

Exposé LOGOS (9 juillet 2021)

Le mariage, rite de passage par excellence.

Aperçu des conséquences juridiques pour les femmes en droit coutumier liégeois des Temps modernes (XVI^e-XVIII^e siècles)

1. Le contexte : la principauté épiscopale de Liège [985-1795]

La principauté épiscopale de Liège [985-1795] était un territoire relativement vaste, couvrant à peu près les trois quarts de la Wallonie actuelle. Sa particularité était d'avoir un dirigeant qui était à la fois un prince territorial, disposant de pouvoirs temporels étendus, et un évêque. La principauté fût officiellement créée le 7 juillet 985, lorsque l'évêque de Liège, Notger reçut en cadeau le comté de Huy des mains de la régente du Saint Empire romain germanique, et fut de la sorte investi de pouvoirs temporels sur un territoire qui allait encore beaucoup s'agrandir par la suite. On le comprend, la principauté faisait partie du grand ensemble du Saint Empire romain germanique, auquel elle était tenue par des liens de vassalité. La principauté disparut le 1^{er} octobre 1795 à la suite de son rattachement à la Première République Française sur décision de la Convention nationale.

2. La condition juridique des épouses selon la coutume liégeoise des Temps modernes (16^e-18^e siècles)

Aucun événement dans la vie d'une femme des Temps moderne n'avait davantage d'impact que son mariage ; le décès de son mari ; et potentiel remariage, d'autre part. Le mariage relevait pour elle d'un rite de passage, par lequel la nouvelle épouse passait d'un statut social et économique à un autre, et changeait également de lieu de résidence.

Bien qu'elle rejoignît une nouvelle famille, celle de son époux, elle conservait les liens avec sa famille de naissance. Cela signifiait qu'elle ne perdait pas le droit d'hériter de ses propres parents. Elle conservait d'ailleurs son nom de famille d'origine, bien qu'il soit d'usage qu'elle porte le nom (ou « surnom », jusqu'au dernier du 17^e s.) de son mari.

2.1. La puissance maritale (mainplévie)

A Liège, une femme qui se mariait passait sous la puissance ou « *mainplévie* » de son époux. En quoi consistait cette puissance maritale, et quelle était son étendue ?

D'une définition que nous donne Dominique-François de Sohet, un jurisconsulte liégeois de la seconde moitié du 18^e siècle, nous retenons deux éléments. Premièrement, que l'épouse, par le mariage, perdait la capacité juridique, ce qui signifie qu'elle ne pouvait plus poser aucun des actes juridiques les plus essentiels, comme faire un contrat, agir en justice ou même - signe d'une sévérité notable de la coutume liégeoise à cet égard - rédiger un testament, sans l'autorisation de son mari. Deuxièmement que, pour toute la durée du mariage, c'est le mari qui était en charge de la gestion de ses biens, pouvant aller jusqu'à en disposer entre vifs (c'est-à-dire pouvoir, par exemple, les louer ou les vendre à autrui) sans devoir requérir son consentement.

Je tiens à insister sur le fait que, par le mariage, une femme *perdait* la capacité juridique. Cela veut dire qu'à l'inverse, une femme célibataire était parfaitement capable sur le plan du droit, à

condition d'avoir été émancipée de l'autorité parentale (avant tout paternelle). De la même manière, les veuves étaient juridiquement capables. Toutefois, en réalité, elles étaient souvent assorties d'un « mambour » (tuteur, gardien) désigné par leur époux dans leur testament, qui était chargé de les assister dans leurs actes patrimoniaux. L'idée était de protéger les biens de la veuve, en ce compris ceux hérités du mari, d'une potentielle dilapidation de sa part, ce qui risquait de nuire aux intérêts des enfants du couple. Un tel soupçon de prodigalité qui ne concernait, notons-le, que les veuves...

2.2. Exceptions prévues par la coutume à l'incapacité des épouses

La coutume liégeoise prévoyait plusieurs exceptions à l'incapacité juridique des femmes mariées. Par exemple, une femme pouvait poser un acte juridique avec l'autorisation de son mari. Ce consentement, explique Sohet, pouvait d'ailleurs se contenter d'être tacite – par exemple, la présence même silencieuse du mari suffisait – voire d'intervenir après coup, au moyen d'une ratification. Les époux pouvaient également limiter, voire déroger à l'incapacité par contrat de mariage.

La coutume liégeoise connaissait également un régime en faveur des « femmes mariées marchandes publiques » bien établi depuis le XIV^e siècle. Cette exception visait les femmes mariées exerçant une activité commerciale distincte de celle de leur conjoint. En effet, il fallait que, malgré l'incapacité qui les frappait en raison du mariage, ces marchandes puissent effectuer des transactions commerciales sans devoir systématiquement obtenir le consentement de leur mari. On découvre dans cette exception la volonté d'intégrer les femmes à la vie économique. La volonté, certainement aussi le besoin : à une époque marquée par la pauvreté, les famines et les guerres constantes, un ménage pouvait difficilement se passer de la force de travail et des compétences de l'épouse.

3. Faire de l'histoire du droit des femmes : pistes de réflexion

Depuis le début de ma thèse, je dois naviguer entre trois disciplines distinctes, à savoir le droit, l'histoire moderne et les études de genre. Par conséquent, la question de l'interdisciplinarité m'intéresse tout particulièrement.

