

Le droit civil, un outil de domination masculine ?

Ute GERHARD

RÉSUMÉ

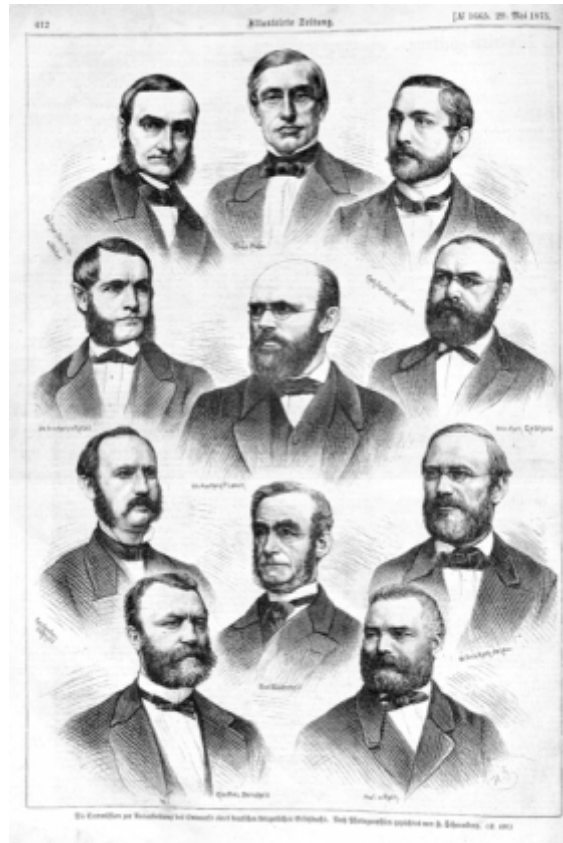
Le Code civil français (1804), premier code libéral et bourgeois d'Europe, modèle de la législation moderne, a une influence durable dans de nombreux pays. Pourtant, comparées à d'autres codifications européennes et au droit coutumier de son temps, ses dispositions conjugales et familiales sont particulièrement rigides et consolident la domination masculine, comme le montrent aussi les droits prussien, autrichien, anglais et scandinave. Ces aspects du droit civil eurent et ont encore un impact considérable sur la vie des femmes. En dépit des protestations émises par les mouvements féministes dès les années 1900, ce n'est qu'après deux guerres mondiales et l'obtention du droit de vote que ceux-ci parviennent à faire étendre l'égalité de droits au droit privé. Dans le sillon des mutations sociales et culturelles dans les rapports entre les sexes, l'Union européenne agit contre la discrimination de sexe à côté d'autres facteurs d'exclusion. Par sa jurisprudence, elle fait de l'égalité hommes-femmes un des objectifs principaux de la politique communautaire et définit des standards d'équité communs à tou.te.s les Européen.ne.s au-delà des différences entre les histoires et les cultures juridiques de leurs pays.



Gravure de Paul Gavarni (1804-1866), « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance », *Œuvres choisies*, 1857. Source : expocujas.univ-paris1.fr



« Ladies ! Ladies ! », *Fun*, n° 252, 12 mars 1870, lors du vote du Married Women's Property Act, Grande-Bretagne, 1870. Source : [Collections Libraries Indiana](http://Collections.Libraries.Indiana).



Les onze membres de la première commission référendaire chargée d'unifier le code civil allemand (BGB), d'après une gravure de Hermann Scherenberg, publiée le 29 mai 1875 dans l'*Illustrierte Zeitung*. Source : [Wikimedia Commons](#).

La chute du Premier Empire qui avait imposé le Code civil français (Cc, 1804) aux territoires conquis et la recomposition de l'Europe politique au congrès de Vienne (1815) complexifient la géographie des droits civils qui allie héritage napoléonien, coutumes transmises sous forme de droit commun (*ius commune*), statuts locaux et droits civils nationaux, tel le Code prussien de 1794 (ALR) et le Code civil général de l'empire d'Autriche de 1811 (ABGB). Au cœur de cette mosaïque, les principaux systèmes juridiques (droits français, prussien, autrichien, anglais, scandinave) institutionnalisent la différence des sexes en définissant notamment le statut juridique de l'épouse (mariage, divorce, relations entre époux, puissance parentale, veuvage, etc.) comme celui de la « fille-mère » et de ses enfants.

