***Chapitre 3 : La condition de la femme***

On retrouve ici la division tripartite entre l’Ancien droit, le droit intermédiaire et l’évolution depuis le Code Civil. Mais il existante en la matière une véritable continuité entre ces périodes. En effet, au cours de l’Ancien droit, la condition de la femme se détériore lentement alors que les droits barbares n’étaient pas forcément hostiles au sexe féminin. De soumise, elle devient incapable sous l’influence des juristes du 16ème siècle.

Si la Révolution lui permet de se libérer de certaines contraintes, et d’acquérir certains droits, son rôle de 2nd plan n’est cependant pas modifié. Le Code Civil accroit quant à lui encore plus sa dépendance de sorte que l’émancipation juridique de la femme ne date que de la 1ère moitié du 20ème siècle.

1. **L’Ancien droit : de la soumission à l’incapacité**

La période de l’Ancien droit ne peut être envisagé en bloc, il faut en effet distinguer le Moyen-Âge où la femme bien que subordonnée à son mari, dispose d’une certaine capacité juridique et les trois derniers siècles de l’Ancien Régime. Les juristes, sur le fondement du droit romain, construisent une théorie de l’incapacité de la femme mariée.

1. **Le statut de la femme médiévale**

Au début de la période féodale, le renforcement des liens familiaux entraine une soumission accrue de la femme. En outre, les clercs développent l’idée selon laquelle, elle est coupable du péché originel. Saint Paul affirmait déjà dans l’épitre *(= lettre)* aux éphésiens *(= habitants d’Ephèse aujourd’hui en Turquie)* que le mari était le chef de la femme.  
Au 12ème siècle, Gratien reprend Saint Augustin *(= père de l’Église)* qui affirme « qu’il est dans l’ordre naturel que la femme soit au service de l’homme car ce n’est que justice que le moins fort serve le plus fort. »  
Dans cet optique, le mari est pas conséquent le maître et la femme, la servante.   
Conséquence → la femme a des obligations envers lui et sa capacité juridique est réduite car sur ce point, droit canonique et droit laïc se rejoignent.

**A/ Les obligations de la femme**

Tous les coutumiers énoncent les trois obligations qui pèsent sur elle :  
 *• fidélité →* La femme a une obligation absolue de fidélité car l’adultère est puni certes, par l’Église mais aussi par la majorité des coutumes qui prévoient la peine de la bourse.   
La femme et son complice doivent parcourir la ville dans le plus simple appareil et sont parfois fustigé. En outre, elle est expulsée de la famille.

Ces dispositions se retrouvent dans les chartes municipales du Sud-Ouest au 13ème siècle qui prévoit que la femme doit tirer l’homme par l’endroit où il a péché. Et le délit n’est constitué que lorsqu’ils ont été surpris en flagrant délit.

Le cas échéant, en cas de faute du mari, une séparation pourra être ordonnée judiciairement. Mais il faut que la mésentente soit durable et irrémédiable selon Beaumanoir.   
 *• respect →* La femme doit respect à son époux doit comme les enfants à leur parent et les vassaux à leur seigneur. Ce que la coutume de Bretagne exprime en disposant qu’elle doit porter révérence et honneur garder.   
 *• obéissance →* Les moralistes la considère comme la 1ère vertu de la femme. Elle doit par conséquent suivre les ordres de son mari que Beaumanoir qualifie de « raisonnables commandements ». Auxquels ne peuvent être opposé que les bonnes mœurs et la volonté de Dieu.

