig, sumptibus et typis B. G. Teubneri, 1849 [réimp. Aalen, 1962]) ; elle a été partiellement complétée par les observations formulées par Theodor Mommsen dans les *Prolegomena* à l'édition de 1905 du Code Théodosien (*Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus sirmondianis edidit adsumpto apparatu P. Kruegeri Th. Mommsen*, Berlin, Weidmannos, 1905, *Prolegomena* [ix-cccvi]). Sur le Breviaire d'un point de vue juridique, avec une plus vaste bibliographie : R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, Torino, Giappichelli, 1991 ; D. Liebs, « Lex Romana Visigothorum », *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde*, 18, 2001, p. 323-326 ; *id.*, *Römische Jurisprudenz in Gallien (2. bis 8. Jahrhundert)* [Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen N.F. 38], Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 166-176 ; *id.*, « Zur Überlieferung und Entstehung des Breviarium Alaricianum », *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. XIV Convegno internazionale in memoria di Guglielmo Nocera*, dir. S. Giglio, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 653-671 ; *id.*, « Lex Romana Visigothorum », *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, dir. A. Cordes et al., 3, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2016, p. 918-923 ; *id.*, « Geltung kraft Konsenses oder kraft königlichem Befehl ? Die lex Romana unter den Westgoten, Burgundern und Franken », *Recht und Konsens im frühen Mittelalter* [Vorträge und Forschungen 82], dir. V. Epp et C. H.F. Meyer, Ostfildern, Thorbecke, 2017, p. 63-83. Sur les interprétations : J. F. Matthews, « Interpreting the Interpretationes of the Breviarium », *Law, Society and Authority in Late Antiquity*, dir. R. W. Mathisen, Oxford, University Press, 2001, p. 11-33 [= *id.*, « Interpreting the Interpretationes of the Breviarium of Alaric », *Roman Perspectives: Studies in Political and Cultural History, from the First to the Fifth Century*, dir. J. F. Matthews, Swansea, Classical Press of Wales, 2010, p. 343-360] ; L. Di Cintio, *L'Interpretatio Visigothorum al Codex Theodosianus. Il libro IX*, Milan, LED Edizioni Universitarie, 2013 ; *ead.*, *Nuove ricerche sulla Interpretatio Visigothorum al Codex Theodosianus. Libri I-II*, Milan, LED Edizioni Universitarie, 2016. Cf. aussi J.-M. Coma Fort, *Codex Theodosianus, op. cit.*, p. 101-104. Sur le Liber Gai : D. Mantovani, « Sul Liber Gai. Trasmissione, forma, contenuti e storia degli studi », *Le Istituzioni di Gaio : avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo*, dir. U. Babusiaux et D. Mantovani, Pavie, Pavia University Press, 2020, p. 577-638). Sur les « Appendices » : M. Wibier, « The So-Called Appendices to the Lex Romana Visigothorum. Compilation and Transmission of Three Late Roman Private Legal Collections », *Athenaeum*, 108/1, 2020, p. 150-180.

22. Notices sur la transmission et texte critique dans Th. Mommsen, *Prolegomena, op. cit.*, XXXII-XXXVII [= MGH, *Legum sectio II.1, Leges Visigothorum* (ed. K. Zeumer), Leipzig, 1902, p. 465-467 (*Supplementa ex lege romana excerpta*). Sur le style du *Commonitorium*, voir M. Carini, « Le leggi romano-barbariche tra retorica e politica », *Rivista di cultura classica e medievale*, 47, 2005, p. 101 et suivantes.