Les droits de la femme dans des systèmes juridiques différents

La question de savoir si les « femmes sont des êtres humains », conclusion éclairée de Poullain de La Barre (1647-1725) dans son célèbre essai *De l'égalité des deux sexes* (1673), constitue une querelle de savants depuis le xv^e siècle, la *querelle des femmes*. Le fait est indéniable à partir de la fin du xviii^e siècle et des bouleversements provoqués par la Révolution française. Aussi, les parties « générales » ou introductives des codes respectent l'universalité des droits : l'ALR inscrit « l'égalité des sexes » (I, § 24) et le Code civil affirme que « Tout Français jouira des droits civils » (art. 8 Cc). Cette égalité en droit ne s'applique cependant pas aux femmes en droit de la famille. Un traitement particulier discrimine l'épouse et l'aliène au pouvoir de décision ou à l'autorité de son époux (*cura maritalis*, ou *Ehevogtei* en droit germanique). Ainsi, le droit privé, en l'occurrence familial, reflète clairement l'ordre des sexes dans la société européenne du xix^e siècle : bien que le système de droit privé, au fondement de la

société industrielle, avec sa garantie de la liberté et de la propriété, prene sa source dans la fiction de l'égalité entre toutes les parties concernées, le droit familial crée bel et bien un droit d'exception pour les femmes mariées ou, pour reprendre les termes de Dieter Grimm en 1987, une « enclave de droit inégalitaire », qui régit ces dernières jusqu'au milieu du xx^e siècle.

Le Code civil français de 1804

Le Code civil de Napoléon est unanimement considéré, selon l'expression d'Ernst Holthöfer en 1982, comme un « chef-d'œuvre de l'art législatif libéral » et comme un « document d'ampleur nationale ». En abolissant radicalement les privilèges d'ordre et en supprimant les compétences ecclésiastiques en droit civil, ce code, avec ses principes fondamentaux libéraux garantissant la liberté et la propriété, offre le cadre juridique approprié à l'avènement d'une société de marché fondée sur la propriété. Pourtant il crée un statut de mineures juridiques pour les femmes dans le droit conjugal et matrimonial. Celui-ci institutionnalise la réaction patriarcale à l'œuvre dès les années 1793-1795, qui exclut les femmes de la sphère publique et fait taire toute revendication féminine, voire féministe, à peine exprimée lors de la Révolution.

Le paragraphe exposant l'absence complète de droits de la femme mariée (art. 213 Cc), en vigueur jusqu'en 1938, énonce en effet : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. » Il en résulte que la femme est à tous égards placée sous la puissance maritale ; elle n'est pas une personne juridique autonome et doit obtenir l'autorisation de son conjoint pour chaque acte juridique et en toute affaire – diriger son ménage comme exercer une activité commerciale indépendante. Elle ne peut ester en justice ni contracter (art. 214-226 Cc). Elle peut posséder des biens, mais elle ne peut en acquérir, ni en disposer, ni encore bénéficier des revenus de sa propre activité. Même lorsque les époux vivent sous le régime de la séparation de biens, l'épouse ne peut disposer de ses propres biens fonciers sans le consentement de son mari (art. 217 Cc). La puissance maritale s'étend en effet tout autant à la personne qu'aux biens de la femme et il est impossible de changer cette situation par contrat (art. 1388 Cc). Seules les *marchandes publiques* peuvent contracter des obligations sans autorisation maritale (art. 220 Cc). La puissance paternelle (art. 373 sq.) limite les droits de la mère sur l'enfant : le père dispose de moyens de correction et peut le faire emprisonner (art. 375/377 Cc). Les conditions du divorce, autorisé jusqu'en 1816 puis interdit jusqu'en 1884, sont inégalitaires aussi. L'adultère marital ne peut constituer un motif de divorce qu'à la seule condition que le mari ait « tenu sa concubine dans la maison commune » (art. 229-233 Cc). En revanche, le mari trompé peut obtenir le divorce pour tout adultère et même être excusable d'avoir tué sa femme infidèle s'il la surprend en flagrant délit (art. 324 du Code pénal). Jean-Étienne Portalis (1746-1807), le père du droit de la famille du Code civil, a justifié longuement la logique de cette sujétion de la femme dans un système républicain, en s'appuyant sur Rousseau :