A défaut d’obéissance, le mari peut corriger sa femme et Beaumanoir cite même 4 hypothèses dans lesquels, c’est pour lui, une obligation :  
- « lorsqu’elle veut faire folie de son corps »  
- « lorsqu’elle dément son Baron (= contredit son mari)  
- « lorsqu’elle le maudit »  
- « lorsqu’elle ne lui obéit pas. »  
Toutefois, l’exercice de ce droit de correction, le mari doit garder une certaine mesure. C’est ainsi que les coutumes Normande, lui interdisent de lui crever les yeux, de lui briser un bras ou encore, de la frapper de coups énormes sans raisons. En revanche, partout le recours au fouet ou au bâton apparait normal.   
Cette justice domestique s’explique aussi par une hostilité à ce que l’autorité publique s’immisce dans les affaires familiales « chacun est roi en sa maison. »

Inversement, le mari faible qui se laisse mener et corriger par son épouse est tourné en ridicule par les coutumes qui prévoit à son encontre, « la menée de l’âne. » *(= on l’assoit à califourchon sur un âne, mais à l’envers et on le promène dans toute la ville.)*

Les droits du mari ont toutefois une contrepartie, il est en effet responsable des méfaits de son épouse car il doit la surveiller. Ne l’ayant pas fait, il a commis une faute qui l’oblige à indemniser ceux qui souffrent du préjudice causé par la femme.

Une telle soumission de la femme postule une capacité juridique réduite.

**B/ La capacité juridique de la femme mariée**

Il n’existe pas de théorie de l’incapacité de la femme mariée au M-Â, ni chez les auteurs coutumiers, ni chez les juristes de droit écrit. Cependant, par crainte d’actes inconsidérés qui seraient dommageables pour le ménage et pour ces lignages respectifs, ils estiment que la femme doit être assistée ou autorisée par son mari pour réaliser un acte juridique avec des variantes géographiques (= coutumières).

C’est le cas dans trois domaines :  
 *• en matière contractuelle →* la femme ne peut agir qu’avec l’autorisation du mari. Cette règle est commune à de nombreux coutumiers. C’est par exemple le cas en Normandie mais aussi en Beauvaisis et dans l’Orléanais. Aucune condition de forme n’est alors posée pour cette autorisation et il ressort des actes de la pratique qu’elle peut même intervenir à postériori auquel cas, elle vaut ratification. A cette règle, il y a 2 exceptions :   
- lorsque la femme est une marchande publique, lorsqu’elle exerce un commerce séparé de celui de son mari. Elle peut alors agir seul pour tous les actes de son commerce à partir du moment où il l’a autorisé à exercer une telle activité.   
- lorsque le mari est dément ou absent, la femme se substitue à lui à la tête du ménage. Ce qui prouve que l’incapacité ne vient pas du sexe.

*• en matière d’acte à cause de mort →* il n’y a pas ici de règle unique car tout dépend des coutumes. Le plus souvent, elles admettent que la femme peut tester seule dans la mesure où le testament ne prend effet qu’une fois la compagnie conjugale dissoute. En revanche, en Artois, il lui faut l’autorisation du mari. Les coutumes les plus sévères sont celles de Normandie et de Bretagne qui lui interdisent de tester.

*• pour agir en justice →* même au sujet de ses propres. Elle doit être assistée de son mari. La seule exception concerne le domaine pénal où la femme peut être demanderesse ou défenderesse librement sauf en Normandie où la coutume est très misogyne. Quelle est la sanction ? la sanction de l’absence d’autorisation ou d’assistance maritale varie encore selon les coutumes. Ainsi au 14ème siècle, la coutume normande dispose qu’un tel acte est nul et inopposable à elle-même et à son mari. De sorte que son incapacité est absolue.   
Ailleurs, le plus souvent, la femme échappe aux poursuites tant que son mari est en vie car à sa mort, elle retrouve selon les termes de Beaumanoir, sa pleine poosté *(= sa pleine puissance*) de sorte que ses créanciers peuvent agir en exécution forcée.   
Cela signifie que durant le mariage, sa personnalité juridique n’est que masquée par celle de son époux en tant que chef du ménage. Elle n’est donc pas incapable.

Cependant, à la fin du M-Â, la pratique judiciaire tente à aggraver la condition juridique de la femme. En effet, à partir du 14ème siècle, les tribunaux prennent l’habitude de l’autoriser à plaider lorsque son mari est absent et la règle passe en coutume à la fin du siècle.   
En outre, au cas de refus du mari sans motif sérieux, le juge y substitue également son autorisation. C’est pourquoi, les praticiens demandent l’autorisation du juge, pour les actes les plus importants. Les dispositions du Sénatus-Consulte Velléien, une règle romaine qui date de 46 ans après J-C et qui interdit à la femme d’intercéder pour son mari, se révèle gênante en pratique. C’est pourquoi, les praticiens les tournent au moyen de renonciation confirmé par serment qui devient clause d’hostilité au 13ème siècle.