23. Cf. *Commonitorium*, ed. Mommsen, *Prolegomena*, XXXIII, ll. 6-8.

24. Cf. *Commonitorium*, ed. Mommsen, *Prolegomena*, XXXIII, ll. 9-13.

25. Cf., par exemple, ICTh. 5.18.1 [= Brev. 5.10.1] : « Quod hic minus est de colonae agnatione, in novellis legibus invenitur » ; ICTh. 8.18.1 [= Brev. 8.9.1] : « sicut lex novella dicit... » ; ICTh. 8.18.2 [= Brev. 8.9.2] : « sed quantum aut quam diu habeat, lex novella constituit » ; ICTh. 8.18.5 [= Brev. 8.9.5] :

« usque ad illud tempus, quod lex novella constituit » ; ICTh. 4.14.1 [= Brev. 4.12.1] : « sicut et novella Valentiniani testatur, quae videtur haec obscurius inter cetera posuisse, quae tamen ita dicit: ‘excepto privilegio pupillaris aetatis, quod divinae memoriae patris nostri Theodosii lege concessum est, intra eadem tempora terminetur’ » {→ Nov. Val. 35.13}.

26. Cf., par exemple, ICTh. 5.1.5 [= Brev. 5.1.5] (« haec lex similis est superiori; sed hoc amplius habet, quod... ») ; ICTh. 5.1.7 [= Brev. 5.1.7] (« Similis est haec lex superiori, sed quia evidentior est, et istam inseruimus »), mais aussi ICTh. 16.7.3 [= Brev. 16.2.1] : « reliqua pars legis de Manichaeis ideo facta non est, quia evidenter in novellis invenitur ».

27. Surtout en ce qui concerne les Nouvelles théodosiennes, en raison de leur extension textuelle (ces constitutions n’ont pas subi les coupes opérées par Théodose II) : cf. INov.Val. 35 : « Lex ista de diversis rebus multa constituit : sed imprimis... de reliquis praecipit... etc. ». Dans le Code Théodosien, ce type d’opération est généralement absorbé par le développement lemmatique des interprétations, qui rend compte de la structure du texte de base.

28. Cf., par exemple, respectivement ICTh. 1.2.5 [= Brev. 1.2.3] (« moratoria praescriptio dicitur, quae causam prolongat ») et les autres définitions placées en tête des passages (une liste dans H. Fitting, *II. Die sog. westgothische Interpretatio, op. cit.* p. 230 et suivantes), ainsi que ICTh. 1.20.1 [= Brev. 1.7.1] (« Honorati] Honorati provinciarum, id est, ex curiae corpore ») ; voir aussi les gloses cachées ou implicites, comme celle de ICTh. 9.19.1 [= Brev. 9.15.1] : « Tabellio] tabellio vero, qui amanuensis nunc vel cancellarius dicitur ».

29. Pour une analyse plus détaillée, voir F. Battaglia, *op. cit.*

30. Sur le passage et ses problèmes cf., pour tous, M. Marrone, « Dominus litis », *Annali del seminario giuridico dell’Università di Palermo*, 53, 2009, p. 281 et suivantes. Pour le chevauchement entre *cognitor* et *procurator praesentis*, voir B. Bischoff et D. Nörr, *Eine unbekannte Konstitution Kaiser Julians (c. Iuliani de postulando)*, Munich, C. H. Beck, 1963, p. 33 et suivantes ; M. Kaser et K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, C. H. Beck, 1996, p. 560.

31. Dans la tradition romaine (qui n’est pas monolithique, ni immobile dans le temps), le *cognitor* était désigné en principe comme substitut, en présence du magistrat et de l’adversaire, par l’une des parties à un procès, qui prenait sur elle les conséquences des actes de son représentant. La nomination du *procurator* en revanche ne présupposait pas de formes particulières et la partie représentée ne prenait pas directement sur elle les effets du litige ; c’est pourquoi le représentant devait donner des garanties à l’autre partie au procès. Sur ces figures cf. pour tous J. Platschek, « Formularprozess : Verhandlung *in iure* », *Handbuch des Römischen Privatrechts*, dir. U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.-S. Meissel, J. Platschek et T. Rüfner, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, p. 398 et suivantes.

32. Ce fait a une implication historiographique significative : les définitions d’ouverture ont été prises comme paramètre pour l’identification d’une classe spécifiques de sources textuelles (de matrice jurisprudentielle), que les commissaires d’Alaric auraient utilisées. Cf. *supra*, note 5.

