

GUIDO ROSSI

*Professore straordinario di Storia del Diritto Italiano nell'Università di Urbino*

LE STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME  
DANS L'HISTOIRE DU DROIT ITALIEN

(ÉPOQUE MÉDIEVALE ET MODERNE)



SOMMAIRE: 1. Inégalité des sexes. — 2. La femme dans le droit public et l'activité politique. — 3. La femme dans le droit privé: a) *Majorité*; b) *Mariage, divorce, répudiation*; c) *Puissance maritale stricto sensu*; d) *Puissance paternelle et tutelle*; e) *Régimes matrimoniaux*; f) *Obligations et contrats*; g) *Succession*. — 4. La femme dans le droit pénal: a) *Adultère*; b) *Viol et rapt*; c) *Prostitution*; d) *Infanticide*; e) *Avortement*. — 5. La femme dans la procédure civile et pénale. — 6. La femme dans la vie économique et sociale. — BIBLIOGRAPHIE.

1. Lorsqu'on étudie l'histoire du droit chez les différents peuples, on considère d'habitude l'appartenance au sexe féminin parmi les causes physiques limitant la capacité juridique. C'est parce que, dans les différents systèmes juridiques, on a généralement attribué à la femme un degré de capacité inférieur à celui de l'homme.

Comme on le sait, pendant des siècles on ne pourra parler d'un état national italien; de ce fait les institutions seront différentes et variables suivant les temps et les lieux. Il sera donc particulièrement difficile d'exquisser un tableau de la condition de la femme dans l'histoire du droit italien.

Ces institutions relevaient de l'influence concurrente et alternative de droits différents, de différents degrés de développement, du particularisme législatif, etc..

Malgré cela nous essaierons de saisir les aspects particuliers du problème qui est l'objet de notre exposé, d'après la présence et parfois même d'après la confluence de trois éléments ou facteurs fondamentaux de l'histoire juridique italienne; à savoir: le romain, le canonique et le germanique.

Lorsqu'en 554 la *Pragmatica sanctio* étendait à l'Italie la codification Justinienne la condition de la femme italique, qui avait vécu selon le droit Théodosien, avait déjà évolué remarquablement vers l'égalisation des sexes. Ce qui avait largement contribué à cela, c'était le christianisme. Ayant annoncé le

principe de l'égalité entre homme et femme dans tous les rapports de famille, il avait lié tous les membres de celle-ci à des devoirs mutuels, reconnaissant au mariage les caractères d'une institution divine et indissoluble et attribuant au père et à la mère des droits réciproques, des devoirs communs et la même autorité sur les enfants. On accordait donc à la femme une condition et une dignité nouvelles.

Toutefois on considéra bientôt l'égalité chrétienne entre les deux sexes plutôt dans le domaine spirituel et moral que dans le domaine pratique. Ce furent les propositions de l'ascétisme chrétien, considérant le mariage comme une sorte de mal nécessaire, blâmant les secondes noces et exaltant le célibat; ce furent les opinions de certains pères de l'Eglise, très sévères à propos de l'éducation de la femme, qui ternirent l'éclat de l'égalité qu'on venait de proclamer. Saint Paul d'ailleurs avait déjà averti qu'il fallait considérer la femme semblable à l'homme, dans l'idée abstraite de personne et de capacité, mais qu'elle devait rester soumise à l'homme et qu'elle ne devait pas prendre part à la vie extérieure, surtout publique, devant accomplir sa fonction naturelle dans la cercle de sa famille. Tout cela favorisait en réalité le retour sinon vraiment à l'ancienne *manus*, du moins à une nouvelle forme de soumission de la femme; soumission qui, consacrant le principe de la supériorité de l'homme, confirmait l'axiome romain: « *in multis articulis iuris nostri deterior est conditio foeminarum quam masculorum* » (1).