Dans l’ensemble, les coutumes méridionales sont hostiles au Velléien. En revanche, l’attitude des spécialistes du droit romain a évolué. Au 13ème siècle, les glosateurs jugent ces renonciations valables dans la mesure où le Velléien est favorable à la femme et où elle peut renoncer à la faveur qui lui est faite par la loi dès lors qu’elle agit en connaissance de cause.

En revanche, au siècle suivant, les postglossateurs assimilent la renonciation à la faiblesse dont on voulait protéger la femme. Ils distinguent deux hypothèses :  
 • lorsque l’intersession a lieu en faveur d’un tiers, la renonciation pour être valable doit être confirmée deux ans après l’engagement.   
 • lorsque l’intersession a lieu en faveur du mari, toute renonciation est nulle.   
Toutefois même en pays de droit écrit, l’évolution se fait comme en pays de coutume, dans un sens défavorable à la femme.

1. **Les trois derniers siècles de l’Ancien Régime et l’incapacité de la femme mariée**

La faiblesse reconnue à la femme au M-Â n’était pas une incapacité. C’est la Renaissance qui a fait de la femme un objet. Notamment à la lecture de Platon, qui hésite à la ranger parmi les animaux raisonnables (= être animés doué de raison) ou les bêtes bruts (= dépourvus de raison.)

La théorie de l’incapacité de la femme mariée est plus précisément l’œuvre du lieutenant de la sénéchaussée de Fontenay-le-Comte dans le Poitou Tiraqueau.   
Pour répondre à une apologie de la femme, publiée par le lieutenant de Saintonge, Amaury Bouchard, il rédige entre 1513 et 1524, un ouvrage intitulé *Des lois matrimoniales* où il établit le principe de l’incapacité de la femme mariée à grand renfort de citations grecques et latines.   
Le point de départ de cet ouvrage est le commentaire de l’article 193 de la coutume du Poitou. Au terme duquel, la femme est en pouvoir de son mari.   
Conséquences → les contrats qu’elle conclut au cours du mariage son nuls et pour plaider ou pour accepter une succession, il lui faut une autorisation spéciale de son mari car seul le testament lui est permit.

Tiraqueau reprend les textes romains « imbellicitas sexus ». Mais l’esprit du raisonnement est surtout coutumier. L’idée est que la femme ne peut nuire à son mari et puisque tous ses actes son suspect, tout commerce juridique lui est interdit. Cette incapacité prend fin avec la mort du mari.

Rabelais le baptise « Trinquanelle » et qui lui fait dire que la nature a perdu le bon sens quand elle a créé la femme.

Dumoulin adopte toutes ses conclusions et en assure le succès, ainsi par son mariage, la femme perd sa personnalité juridique et tous les actes qu’elle peut accomplir sont nuls dès le départ.

Ce principe est repris par les coutumes réformées comme celle de Paris et par les auteurs coutumiers.

Dès lors, la femme est assimilée à une mineur et sa condition est même pire puisqu’elle ne peut accomplir seule, les actes qui lui seraient avantageux comme accepter une donation.

Le droit des deux derniers siècles de l’Ancien Régime est conforme à la vision que donne Molière dans *L’école des femmes*. Ainsi, au nom du devoir d’obéissance, la femme doit habiter chez son mari, le droit de correction en tant que telle n’est plus invoqué mais la pratique des lettres de cachet permet de mettre un terme aux situations les plus gênantes.

L’adultère de la femme reste un délit dont la poursuite est réservée au mari. Si la femme est reconnu coupable, elle est alors recluse dans un couvent et doit prendre le voile au bout de 2 ans. On dit alors que la femme est authentiquée parce qu’on lui applique les dispositions de la novelle (= législation) 134, loi de l’empereur Justinien devenu authentique, Sed hodi (= mais aujourd’hui).  
Les Constitutions (loi de justinien) étaient toute écrite en grecque et ont fait l’objet d’un recueil dont un qui a fait l’objet d’une traduction en latin « L’authentique » utilisé jusqu’au 18ème siècle.