33. Cf. *Commonitorium*, ed. Mommsen, *Prolegomena*, XXXIII, ll. 6-8 : « ...quibus omnibus enucleatis atque in unum librum prudentium electione collectis haec quae excerpta sunt vel clariori interpretatione composita venerabilium episcoporum vel electorum provincialium nostrorum roboravit adsensus... ».

34. Sur la codification de Justinien et son contexte, voir pour tous L. De Giovanni, *Instituzioni scienza giuridica codici, op. cit.*, p. 383 et suivantes, et p. 429 et suivantes.

35. Cf. Const. « Haec, quae necessario » (528), 2; Const. « Cordi » (534), 3.

36. La différence entre les deux modes de réécriture concerne, dans ce cas, la procédure de coordination des informations entre les deux constitutions transmises par le code Théodosien ; cependant, des comparaisons similaires peuvent être également tentées par rapport à d’autres objets d’intervention possible (actualisation normative, focalisation chronologique et géographique, etc.).

37. Pour tous C. Dupont, « Les successions dans les constitutions de Constantin », *IVRA*, 15, 1964, p. 72 et suivantes ; P. Voci, « Il diritto ereditario romano nell’età del tardo impero », *IVRA*, 29,

1978, p. 41 ; A. Fernandez De Buján, « La legitimación de los parientes colaterales privilegiados en la impugnación del testamento inoficioso », *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 55, 1989, p. 98-122.

38. Trad. : « *L'empereur Constantin Auguste à Lucius Verinus*. Que les frères utérins soient rejetés des actions d'inofficieux, et que l'accès au recours soit ouvert, sans l'intervention du préteur, seulement aux frères germains, [et] seulement contre les héritiers institués à propos desquels il aura été établi que des notes de détestable turpitude ont été imprimées, tant que dure la relation agnatique. *Donnée aux Ides d'avril, à Sirmione, l'année du cinquième consulat de Constantin Auguste, pendant le consulat de Licinius César* ».

39. Trad. : « Qu'il ne soit pas permis aux frères utérins, c'est-à-dire nés de pères différents et d'une seule mère, d'intenter l'action d'inofficieux contre le testament du frère. Mais la faculté d'agir contre le testament est réservée, s'ils sont passés sous silence, aux frères germains, c'est-à-dire nés d'un seul père, si l'héritage aura été laissé à des personnes abjectes, c'est-à-dire infâmes (c'est-à-dire soit à des prostituées, à cause de luxure, soit à des [enfants] naturels, à cause d'une affection déshonorante, soit certainement à des personnes de spectacle), ou à ses affranchis : à condition toutefois que le frère germain lui-même n'ait pas été envoyé en exil pour son crime, qu'il n'ait pas été rendu esclave par la capture, ou qu'il n'ait pas perdu ses droits de succession ou d'action en raison de son émancipation ».

40. Ainsi *Theodosiani Libri XVI*, *op. cit.* (106, l. 13) dans le texte, suivant le critère de la majorité des témoins manuscrits. Les codes B (Augsburg UB I.2.2^o 4, *olim* Codex Wallersteinensis, sec. 10/11) et O (= Arch. Selden. B. 16, datable des années 1125-1137) – ce dernier est connu pour conserver des traces de la forme primitive du Bréviaire (Mommsen *Prolegomena*, p. CXLI ; CXXXII) – omettent « de ». Sur O, voir aussi L. Atzeri, *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando. Il Codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente*, Berlin, Duncker & Humblot, 2008, p. 277-281 ; J. M. Coma Fort, *op. cit.*, p. 188-195.

41. Mommsen, *Prolegomena*, p. CCXXII ; O. Seek (*Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart, J. B. Metzler, 1919, p. 92), propose l'année 313, la seule où Constantin ait pu se trouver à Cologne à la fin du mois de juillet. Cependant, Godefroy avait déjà raisonnablement proposé de retenir la date, modifiant plutôt le lieu d'émission de la loi (**Coloniae Adrimitinae* [= *Hadrumeti*, en Byzacène]). Voir *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Iacobi Gothofredi [...]* *opera et studio Antonii Marvillii Antecessoris*, Lyon, 1665, t. I, p. 176 (v. aussi t. V, p. 426).