« Ce n'est pas [...] notre injustice, mais le tempérament naturel qui assujettit les femmes à des obligations plus strictes pour leur bienfait et le salut de la société [...]. La puissance maritale, la puissance paternelle sont des institutions républicaines. »

L'absence de droits des filles-mères et de leurs enfants dans le droit civil français est sans égale dans l'ensemble des systèmes juridiques de l'époque. Le fondement de cette injustice réside dans l'interdiction de la recherche en paternité des enfants naturels : la femme non mariée ne peut donc pas réclamer pour son enfant une indemnité ou une pension alimentaire. La règle selon laquelle « la recherche de la paternité est interdite » (art. 340 Cc), inventée par les législateurs révolutionnaires (décret du 2.11.1793), était inconnue du droit écrit comme du droit coutumier de l'Ancien Régime. La mère célibataire et l'enfant ne possèdent aucun droit et ne bénéficient d'aucune aide publique. Afin de limiter les avortements et les infanticides, liés au dénuement dans lequel les filles-mères sont laissées, est progressivement institué le système de l'accouchement sous le secret, des tours d'abandon ainsi que des hospices accueillant les enfants abandonnés. Il faut de longues luttes du mouvement féministe pour que l'art. 340 du Code civil soit amendé : finalement, à partir de 1912, la recherche en paternité est admise dans cinq

cas particuliers (enlèvement ou viol ; promesse de mariage ; aveu écrit du père ; concubinage notoire ; participation du père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant). L'interdiction de recherche en paternité n'est complètement levée qu'en 1972, et la loi ouvre à la mère, sous certaines conditions, la possibilité de contester la présomption de paternité de son mari.

L'article 213 Cc, qui scelle l'incapacité juridique des femmes, et auquel le mouvement féministe s'est opposé avec tant d'acharnement, est finalement amendé en 1938. Certes, le mari reste le chef de famille, et « il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants » (Cc de 1942). Le devoir d'obéissance de la femme ainsi fait progressivement place à un partage égalitaire des droits : depuis 1965, les femmes mariées peuvent exercer une profession sans l'autorisation de leur mari. En 1970, l'autorité parentale remplace la puissance paternelle. À partir de 1971, les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et, en 1975, la loi permet le divorce par consentement mutuel. Les enfants naturels n'obtiennent une égalité juridique intégrale qu'entre 2003 et 2005.

Le Code prussien de 1794 (ALR)

La souveraineté des États au sein de la Confédération germanique et la tardive unification de l'Allemagne en 1871 font que le Code civil allemand n'est unifié qu'en 1900, avec l'entrée en vigueur du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Sa codification se fonde alors sur le Code prussien de 1794 (*Preußisches Allgemeines Landrecht*, ALR), qui voit le jour pendant une période de transition vers l'État moderne. Mélange d'absolutisme éclairé, de dirigisme des autorités et de bienveillance paternaliste, il prend une position intermédiaire entre le droit civil et celui de la société d'ordres. Abondant en détails et hautement complexe, il est d'abord boycotté et massivement décrié par les juristes. Il est par ailleurs étonnamment favorable aux femmes et à leurs droits. C'est pourquoi les commentateurs craignent, avant même son adoption, que ce code ne fasse bientôt « de la Prusse un véritable paradis des femmes », pour reprendre les termes du juriste et fonctionnaire de l'État Johann Georg Schlosser (1739-1799).

Il est vrai que, en dépit de l'égalité des sexes explicitement énoncée (§ 24 I.1. ALR), l'homme est ici aussi le « chef de la communauté conjugale ». Il décide du domicile, du nom et de la condition du couple, gère et est le seul usufruitier du patrimoine commun (§§ 184sq. II.1. ALR). Cependant, la femme peut partiellement contracter et est une personne juridique indépendante en cas d'empêchement de son mari. Elle peut en outre disposer de ses propres biens, lorsqu'ils lui sont « réservés » par contrat. Elle possède le mandat domestique ou « pouvoir des clés » (*Schlüsselgewalt*), qui lui permet de régler les affaires quotidiennes liées à la gestion du ménage, mais guère au-delà (§§ 205, 208 II.1. ALR).