En revanche, l’adultère du mari ne donne lieu à aucune peine. Tous les actes de la femme, y compris l’exercice d’une action criminelle sont soumis à l’autorisation spéciale du mari qui doit être concomitante à l’acte. En règle générale, elle peut tester, sauf en Normandie où un tel acte est également soumis à autorisation. Sion admet encore la femme commerçante à un statut différent au 18ème on admet que c’est la solution la plus défavorable qui l’emporte.

Le principe de l’incapacité de la femme mariée est si adapté aux mœurs de l’époque qu’il trouve également un terrain favorable dans le Midi. Il y parait aussi normal que la femme confie à son mari la gestion de ses biens car à défaut, les Parlements lui interdisent d’en disposer. La femme ne peut pas non plus plaider sans son mari. Comme le mariage n’émancipe pas dans les pays de droit écrit, la femme mineure doit être autorisée par son père et par son mari.

Un Édit de 1606 abroge le Sénatus-Consulte Velléien mais il n’est enregistré qu’à Paris et Dijon. Conséquence, les Parlements du Midi et celui de Normandie qui ont toujours refusé d’y procédé ont ainsi maintenue l’incapacité de la femme car ils pratiquent le régime dotal.   
A la fin de l’Ancien Régime, on retrouve chez les lettrés un double courant contradictoire. Certain comme Poulain de la Barre en 1673 font l’apologie des femmes. De même que Montesquieu qui voit dans la puissance maritale « une création des Gouvernements despotiques. » Au contraire, Voltaire et Rousseau sont extrêmement misogynes.

1. **La Révolution et les femmes**

La Révolution n’est pas favorable aux femmes et les améliorations apportées à leur condition apparaissent presque accidentelles.

Il existe à cette époque, des clubs de femmes ou des journaux féministes. Mais il n’est pas vraiment question de leur accorder des droits politiques. Pour preuve, la Convention qui les juge trop turbulente ferme leur club en l’An II et leur refuse la liberté d’association.   
Finalement en l’An III, elle les exclut de ses tribunes. Sur le plan juridique cependant, les femmes obtiennent certaines libertés. Ainsi l’abolition du privilège de masculinité leur permet d’hériter à égalité avec les hommes. Et l’abolition de la puissance paternelle permet aux femmes des pays de droit écrit d’accéder à la plein capacité à 21 ans y compris en matière matrimoniale. En 1792, les auteurs de la loi que le divorce le présente comme le moyen pour les femmes de s’affranchir « du despotisme des pères et de la perfidie des maris » mais en réalité, le bonheur de ceux-ci est plus important à leur yeux. Pour preuve, si les motifs du divorce sont identiques pour les deux époux, la femme contre qui est prononcé le divorce est cependant seule privée de sa part de communauté à titre de peine.   
La femme occupe aussi un rôle de 2nd plan au sein du ménage car seul le père peut autoriser le mariage des enfants. Seul avantage pour elle, elle est dispenser de la contrainte par corps (= prison) avec néanmoins une exception pour celles qui ont un commerce séparé de celui de leur mari.

Les projets de Code Civil de Cambacérès ont évolué en la matière, le 1er n’évoque pas la puissance maritale qui parait être supprimé et le 3ème attribue au mari la suprématie dans le ménage selon l’ordre naturel. C’est dans cette même voie que vont poursuivre les rédacteurs du Code Civil.

1. **La condition juridique de la femme dans le Code Civil**

Le Code Civil aggrave la dépendance de la femme et s’inscrit par la même dans la ligne de l’Ancien droit. L’émancipation sera lente car les améliorations commencent à la fin du 19ème siècle et se poursuivent pendant la 1ère moitié du 20ème siècle.