42. Trad. : « *Le même Auguste au Conseil de Byzacène*. L'esclave doit être institué comme héritier nécessaire, car il semble recevoir autant le patrimoine que l'infamie. D'où il apparaît que l'action d'inofficieux est accordée aux frères, lorsque celui qui figurera comme l'héritier est marqué par les conséquences vicieuses de l'infamie, et que tout ce que l'héritier institué ne peut recevoir, à cause de la turpitude ou de quelque note légère, est transmis aux frères (du défunt). Ainsi, dans cette partie également, si les frères du défunt sont exclus, ayant été établis comme héritiers des affranchis, une fois l'action en annulation exercée, que les frères aient le dessus pour occuper tous les biens du défunt, que ce dernier avait voulu par erreur destiner aux affranchis. *Donnée le septième jour avant les calendes d'août à Colonia Agrippina, l'année du Consulat de Pacatianus et Hilarianus* ».

43. Trad. : « Si l'héritage, en même temps que la liberté et par nécessité de faire face à la dette, a été laissé par le propriétaire à l'esclave, par cette raison que ce type de personne s'avère être infâme, le pouvoir d'agir contre le testament est donné aux frères germains, s'ils sont passés sous silence : de sorte que, une fois la personne de l'infâme écartée, mais sans préjudice de la liberté qu'elle a gagnée, les frères germains doivent réclamer l'héritage pour eux-mêmes. En outre, même si, lorsque les frères ont été passés sous silence, des affranchis auront été désignés comme héritiers par testament, les frères germains du défunt les excluront pareillement de la succession fraternelle et réclameront pour eux-mêmes tout ce que [le défunt] aura laissé ».

44. Cf. CTh. 4.10.1 (*inscriptio* et *subscriptio* sont les mêmes que CTh. 2.19.3), qui prévoit le retour en servitude de l'affranchi ingrat : « Imp. Constantinus a. ad concilium Byzacenorum. *Libertis ingratiss in tantum iura adversa sunt, ut, si quadam iactantia vel contumacia cervices erexerint aut levis offensae contraxerint culpam, a patronis rursus sub imperia dicionemque mittantur.* Dat. vi. kal. aug. coloniae Agrippinae, Pacatiano et Hilariano coss. ».

Des traces de coordination entre les deux constitutions de 332 se retrouvent également, au niveau linguistique, dans leurs interprétations respectives :

ICTh. 2.1.9.3 (Si *servo* pro necessitate debiti a domino cum libertate hereditas fuerit dimissa, *quia huiusmodi persona* veditur infamis, germanis fratibus, qui praetermissi sunt, agendi contra testamentum datur facultas : ut remota infami persona, salva tamen, quam meruit libertate, hereditatem germani fratres ad se debeant revocare [...]); ICTh. 4.10.1 (*Quaecumque persona servilis a domino* suofuerit consecuta libertatem, si postea superbire coeperit aut patronum id est manumissorem suum laeserit, amissa libertate quam meruit, in servitium revocetur.)

45. Comme on le sait, les textes de la jurisprudence sévérienne font allusion à la matrice rhétorique de l'action en annulation du testament. Le testateur qui viole les devoirs de piété à l'égard des membres de sa famille serait considéré comme fou : voir, par exemple, D. 5.2.2 (Marcian. 4 *inst.*) ; D. 5.2.5 (Marcell. 3 *dig.*) ; D. 5.2.13 (Scaev. 3 *resp.*) ; D. 5.2.19 (Paul. 2 *quaest.*) ; D. 32.36 (Tryph. *not. ad Scaev. 18 dig.*). Pour une vue d'ensemble actualisée du sujet, voir maintenant M. Wimmer, « Testamentsanfechtung (querela inofficiosi testamenti) » *Handbuch des Römischen Privatrechts, op. cit.*, p. 1373-1417. Pour les textes sur l'argument de la folie et leur relation avec la rhétorique, cf. D. Di Ottavio, *Ricerche in tema di querela inofficiosi testamenti*, Naples, Jovene, 2012, p. 25 et suivantes. Voir également P. Buongiorno, « Ad legem Glitiam » *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 132.1, 2015, p. 96-125 ; L. Gagliardi, *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milan, Giuffrè, 2017.