Pour me servir de boussole, je recours à la définition de l'interdisciplinarité proposée par Christian Comeliau, un juriste français (décédé l'an dernier), dans l'ouvrage collectif « Devenir chercheur. Écrire une thèse en sciences sociales », paru en 2013 aux éditions de l'EHESS : « [en parlant de l'interdisciplinarité] *il ne s'agit nullement de proposer une analyse cloisonnée de diverses composantes de la réalité humaine et sociale, en juxtaposant des approches empruntées à diverses disciplines [...] : l'enjeu [...] est plutôt [...] de croiser les approches, et donc de multiplier les questions adressées par une discipline à une ou à plusieurs autres*¹. »

Il y a à peine quelques mois de cela, j'ai découvert que mon projet de thèse avait un ancrage scientifique bien précis, bien que récent : la « *feminist legal history* » ou « l'histoire du droit des femmes ». Au sein de la doctrine juridique, certaines autrices argumentent en faveur de l'émancipation de la « *feminist legal history* » en tant que discipline scientifique à part entière. Cela est rendu difficile car les contours d'une telle matière demandent encore à être définis. Or, elle partage de nombreuses méthodes et objectifs communs avec ses deux disciplines connexes,

¹ Christian Comeliau, « Thèses interdisciplinaires. Amateurisme ou exigence fondamentale ? » in Moritz Hunsmann et Sébastien Kapp (dir.), *Devenir chercheur. Écrire une thèse en sciences sociales*, éditions de l'école des hautes études en sciences sociales, Paris, 2013, p. 83.

ou « grandes sœurs », l'histoire des femmes (*women's ou gender history*) et la jurisprudence/théorie juridique féministe (*feminist legal theory*).

La *women's history* est née dans les années 1970 dans les facultés d'histoire américaines. Elle s'intéresse à la position des femmes, sous tous ses aspects, sous différentes époques historiques. M. Drakopoulou, l'une des autrices susmentionnées, reproche toutefois à la *women's history* de ne traiter que trop superficiellement des aspects juridiques de la condition féminine. La seconde discipline, une création des facultés de droit, étudie quant à elle le rôle joué par le droit dans la subordination des femmes. Son objectif est éminemment politique – améliorer la condition juridique féminine – et par conséquent, bien que la jurisprudence féministe recherche parfois dans l'histoire les origines de l'oppression féminine, elle est surtout, et avant tout, ancrée dans le présent et dans le futur. Il existe donc un champ libre d'exploration scientifique que pourrait occuper l'histoire du droit des femmes à l'intersection de ces deux domaines de recherche déjà bien établis.

Tentons l'exercice. Faire de l'histoire du droit des femmes, en quoi cela pourrait-il consister ? Premièrement, c'est étudier le traitement réservé aux femmes par les normes juridiques. Cela implique de prendre le droit comme point de départ de l'analyse. Ce faisant, il est possible de mettre à jour une certaine continuité historique dans les normes et dans les arguments employés pour justifier le traitement juridique différencié réservé aux femmes.

Deuxièmement, c'est connaître et comprendre un contexte historique afin de déceler les représentations, discours et lieux communs d'une époque donnée sur « la femme » dans les textes juridiques et judiciaires. C'est également étudier l'interrelation, au sens d'influences réciproques, des discours religieux, littéraires, scientifiques ou encore populaires sur les femmes, avec le discours juridique. Le droit se fait-il le reflet de tels discours ? Les conforte-t-il en retour ? Exemple : les trois états de « la » femme (vierge, épouse, veuve) très présents dans la théologie et les prescrits canoniques, et repris par les droits coutumiers.

Troisièmement, c'est découvrir les interactions entre les femmes et l'ordre normatif dans lequel elles évoluaient. On prend donc, cette fois, non plus les textes juridiques, mais les femmes elles-mêmes comme point de départ de l'étude. Avec quels objectifs, dans quelles conditions, interagissaient-elles avec les institutions juridiques, qu'elles soient administratives (les autorités), judiciaires (les cours et tribunaux) ou parajudiciaires (les notaires) ? Par quels moyens parvenaient-elles à contourner les restrictions légales à leur encontre, ou à utiliser le droit et les institutions à leur avantage ?

Le recours aux documents d'archives tirés de la pratique, pour lesquels il convient de faire appel aux outils de l'historien (paléographie, diplomatique, latin) est indispensable pour mettre en lumière ces relations. Les disciplines féministes parlent à cet égard de « *micro-studies* » permettant d'évaluer « l'*agency* » des femmes, autrement dit, les marges d'actions dont elles disposaient pour agir – sur le plan du droit ou dans les autres domaines. Exemple : l'historienne américaine Wiesner-Hanks rapporte des cas judiciaires dans lesquelles les femmes, pour obtenir gain de cause, usaient auprès du juge des stéréotypes féminins (par exemple, se faire passer pour une « pauvre veuve faible et sans le sou »...).

Enfin, c'est faire un usage critique des concepts développés dans le champ des études de genre et déjà adoptés par les matières féministes connexes. Par exemple, s'appropriier le concept de « genre » pour questionner les rapports sociaux entre les hommes et les femmes dans le champ juridique. Comme exemple, je prends ici une étude sur la coutume anversoise du 16^e s. menée

en 2019 par la chercheuse flamande Kaat Cappelle sur la base de testaments rédigés communément par des époux et leurs contrats de mariage. Selon elle, ces documents révèlent l'existence, chez nombre de couples, d'un véritable « *marital partnership* » (partenariat conjugal) caractérisé par une confiance mutuelle entre les conjoints. On le voit, des documents pourtant purement juridiques, à première vue peut-être rebutants ou difficilement lisibles sans aucune connaissance du droit privé, peuvent regorger d'indices sur les rapports sociaux, voire sentimentaux, des conjoints.

Marie-Sophie Silan (9 juillet 2021)