1. **La place de la femme dans le Code de 1804**

Le Discours de Portalis lors de la présentation du projet de Code Civil au corps législatif annonce le parti prit par les rédacteurs. A savoir que les discussions sur l’égalité des sexes sont veines car il existe des différences physiologique entre l’homme et la femme qui ont des répercussions juridiques. « La femme a besoin de protection parce qu’elle est plus faible et l’homme est libre parce qu’il est plus fort. » sur ces bases, les rédacteurs du Code Civil en reviennent à l’Ancien droit où l’incapacité de la femme mariée résulte de la puissance maritale et apparait comme une mesure de protection nécessaire liée au sexe.

Conséquence → tant qu’elle reste célibataire, la femme n’est pas totalement incapable mais elle ne peut pas être témoin dans les actes d’État civil ni dans les testaments.

Au terme du Code de 1804, la femme doit obéir à son époux, habiter avec lui et le suivre partout où il lui plait d’établir son domicile.   
Les époux se doivent mutuellement fidélité mais cette obligation est sanctionnée différemment selon que l’atteinte y a été portée par le mari ou par la femme.   
 • l’adultère du mari → pour qu’il soit reconnu, il doit entretenir une concubine au domicile conjugale et la sanction ne consiste qu’en une amende.   
 • l’adultère de la femme → sa poursuite appartient exclusivement au mari et débouche sur une peine d’emprisonnement.   
Selon Portalis « l’infidélité de la femme suppose plus de corruption et a des effets plus dangereux que celle du mari » car elle peut bouleverser la composition de la famille en y introduisant des étrangers.   
En outre, si le mari surprend sa femme en flagrant délit d’adultère au domicile conjugal et qu’il la tue au domicile conjugale avec son complice, le crime est excusable. Alors que la réciproque n’est pas vraie.

Le mari administre seul sur le plan patrimonial, les biens de la communauté dont il est le seigneur et maître. Ainsi que les biens de la femme. Et dans le régime dotal, il administre aussi les biens dotaux.

La femme ne peut agir en justice, aliéner ou hypothéquer ses biens ni s’obliger pour autrui sans le consentement de son mari. Son incapacité est même renforcée au cas d’absence ou d’incapacité du mari et de manière générale, dans les cas de nécessité où une autorisation judiciaire est exigée. Toutefois, l’absence d’autorisation n’est qu’une nullité relative.

La femme ne peut être tutrice sauf pour ses propres descendants, ni faire partie d’un conseil de famille.

Explications : La rigueur de ces dispositions a été imputée aux interventions personnelles de Bonaparte et à sa misogynie. Mais en réalité, les solutions apportées par le Code Civil s’inscrivent dans la ligne du droit romain coutumier. Elles permettent d’assurer l’ordre social et le refus de liberté juridique se justifie par l’absence d’indépendance économique de la femme.

1. **La lente émancipation de la femme**

La plupart des commentateurs du Code Civil reconnaissent l’égalité des sexes c’est le cas de Troplong. Toutefois le principe de l’égalité des sexes de la femme mariée leur parait manqué de clarté. Quant à ses fondements et à son étendues car il faut le combiner avec les différents types de régimes matrimoniaux.  
La nécessité d’une autorisation maritale express et spéciale, fini par poser problème pour les actes de la vie courante. Où la femme se présente comme une simple ménagère.

En outre, dans le milieu rural ouvrier, il est fréquent que la femme soit l’intendante du ménage. C’est pourquoi la jurisprudence et la doctrine s’inspire de l’Ancien droit pour développer la théorie du mandat tacite.

Pour les besoins du ménage, la femme est sensé agir en qualité de préposé du mari mais en pratique, la jurisprudence mélange souvent autorisation et mandat tacite. Les juristes sont pourtant peu nombreux à considérer qu’il faut aller au-delà. Seul Acollas voit dans l’incapacité de la femme mariée une théorie arbitraire et une injustice formelle.