46. Autre lecture possible : on avance généralement l'argument (basé sur la loi de 319 ?) selon lequel l'action en annulation du testament peut toujours être proposée contre l'héritier nécessaire, puisqu'il souffre d'infamie. Constantin précise, au contraire, que l'institution de l'héritier obéit ici (affranchi spécial) à une raison supérieure (*instituendus est*).

47. Un arrière-plan similaire peut être lu entre les lignes de P. Voci, *op. cit.*, p. 41 : « I fratelli possono togliere l'eredità a qualsiasi liberto, evidentemente perché un ingenuo è sempre più di un libertino ». Dans le sens de Voci, voir également A. Sanguinetti, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 45.

48. Le passage trouve son pendant dans I. 2.18.1 : pour les relations entre ce dernier, C. 3.28.27 et les constitutions théodosiennes, cf. G. Luchetti, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milan, Giuffrè, 1996, p. 259 ss. La paraphrase grecque de Théophile (cf. Théoph., *Paraph.* 2.18.1) ajoute, parmi les détails, quelques exemples de turpitude (concernant les artistes du spectacle et du cirque).

49. Trad. : « L'empereur Constantin Auguste à <Lucius> Verinus. Que les frères ou sœurs utérins soient absolument rejetés de l'action d'inofficiosité contre le testament du frère ou de la sœur : par contre, les [frères et sœurs] consanguins, que le rapport de parenté agnatique dure ou non, peuvent intenter la demande d'inofficiosité contre le testament de leur frère ou de leur sœur, si les héritiers inscrits [dans le testament] sont marqués d'une tache d'infamie ou de turpitude ou d'une note légère, ou [s'il s'agit d']affranchis, qui par erreur, et sans l'avoir mérité ni avoir égalé leur patron dans les meilleurs bienfaits, sont institués [héritiers], à l'exception de l'esclave qui a été institué comme héritier nécessaire. *Donnée aux Ides d'avril, à Sirmio, <l'année du cinquième consulat de Constantin Auguste, pendant le consulat de Licinius César>* ».

50. Sur le caractère de l'intégration, voir A. Fernandez de Buján, *op. cit.*, p. 106-108.

51. De telles greffes sont peut-être à mettre en relation avec les innovations introduites par Justinien dans le domaine de la succession légitime, notamment à travers C. 6.58.15.1b (a. 534). Voir pour tous G. Luchetti, *op. cit.*, p. 261, note 194, et p. 366 et suivantes.

52. Les interventions textuelles de Justinien s'expliquent à la lumière des innovations juridiques importées ou introduites par l'empereur, bien que les limites exactes de ces innovations soient discutées.

[A] La discipline de l'action en annulation totale ou partielle d'un testament (*querela inofficiosi testamenti*) est, en général, affectée par les changements subis par la qualification des successeurs légaux et les portions de la succession qui leur sont réservées (ce que l'annulation du testament protège). En ce sens, les droits des sujets émancipés entrent en ligne de compte (→ « *durante vel non agnatione* »). Une constitution d'Anastase I^{er} (empereur d'Orient entre 491 et 518), acceptée peut-être dans la première édition du Code mais absente dans la seconde, privilégiait les attentes successorales des frères et sœurs émancipés (qui n'étaient donc plus liés par des liens agnatiques à la famille civile d'origine), les mettant sur un pied d'égalité avec celles des agnats. Justinien la rappelle dans ses *Institutes* (I. 3.5.1 ; cf. aussi C. 6.58.13 [a. 531]) et en étend la portée en 534 (C. 6.58.15.1b ; d'où l'absence du passage d'Anastase dans le second Codex.