Si l'on ajoute en outre aux bases éthiques se rapportant à la position naturelle de la femme qu'on vient de considérer, les préjugés toujours bien vivants sur sa faiblesse physiologique et psychologique — tels les classique *imbecillitas sexus*, *infirmitas consilii*, *animi levitas* (2) — on peut comprendre aisément comment la femme continuait à jouir d'une capacité juridique

(1) D. 1, 5, 9.

(2) v. C. 9, 8, 5, 3; GAIUS, I, 144 et 190; Cicero, *Pro Murena*, XIII.

limitée, malgré l'égalité proclamée en principe et les audacieuses réformes de Justinien.

L'invasion lombarde, introduisant une idée nouvelle de famille, introduisit aussi des conditions nouvelles et plus restrictives pour la femme. Il est universellement connu que les sociétés fondées sur une organisation de type militaire réservent à la femme des conditions absolument inférieures à celles de l'homme.

Comme elle n'était pas apte à porter les armes — ce qui était la condition fondamentale pour être sujet de droit — la femme lombarde était soumise à la tutelle perpétuelle de son père, de ses parents, de son mari, ou, en défaut, du Roi qui était le tuteur suprême. Cela tenait à la nature même de la société, selon laquelle l'autorité sur la femme prenait le caractère d'un droit de famille d'aspect patrimonial, correspondant d'ailleurs à un intérêt public.

Tant que dura le système de la personnalité de la loi et, par conséquent, la concomitance des professions de loi romaine ou germanique, la femme lombarde vécut à côté de la femme romaine dans une condition remarquablement inférieure. Le rencontre des deux civilisations, tout en favorisant l'élévation de la femme lombarde, provoquait en même temps la décadence de la femme romaine et, par conséquent, elle causait un certain recul des conditions réciproques relativement aux positions justiniennes. La féodalité ne put améliorer cet état de choses, et sous certains aspects, pas même la législation communale où, pour des raisons surtout économiques on fixa des principes selon lesquels on préféra garder la femme dans cet état limité de capacité et de liberté, qui est resté le même presque jusqu'à l'époque contemporaine.

Au fur et à mesure que les éléments romain, ecclésiastique et germanique se rapprochaient, se superposaient et fusionnaient, ces éléments laissaient derrière eux un dépôt de préjugés de caractères différents qui ne favorisèrent certainement pas l'amélioration des conditions de la femme, et dont ne furent pas

exempts les juristes et les législateurs. Cela peut paraître assez étonnant dans un pays où, par exemple, l'histoire de la poésie lyrique coïncide, en grande partie, avec l'histoire de l'amour envers la femme, avec l'histoire de l'exaltation de la femme. Mais, évidemment, les hommes de loi préféreraient ajouter foi aux traits peu respectueux des conteurs, plutôt qu'aux adorations et aux rêves des poètes. Les juristes, en effet, ne furent jamais très tendres envers les femmes. Odofredus (... 1226-1265) disait qu'elles étaient pleines de fatuité, immodestes et malicieuses <sup>(3)</sup> et les canonistes en méprisaient la déposition, parce qu'ils la considéraient changeante et variable : « *nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit* ». Parmi les juristes versés dans le droit civil, qui répétaient les thèmes romains de l'*imbecillitas sexus*, Paulus Castrensis (... 1394-1421 ...) pensait que les femmes, *genus avarissimum*, étaient dépourvues de fermeté d'opinions, Franciscus Sfortia (1401-1466), duc de Milan, justifiait la curatelle à perpétuité à laquelle les femmes, par son arrêt, étaient soumises, en disant qu'elles ne comprenaient pas ce qu'elles faisaient et que, par conséquent, elles pouvaient très facilement être trompées et frustrées : « *cum non intelligant quid faciant, propter quod multae deceptae et fraudatae fuerunt* ». Le criminaliste Prosperus Farinacius (1544-1618) disait que leurs dépositions judiciaires valaient la moitié, ou même un tiers, des dépositions masculines parce qu'elles étaient douées de moins de raisonnement : « *in foemina minus est rationis* » <sup>(4)</sup>.