À l'instar du Code civil, l'ALR définit le mariage comme un contrat civil, rejetant à la fois la conception du droit canon qui considère le mariage comme un sacrement et la juridiction ecclésiastique. La séparation de l'Église et de l'État en Prusse permet d'instaurer un droit du divorce particulièrement libéral : outre les motifs usuels (adultère, abandon prémédité, manquement aux devoirs conjugaux, etc.), l'« incompatibilité d'humeur » de l'un des conjoints est reconnue comme motif de divorce (§§ 668sq. II.1. ALR).

Ce sont surtout les droits accordés aux mères non mariées et à leurs enfants, vis-à-vis des pères ou, à défaut, des grands-parents paternels, qui font de l'ALR un code bienveillant et favorable aux femmes. Il leur accorde en effet des frais de couches et une pension alimentaire, mais aussi, en cas de rupture de promesse de mariage, une indemnité équivalente à celle due à une divorcée ayant obtenu gain de cause (§§ 1028-9, 1049 II.1. et 592sq. II.2. ALR).

Dès leur promulgation, ces réglementations suscitent l'émoi et sont jugées « laxistes » et « frivoles » par les conservateurs comme par le clergé de Prusse, au motif que les relations illégitimes mettent en péril l'ordre fondamental de la société bourgeoise et son pilier central, la famille. Après l'échec de la révolution de 1848, les

députés de la Chambre des seigneurs de Prusse, en référence explicite aux directives du Code civil français, adoptent une loi qui rogne considérablement les droits de la mère célibataire. Cette loi autorise en particulier l'exception *plurium concubentium* – cas où on affirme que la mère a eu des rapports avec d'autres hommes – et supprime en plus la responsabilité des grands-parents. Par ailleurs, les droits de propriété de la femme mariée sont limités dans la pratique (en raison du présupposé selon lequel celle-ci n'est pas la propriétaire des biens conjugaux).

Autant de détériorations reprises dans le code civil allemand unifié (BGB) de 1900, malgré des protestations massives et récurrentes du mouvement féministe allemand, alors en plein essor. Le BGB consolide le statut de chef de famille du mari : la décision finale lui revient dans toutes les affaires conjugales (§ 1354 BGB), notamment dans les questions relatives à l'éducation des enfants et ce, bien que soit employé le terme d'autorité *parentale* (§ 1626 BGB). Une fois mariée, la femme peut du moins être propriétaire des revenus de son activité rémunérée. Toutefois, son mari conserve le droit de résilier le contrat de travail de sa femme s'il estime que son activité la pousse à négliger ses tâches domestiques. Quant au droit des mères célibataires et de leurs enfants, le BGB reprend en l'état les dispositions qui avaient été durcies autour de 1850. L'égalité de droits entre les sexes est certes inscrite dans l'article 3 de la constitution allemande (RFA), appelée Loi fondamentale (1949), mais la réforme du droit conjugal et familial n'intervient qu'en 1957, suivie d'une réforme plus poussée en 1977, qui introduit l'égalité formelle des droits entre hommes et femmes dans la famille.

Le Code civil général de l'empire d'Autriche de 1811 (ABGB)

L'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) est lui aussi un produit de l'absolutisme éclairé qui cherche à unifier la diversité des sources juridiques dans l'empire d'Autriche, un État multiethnique qui s'étend de la Hongrie à la Galicie et à l'Italie du Nord (Lombardie et Vénétie). Il aspire également à surmonter, comme le disait Marie-Thérèse d'Autriche (1717-1780) en 1750, « les "mauvaises" traditions charriées par la société d'ordres féodale » en vertu du principe de l'égalité des droits de l'homme. Le code civil autrichien offre aux femmes une autonomie certaine (§§ 91 sq. ABGB) au regard des autres grandes codifications civiles. Selon lui, en effet, l'épouse peut, comme la célibataire, ester en justice et contracter. Dans le droit autrichien, l'homme est également le « chef de la famille », sans toutefois posséder de « puissance maritale » sur la femme : il lui revient simplement de « diriger le ménage ». Mais, ici comme ailleurs, l'idée de la différence dite naturelle des sexes s'impose progressivement dans les commentaires des juristes et se transforme tacitement en règle. Par exemple, en dépit de la séparation des biens entérinée par la loi, et donc des droits de propriété accordés aux femmes (§§ 1237-8), la présomption s'impose progressivement que la femme mariée, en vertu d'un accord tacite, transfère l'administration de ses biens à son époux.