[B] La mention explicite des sœurs (→ « *fratres vel sorores [...] fratris sui vel sororis* ») a peut-être un caractère plus exégétique – en référence à la discipline spécifique de la *querela inofficiosi testamenti* – qu'innovateur, bien qu'elle soit cohérente avec l'égalisation des lignes de succession (masculine et féminine) poursuivie par Justinien (cf. par exemple C. 6.58.14). Le Code retient un passage de l'époque de Dioclétien (C. 3.28.21, Diocl., Maxim., a. 294) qui mentionne déjà les deux sexes (C. 3.28.21 : « *cum nemo eorum qui ex transversa linea veniunt exceptis fratre et sorore ad inofficiosi querellam admittatur* »).

[C] Les interventions sur la première partie de C. 3.28.27 sont d'ailleurs confirmées par le résumé de la discipline de la *querela* réalisé dans les *Institutiones* (I. 2.18.1 : « *Non tantum autem liberis permisum est parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater infamibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt: non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres [et sorores] cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere* »). Dans son squelette ([α] règle concernant la légitimation des enfants et des parents ; [γ] règle concernant les *cognati ultra fratres et sorores*), le passage reprend le modèle d'un texte d'Ulpien (D. 5.2.1, Ulp. 14 *ad ed.*). Entre les deux règles, cependant, [β] une troisième est insérée, concernant les frères et sœurs : la source est dans ce cas d'origine impériale (I. 2.18.1 : « **Soror autem et frater **infamibus personis scriptis heredibus / ex sacris constitutionibus praelati sunt* »).

La référence semble être précisément les deux passages acceptés dans le Code : C. 3.28.27ⁱⁿ, concernant les limites de l'exercice de l'action (= CTh. 2.19.1, Const., a. 319 : « *Fratres [...] adversus eos dumtaxat institutos heredes, **quibus inustas constiterit esse notas detestabilis turpitudinis* ») ; C. 3.28.21 (Diocl., Maxim., a. 294), concernant l'égalité des frères et sœurs (C. 3.28.21 : « *cum nemo eorum qui ex transversa linea veniunt *exceptis fratre et sorore ad inofficiosi querellam admittatur* »). Sur ces aspects et la discussion y afférente, voir A. Fernandez de Buján, *op. cit.*, p. 106-108 ; G. Luchetti, *op. cit.*, p. 261, note 194, et p. 366 et suivantes.

[D] La raison pour laquelle Justinien conserve (voire renforce, en introduisant l'adverbe « *penitus* ») la distinction entre les frères et sœurs unilatéraux du côté de la mère (*uterini*) et les frères et sœurs *germani* (pour Justinien, « *consanguinei* » : père en commun) est plus obscure. Dans C. 6.58.15.2 (a. 534), l'empereur assimile les droits successoraux des frères et sœurs utérins à ceux des légitimes (« *comme s'ils étaient consanguins* »). En ce qui concerne la *querela*, la différence est toutefois maintenue. Pour une discussion sur ce point, voir A. Sanguinetti, *op. cit.*, p. 97 et suivantes. L'introduction de l'adverbe « *penitus* » semble fonctionnelle, dans l'ensemble, pour établir une sous-division dans la classe des descendants collatéraux, pour lesquels l'accès au procès est globalement limité : les enfants d'un même père peuvent agir uniquement contre des

personnes infâmes, ceux d'une même mère ne le peuvent en aucun cas (pour la confirmation de cette approche, cf. le résumé de I. 2.18.1 : « *Soror autem et frater [...] non ergo contra omnes heredes agere possunt* »). La discrimination des enfants de la mère trouve d'ailleurs son pendant dans celle de la mère elle-même dans la discipline de la *querela* : C. 3.28.28 préserve, avec des variantes, le texte d'un passage de Constantin conservé dans CTh. 2.19.2, qui soumet à des conditions strictes l'exercice par la mère de l'action d'inofficio contre le testament du fils. Le déséquilibre entre la position du père et celle de la mère semble justifier celui entre les enfants de l'un et de l'autre. Sur l'évolution générale de l'action à l'époque de Justinien, voir désormais M. Wimmer, §. 55. *Testamentsanfechtung (querela inofficiosi testamenti)*, dans *Handbuch des Römischen Privatrechts*, op. cit., p. 1373-1417 ; voir aussi J. Gaudemet, *Études de droit romain : Vie familiale et vie sociale*, Naples, Jovene, 1979, p. 348 ; G. Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti, tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milan, Giuffrè, 2014, p. 92 et suivantes; ead., « La successione dei legittimari dal tardo-antico al post-moderno », *Teoria e storia del diritto privato*, 9, 2016, p. 11 et suivantes.