Et les propos calomnieux ne s'arrêtaient pas là. Pour ne pas parler de la « *Sylva nuptialis* » de Johannes Nevizanus (c. 1490-1540), débordante d'injures, nous arrêterons la série des

<sup>(3)</sup> v. N. TAMASSIA, *Odofredo*, dans *Atti e memorie della R. Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna*, série III, vol. XIII (1894), p. 216.

<sup>(4)</sup> v. aussi, par exemple, d'après M. ROBERTI (*Il Collegio padovano dei dottori giuristi. I suoi consulti del secolo XVI - Le sue tendenze*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. XXXV, 1903, pp. 56-57) une consultation donnée, au XVI<sup>e</sup> siècle, par le Collège des Juristes de Padoue, où l'on lit que « *foemine in criminalibus non sunt integrae personae sicut mares et minoris fidei* ».

citations qu'on pourrait multiplier, en rappelant une définition de la femme, donnée par le Collège des Juges de Padoue : « *Quid est mulier? Hominis confusio, insocialibus bestia, continua sollicitudo, indeficiens pugna, cotidianum damnum, domus tempestatibus, sollicitudinis impedimentum, viri incontinentis naufragium, adulterii vas, perpetuum praelium, animal pessimum, aspis insanabilis, humanum mancipium* » <sup>(5)</sup>.

Nous admettons parfaitement qu'il s'agissait pour la plupart d'exagérations, dépourvues en elles-mêmes de toute valeur, et que certaines boutades n'avaient pas de suite, mais il est pourtant certain qu'elles constituent pour nous une marque évidente du peu de considération, sinon vraiment du mépris, dont on entourait les capacités féminines. Il s'ensuivait qu'on jugeait opportun de garder la femme dans des conditions de capacité juridique limitée.

2. Le problème de la femme dans le droit public et dans l'activité politique est dominé, au cours des siècles qui nous intéressent, par le principe justinien : « *Foeminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt; et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere* » <sup>(6)</sup>. Ce n'est qu'à la suite de l'évolution des principes qui réglèrent la succession féodale, que la femme fut parfois introduite dans l'exercice de la juridiction et, par conséquent, de droits publics. La valeur de la succession féodale avec caractère patrimonial ayant été, en effet, reconnue, la femme qui avait succédé dans le fief à son père ou à son mari, en exerçait les attributions normales, prenant part aux assemblées baronniales, gouvernant au nom d'un droit de suzeraineté avec le pouvoir d'imposer des tributs, de frapper monnaie, de rendre justice et d'exercer tout autre droit régalien.

---

<sup>(5)</sup> v. E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931, p. 133-134.

<sup>(6)</sup> D. 50, 17, 2.

On ne manque pas d'exemple. Nous nous bornons à rappeler parmi les plus connus, ceux de Béatrix (c. 1015-1076), marquise de Toscane, de sa fille Mathilde de Canossa (1046-1115), de Blanche de Savoie (1336-1387) et de Catherine Sforza (c. 1463-1509).

Quant à l'exercice du droit de vote, nous pouvons rappeler le cas, unique à notre connaissance, du petit village piémontais de Cravenna, établissant en 1304 que, dans un certain cas, il fallait décider selon la majorité de tous les habitants, y compris les femmes <sup>(7)</sup>.

3. a) *Majorité*. — Nous avons déjà fait allusion à une différence de condition, au temps de la personnalité de la loi, entre la femme vivant selon la loi lombarde et la femme vivant selon la loi romaine. La femme germanique, en effet, étant soumise pour toute sa vie au *mundium*, ne pouvait accomplir aucun acte juridique, si elle n'était pas assistée par son *mundualdus*. Elle était donc incapable, comme un mineur, d'aliéner, d'administrer, de comparaître en justice. D'autre part dans les territoires qu'on disait exempts du germanisme, tels ceux de Rome, de Venise et de Ravenne, et même en plein territoire lombard, les femmes qui vivaient sous la loi romaine, étaient en principe absolument capables d'accomplir tout acte de la vie juridique, en atteignant leur majorité.