À la différence de ses homologues français et allemand, l'ABGB laisse au clergé la compétence en matière matrimoniale. Le divorce reste interdit aux catholiques (§ 111 ABGB), alors qu'il est possible pour les « chrétiens non catholiques et les juifs » (§§ 115, 123 ABGB). La pérennisation du droit canon, considérant les unions conclues sans l'accord des parents, appelées « mariages clandestins », au même titre que des mariages, rend le code autrichien bienveillant envers les enfants illégitimes et leurs mères (§§ 161-171. ABGB). Il prévoit un entretien et une éducation convenables de la mère et de l'enfant, ce dernier étant toutefois exclu de la succession et de la lignée paternelle.

La Common Law anglaise

Dans le droit médiéval anglais, la femme non mariée est un sujet de droit indépendant ; en se mariant, elle perd sa capacité d'exercice, notamment de contracter et d'ester en justice. Jusqu'au XIX^e siècle, le mariage est donc pour elle synonyme de « mort civile ». L'époux anglais possède des droits sur la personne de sa femme, ses acquisitions et ses biens, dénommés *coverture* et impliquant sa perte de personnalité juridique. De plus, la

puissance parentale revient au seul père. Le mariage reste placé sous l'autorité de l'Église d'Angleterre (hormis pour les juifs et les quakers), le divorce est autorisé uniquement sur requête individuelle et acte du Parlement d'Angleterre.

Au demeurant, il n'existe pas de codification uniformisée et donc de droit familial en Angleterre. Au début du XIX^e siècle, les tribunaux commencent à élaborer des principes d'équité (*equity courts*), qui adoucissent certaines dispositions, notamment en matière de droits sur les biens. Ainsi, des lois spécifiques, telles que les *Dower Acts* (sur la dot) ou la *Divorce Matrimonial Causes Act* de 1857, accordent des droits de propriété aux femmes ou autorisent le divorce pour des motifs déterminés. Cependant, au moment où, au cours du XIX^e siècle, la société anglaise se transforme au rythme d'une industrialisation rapide, les critiques se multiplient à l'encontre de l'absence marquante de droits des épouses. L'essor du mouvement féministe anglais à partir de 1870 et de leurs revendications du droit de vote, appuyées par le parlementaire John Stuart Mill (1806-1873), débouchent sur l'adoption de divers *Married Women's Property Acts*. Adoptées entre 1870 et 1882, ces lois garantissent uniquement le patrimoine familial de la femme mariée, sans postuler son égalité juridique. Mais cette émancipation juridique en matière de patrimoine crée des conditions plus favorables pour les femmes, puisque la théorie libérale des droits de l'individu lie sa liberté à sa capacité de disposer de ses biens. Alors que, en matière de droits civiques, les femmes de plus de trente ans obtiennent en Angleterre le droit de vote dès 1918, droit étendu à toutes celles de plus de vingt et un ans en 1928, il faut attendre la fin des années 1960 pour que le droit de la famille accorde l'égalité juridique à la femme mariée.

L'espace juridique scandinave

Les comparatistes et historiens du droit considèrent les pays nordiques comme un espace juridique spécifique (Ditlev Tamm 1987), qui se distingue par des interprétations pragmatiques et des réformes concrètes. La coopération entre les commissions qui, depuis la fin du XIX^e siècle, œuvrent à l'unification de la législation entre les pays nordiques, a d'abord permis d'unifier le droit des affaires et celui des contrats. L'unification du droit de la famille, qui, plus que d'autres domaines juridiques, est étroitement lié aux coutumes et aux valeurs des peuples, se heurte à de plus grandes difficultés. Aussi, dans les pays nordiques, la tutelle des femmes (c'est-à-dire leur absence complète de droits personnels), célibataires ou mariées, n'est abrogée qu'au milieu du XIX^e siècle. Elle est supprimée pour les femmes non mariées en 1857 au Danemark, en 1863 en Norvège et en Suède, et en 1864 en Finlande. Quant aux femmes mariées, les droits de propriété et l'égalité en matière de succession leur sont accordés relativement tôt, en Suède entre 1845 et 1874, en Norvège en 1888 et au Danemark en 1899. L'obtention du droit de vote - entre 1906 (Finlande) et 1919 (Suède) - accélère sans doute la marche vers l'égalité de principe des femmes en droit privé, c'est-à-dire matrimonial et familial (1920 en Suède, 1925 au Danemark, 1927 en Norvège, 1929 en Finlande). Cette évolution particulière s'explique notamment par le contexte politique de ces conquêtes juridiques ainsi que par la transformation des sociétés agraires en sociétés industrielles appelant des réformes juridiques devenues incontournables. Mais surtout, les féministes dans les pays nordiques parviennent - à la différence des autres pays européens - à former des alliances avec le mouvement ouvrier ou les socialistes, et donc à limiter davantage les effets du patriarcat bourgeois.