C’est seulement en 1880 qu’une proposition de loi visant à réduire cette incapacité est déposée par Camille Sée mais elle n’est pas discutée. Il faut dire que la France est alors en retard car à la même époque, la GB reconnait la pleine capacité aux épouses. La jurisprudence complète alors la théorie du mandat tacite par le recours à celle de l’enrichissement sans causes pour obliger la ménagère sur ses propres. Ceci sert de fondement à une évolution législative.   
La loi du 9 avril 1881, sur les caisses d’épargnes permet à la femme mariée de retirer ou de déposer jusqu’à 1500F et par la même rend possible la constitution d’un pécule sans autorisation du mari qui peut seulement s’autoriser au retrait des fonds.

En 1886, le même principe est appliqué aux caisses de retraites. A l’extrême fin du siècle, le terrain est plus propice à une évolution. Non seulement un mouvement féministe se développe au sein de la chambre mais les juristes sont aussi de plus en plus nombreux à considérer que le principe d’incapacité de la femme mariée est désormais anachronique.

Les exemples étrangers, Allemand & Suisse vont dans ce sens. Il a fallu pourtant vaincre de nombreuses résistances avant de voter la loi du 13 juillet 1907.   
Afin de placer les revenus du travail de la femme à l’abri des abus de son mari, une proposition de loi est déposée en 1890.

Trois ans plus tard, la 1ère femme Dr en droit puis avocate, Jeanne Chauvin, lance une campagne de presse en faveur de la libre disposition par la femme mariée du produit de son travail, principe repris dans une proposition de loi de 1894 mais bloquée par le Sénat. Le vote de la loi de 1907 a été rendu possible par le succès des radicaux aux élections législatives. Or cette loi réalise une extension considérable de la capacité de la femme mariée en l’autorisant quel que soit son régime matrimonial et les clauses de son contrat de mariage à disposer librement de son salaire, des économies en résultant et des biens acheté avec. C’est en effet, une séparation de biens légale qui est réalisée.

Il lui faut cependant toujours l’autorisation de son mari pour se livrer à une autorisation professionnelle et il peut lui faire retirer ses pouvoirs en cas d’abus.

En pratique, texte avec répercussion limitées car les banquiers et les notaires exigeaient souvent la preuve de l’origine des fonds et de la plénitude des droits de la femme. Cela anticipé par Gény en 1902,

Une fois encore c’est le 1er conflit mondial qui a mis en évidence le retard du droit français en raison du rôle joué par les femmes à cette occasion. Alors que les pays d’Europe leur accordent le droit de vote, il maintient le principe traditionnel. C’est seulement en 1925 qu’est formée une commission d’expert qui se prononce 3 ans plus tard pour la pleine capacité de la femme mariée. Le projet de loi qui en résulte en 1932 n’est discuté devant les chambres qu’après la victoire du Front Populaire. Et aboutit au vote de la loi du 18 février 1938.

En dépit de la suppression du devoir d’obéissance de la femme, la prééminence est laissée au mari qui reste seule détenteur de la puissance paternelle et seul maitre du domicile familial. Un amendement du Sénateur Pernot a même obtenu qu’il soit qualifié de chef de la famille. Il peut toujours s’opposer à l’exercice d’une activité professionnelle séparée. Le dernier mot revient au tribunal.

La réforme de la condition juridique de la femme mariée est complétée par le régime de Vichy avec la loi du 22 sept 1942 qui met en conformité plusieurs articles des Codes Civil de commerce et de procédure civile avec de nouveaux principes. Même si le mari reste le chef de la famille, la femme participe désormais à la direction morale et matérielle de la famille, elle peut représenter son époux pour les besoins du ménage de sorte de que le mandat tacite devient légale. En outre, chaque époux peut être autorisé par le juge à représenter son conjoint lorsqu’il est hors d’état d’exprimer sa volonté.

Ce texte a été maintenu à la Libération mais il a fallu attendre la loi du 4 juin 1970 pour que soit affirmé que les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille et que l’expression « chef de famille » disparaisse. Dès lors, le choix du domicile familial résulte d’une volonté commune.

L’égalité entre conjoint a été définitivement consacré par la loi du 20 décembre 1985, le Code Civil ne parle plus que d’époux et dans le régime matrimonial, il n’y a plus de chef mais une administration concurrente.