Tandis que la rencontre des deux systèmes opposés, que l'influence de l'Eglise favorisait, adoucissait d'une part la rigueur originaire du *mundium*, d'autre part elle provoquait son évolution vers une forme de simple institution protectrice de la femme. Quoiqu'elle gardât dans certaines régions le nom de *mundium*, cette institution, qui fut accueillie même chez les populations italiennes, se manifesta en effet comme une sorte de tutelle

---

(7) v. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*<sup>2</sup>, III (*Storia del diritto privato*), Torino 1894, p. 43, n. 15.

et d'assistance à la femme pour l'accomplissement de certains actes.

En opposition aux principes justiniens remis en honneur par la renaissance des études juridiques, les statuts municipaux accueillirent généralement et perpétuèrent la nouvelle institution. En bornant la capacité et la liberté de la femme mariée ou célibataire, elle s'accordait parfaitement avec les principes informateurs de la politique économique communale, qui voulait absolument éviter toute émigration de capitaux. En effet, la libre disponibilité d'elle-même et de ses biens de la part de la femme, pouvait porter à un déplacement de richesses vers d'autres lieux par suite de mariages avec des étrangers. En outre l'agnation, pour laquelle la femme représentait une menace pour l'intégrité du patrimoine de la famille, favorisait l'institution et le maintien de la tutelle sur la femme. Ce patrimoine aurait été appauvri si les droits de succession des femmes avaient été pareils à ceux des hommes, et si elles avaient pu disposer pleinement d'une part des biens paternels. Par conséquent on dota insuffisamment la femme, on réduisit ses raisons héréditaires, et parfois même on la déshérita. On la destina souvent à la vie religieuse, et malgré les lois et les principes canoniques, on décida à volonté de sa destinée matrimoniale. On a donc très justement remarqué que cette conception très étroite de parenté rendit pire, surtout après le XVI<sup>e</sup> siècle, la condition de la femme qui fut limitée également dans la possibilité de disposer des quelques biens qu'on lui avait laissés. L'autorisation du mari ne fut pas toujours et partout suffisante, parce qu'en effet, les actes de la femme, même mariée, et surtout ceux d'aliénation, devaient être approuvés par les agnats ayant la direction du groupe familial. Son droit d'exercer la tutelle de ses enfants, quoique généralement reconnu, eût souvent des limitations.

De la même façon on limita son droit de recevoir par testament, tandis qu'on l'obligea souvent à faire son testament selon la volonté de ceux qui la protégeaient.

Cette situation qui s'imposait pratiquement parfois même au dessus des dispositions de la loi, dura, en plusieurs régions d'Italie, environ jusqu'à la Révolution.

b) *Mariage, divorce, répudation*. — Quoique l'Eglise, autorité en matière matrimoniale, considérât le consentement des deux époux comme l'élément subjectif essentiel du mariage, et qu'elle eut en ce sens influencé la législation, à partir de la dernière période lombarde, les statuts de plusieurs communes imposèrent parfois l'obligation du consentement au mariage du *mundualdus*, ou tuteur. C'étaient, comme nous l'avons dit, des raisons économiques qui l'emportaient, jusqu'à prohiber aux femmes riches de se marier avec des étrangers, sous peine d'être dépouillées d'une partie de leur fortune. On comprend donc les raisons de cette imposition. Nous savons d'ailleurs que, par habitude, la femme n'osa presque jamais se passer du consentement de ses parents lors de son mariage.