53. Voir *supra* note 53.

54. Voir Bas. 39.1.52 [= C III, 28, 27] : « [...] ἢ ἀπελεύθεροι μὴ μεγάλας εὐεργεσίας τὸν ἴδιον ἀμειψάμενοι πατρῶνα » (« [...] ou les affranchis qui ne récompensent pas leur patron par de grands bénéfices »). En ce qui concerne la situation envisagée par le législateur, les scolastes orientaux donnent des lectures différentes. La scolie 2 Schelt. [= 2 Hb.] explique que la règle désavantage les affranchis, contre lesquels (contrairement aux ingénus) il existe deux situations dans lesquelles l'action en annulation peut être intentée : la vie exécrationnelle (une honte générale, pour ainsi dire) et le comportement non méritoire envers le patron (apparemment après que le testament a été rédigé : « [...] ὁ δὲ ἀπελεύθερος ὀφείλει μὴδὲ <μὴ> αἰσχρὸς εἶναι, ἀλλὰ καὶ εὐεργετῆσαι τὸν διαθέμενον καὶ μεγάλας εὐεργεσίας αὐτὸν εὐεργετῆσαι »). La Sc. 3 Schelt. [= 2 Hb.], en revanche, se concentre sur le comportement précédant la rédaction du testament (le patron désigne l'affranchi comme héritier parce que ce dernier l'a récompensé : « Δεῖ οὖν θεματίζειν, ὅτι αὐτὸς ὁ πατρῶν εὐεργετηθεὶς ὑπὸ τοῦ ἀπελευθέρου ἔγραψεν αὐτὸν κληρονόμον »). L'affranchi du testateur bénéficie dans ce cas d'un privilège particulier (l'action n'est intentée qu'en cas de non-reconnaissance) : si c'est l'affranchi d'un autre qui est désigné comme héritier, l'action en annulation peut toujours être intentée contre lui, selon les règles générales (« ὡς εἴ γε ἀλλότριος ἦν ὁ ἀπελεύθερος, μᾶλλον ἀδιαστίκτως κινεῖται κατ' αὐτοῦ ἢ δεῖνοφικίσο κατὰ τὸν νόμον τὸν πρὸ τῆς διατάξεως »).

55. Cependant, le texte transmis a toujours été considéré comme obscur et a fait l'objet de diverses propositions de correction. La glose d'Accurse ne propose pas d'émendation, mais lit une antiphrase (« BENEFICIIS] id est maleficiis : ironice enim loquitur »). À l'époque culte, la proposition d'amender le texte en répétant la négation prévaut (*« non bene merentes et <non> maximis beneficiis ») : cf. C. A. Duker, *Opuscula varia de Latinitate Jurisconsultorum veterum*, Leyde, 1711, p. 374, repris, entre autres, par G. Noodt, *Commentarius in... libros XXVII Digestorum (1724), ad lib. 5.2 De inofficioso testamento* (cf. *Opera omnia*, II, Cologne, 1732). Similairement, mais pour défendre le texte transmis – double négation par sens ; zeugma –, J. L. E. Püttmann (*Interpretationum et observationum quibus difficiliora quaedam iuris romani capita explicantur illustrantur et ab emendationibus vindicantur liber singularis*, cap. 29, Leipzig, 1763, p. 140 et suivantes). La possibilité de corriger *veneficiis* au lieu de *beneficiis* est également discutée (et rejetée). Voir, par exemple, Aegidius Graafland, *Dissertatio juridica inauguralis ad Leg. 27. Cod. De inofficioso testamento*, Leyde, 1751, p. 24 et suivantes. Mommsen propose *meritis* au lieu de *merentes* (voir *Codex Iustinianus recognovit Paulus Krueger*, I, Berlin, 1873, p. 264).