Dans toutes les régions d'Europe, les féministes du XIX^e siècle protestent vigoureusement contre le statut juridique indigne et dépassé des femmes, et lancent, au niveau national et transnational, des mouvements de masse pour réclamer plus de droits dans la sphère privée et publique. Mais ce n'est qu'après deux guerres mondiales et une courte phase de conservatisme dans les années 1950 que, dans tous les pays industriels occidentaux, les mouvements sociaux, en particulier le mouvement féministe, imposent progressivement de nouveaux standards d'équité. Une fois le droit de vote universel acquis, pour les femmes comme pour les hommes, un des objectifs majeurs est d'inscrire l'égalité dans les textes de lois du droit privé. La transformation des constellations familiales

et des modèles de vie privée d'une part et la prise en compte des droits des enfants d'autre part entraînent, à la fin du xx^e siècle, une réforme complète du droit familial dans toute l'Europe. La manifestation la plus évidente de cette évolution est la perte de signification du mariage comme institution. En effet, celui-ci n'est plus la seule condition légitime pour fonder une famille, tandis que les droits à pensions alimentaires, les obligations de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants et le droit de garde de ceux-ci se déclinent selon une pluralité de formes d'existence reconnues par la loi (mêmes obligations de subvenir aux besoins des enfants pour l'homme et la femme dans les concubinages hétérosexuels ; le caractère punissable du viol dans le mariage ; ainsi que les mêmes droits à pension alimentaire et droits successoraux pour les enfants nés hors mariage, etc.). Depuis la fin du xx^e siècle, la reconnaissance progressive des couples de même sexe à travers le mariage et les unions civiles dans les différents pays de l'Europe élargit encore davantage la conception du couple et de la famille légitimes et appelle de nouvelles réformes du droit civil.

L'Union européenne a soutenu et fait progresser ce cheminement vers l'égalité des droits entre les sexes en l'inscrivant dans ses traités, dans diverses directives sur l'égalité de traitement, sans oublier la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en vigueur depuis 2009. La Cour de justice européenne a une part considérable dans la formation d'une Communauté européenne qui ne se limite pas à une communauté économique, mais qui se comprend également comme une communauté juridique. Dans la jurisprudence constante qu'elle exerce depuis les années 1970, elle a en effet rendu effective dans la pratique juridique l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe, mais aussi la race, l'origine ethnique, la religion et les opinions et, plus récemment encore, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle. Et pourtant, l'égalité des droits n'est à maints égards toujours pas acquise, car on ne possède pas des droits comme on possède un objet, il faut régulièrement, en fonction des nouveaux besoins et des exigences du moment, les négocier, les défendre, les conquérir à nouveau.

BIBLIOGRAPHIE

COING, Helmut (dir.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte. Das 19. Jahrhundert*, Munich, Beck, 1982, vol. III/1 et 2 ; 1987, vol. III/4.

GERHARD, Ute, « Droit civil et genre en Europe au xix^e siècle », *CLIO. Femmes, Genre, Histoire*, 43/2016, p. 250-273.

GERHARD, Ute (dir.), *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, Munich, Beck, 1997.

GERHARD, Ute, « Le statut juridique de la femme dans la société bourgeoise du xix^e siècle. Comparaison entre la France et l'Allemagne », dans Jürgen Kocka (dir.), *Les bourgeoisies européennes au xix^e siècle*, Paris, Belin, 1996, p. 333-362.

MEDER, Stephan, MECKE, Christof-Eric (dir.), *Family Law in Early Women's Rights Debates. Western Europe and the United States in the 19th and Early 20th Centuries*, Cologne/Weimar/Vienne, Böhlau, 2013.

WEBER, Marianne, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, Aalen, Scientia, [1907] 1971.

Source URL:

<https://ehne.fr/encyclopedie/thématiques/genre-et-europe/le-droit-civil/le-droit-civil-un-outil-de-domination-masculine>