56. Ce renversement de perspective est probablement à mettre en relation avec l'accent mis par Justinien sur la possibilité pour l'affranchi ingrat de perdre les bénéfices qui lui ont été accordés (en particulier : la liberté et la citoyenneté). Sur ce sujet, voir pour tous S. Schiavo, « Sulla revocatio in servitutum dei liberti ingrati in alcuni rescritti tardoclassici », *Tesseræ Iuris*, 3.2, 2022, p. 105-130. Si la liberté est accordée par testament en même temps qu'une disposition

patrimoniale, la révocation des avantages semble s'étendre à la perte des biens laissés en héritage, par le biais de l'action d'iniuria (à laquelle les frères et sœurs ont également accès, compte tenu, peut-être, de la similitude entre la dépréciation morale de l'ingratitude et celle de l'infamie).

57. Cf. C. 6.8.1-2, puis Nov. Iust. 78 (a. 539).

58. Cf. D. 40.11.5.1 (Mod. 7 reg. : « *libertinus, qui natalibus restitutus est, perinde habetur, atque si ingenuus factus medio tempore maculam servitutis non sustinisset* »).

59. L'évolution historique de la discipline relative à la punition de l'affranchi ingrat (ainsi que de la terminologie correspondante) reste à bien des égards à préciser. Les remarques de M. Kaser, « Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 58, 1938, p. 129 et suivantes, dans lesquelles un large pouvoir d'appréciation des autorités compétentes (*praefectus urbi, praeses provinciae* : v. respectivement D. 1.12.1.10 et D. 37.14.1) est reconnu pour l'époque impériale, conservent toute leur valeur. La sanction (sévère) du retour en semble être progressivement limitée (cf. Nov. Val. 25.1 ; Nov. Iust. 78), tandis que des formes mineures de sanction survivent, y compris la possibilité d'annuler le testament désignant l'affranchi ingrat comme bénéficiaire (l'intervention de Justinien doit être lue dans cette perspective).

60. La posture de S. Solazzi (« Saggi di critica romanistica IX. Il 'servus necessarius heres' in CTh. 2.19.3 », *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 49/50, 1947, p. 390-393 [= *Scritti di diritto romano*, 4, Naples, Jovene, 1963, p. 681-683]), qui applique à nos textes les critères de la critique interpolationniste, est emblématique. Partant de la cohérence juridique (évaluée à l'aune de l'auteur) des normes édictées par Constantin, chaque changement par rapport à celles-ci est considéré comme découlant de corruptions textuelles.

RÉSUMÉS

Dans l'Occident tardo-antique, plusieurs types de textes partagent une relation intertextuelle avec le Code Théodosien, donnant naissance à une littérature juridique de « second degré ». L'étude de ce réseau intertextuel fournit le cadre dans lequel certaines spécificités des interprétations wisigothiques du Code Théodosien, qui font partie de ce réseau, sont mises en évidence. La particularité de la réécriture wisigothique des constitutions romaines est ensuite comparée à la manière dont Justinien, en Orient, retravaille les normes impériales des siècles précédents.

Several types of texts in the Late Antique West share an intertextual relationship with the Theodosian Code, giving rise to a "second degree" legal literature. The study of this intertextual network provides the background for analyzing the Visigothic *interpretationes* of the Theodosian Code, which belongs to the network. In turn, the specificity of Visigothic rewriting of the Roman constitutions is compared to how, in the East, Justinian reworked the imperial laws of previous centuries.

INDEX

Mots-clés : Bréviaire d'Alaric, interpretatio Visigothorum, culture juridique, droit romain, Code théodosien

Keywords : Breviary of Alaric, interpretatio Visigothorum, legal culture, Roman law, Theodosian Code

AUTEUR

FEDERICO BATTAGLIA

Università degli Studi di Milano-Bicocca