Ayant été fermement combattu par l'Eglise, en général le divorce n'a jamais été admis en Italie. En revanche, l'institution de la séparation de corps a trouvé chez nous une large application. Il est toutefois possible de trouver des documents appartenant à des époques et à des lieux différents, qui parlent de divorce par consentement mutuel, avec ou sans la faculté de contracter un nouveau mariage. Comme la condition de la femme lombarde allait s'améliorant, on lui permit par exemple de quitter son mari, lorsque celui-ci avait accompli contre elle des actes qui lésaient son honneur. Ainsi, pendant la période carolingienne et féodale, elle put l'abandonner en cas d'adultère, mais avec l'interdiction de se marier de nouveau.

Pendant la période communale aussi, on a peu d'exemples de dissolution de mariage par les soins de magistrats de la ville.

Les causes de dissolution étaient en général l'adultère, l'absence et la lèpre. On en trouve quelques exemples à Venise au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle.

Toutefois il ne semble pas qu'on puisse toujours considérer

ces cas comme des divorces réels, parce qu'il s'agit plutôt de répudiations ou de séparations, plus ou moins ratifiées par l'autorité ecclésiastique, ou d'actes arbitraires de quelques magistrats de la ville. La volonté de la femme se manifeste librement dans l'institution de la séparation de corps *thorum et mensam*, qui est entrée dans les différentes législations, surtout après le Concile de Trente, et dans le système canonique des déclarations de nullité par violence ou peur erreur, menant à la dissolution du lien coniugal.

c) *Puissance maritale stricto sensu*. — Lorsque l'autorité du *mundualdus*, se transformant d'un droit en un devoir de protection et de défense, rapprocha toujours davantage la condition de la femme germanique de celle de la femme romaine, elle perdit en grande partie son caractère de pouvoir pour prendre celui de *reverentia*. Cependant, surtout dans les classes inférieures, toutes pénétrées d'une faible considération pour la femme, les devoirs de celle-ci n'en furent pas moins durs, et la violation de ces devoirs n'en fut pas moins sévèrement punie. Le droit de correction de la part du mari correspondait aux devoirs de fidélité, d'obéissance et de cohabitation etc. de la femme. Les différentes législations étendaient diversément ce droit, suivant les circonstances: il allait des simples meurtrissures aux coups de bâton et même aux blessures et à la délibitation d'un membre. En cas d'adultère, la femme, prise en flagrant délit, pouvait même être tuée impunément.

Beaucoup de législations, surtout en des temps plus proches de nous, limitèrent considérablement le droit de punition dont usait le mari.

Quant à la condition sociale de la femme mariée, on peut dire qu'elle était intimement liée à celle du mari, avec quelques situations particulières, qui confirmaient, néanmoins, le principe de la suprématie du sexe masculin. En effet, si la femme était à l'origine d'une condition plus élevée que celle de son mari, à la suite du mariage, elle était, en tout cas soumise à

son autorité, et sa condition devenait la même que celle du mari. Si, au contraire, elle était de condition inférieure, le mariage avec un homme de haute noblesse ne pouvait pas l'élever à la condition de son mari et à tous les droits des autres femmes.

d) *Puissance paternelle et tutelle*. — Quoique le dernier droit romain eût prévu l'exercice de la tutelle de la part de la mère, on ne peut dire en réalité que celle-ci ait jamais exercé l'autorité paternelle au vrai sens du mot, ou qu'elle y ait pris part; à moins qu'on ne veuille confondre la tutelle maternelle avec l'autorité paternelle. Cette tutelle, admise par la législation statutaire, ne fait que remplacer en quelque sorte l'autorité paternelle. Si on exclut, en effet, des considérations de caractère plus sentimental que juridique, on peut affirmer que la tradition, la législation et la doctrine italienne ne se dégagèrent jamais des principes romains. Malgré cela, pendant le haut moyen âge, s'établit une coutume testamentaire par laquelle le père, en mourant, léguait à sa veuve sa fortune et l'autorité sur les enfants. La valeur discutable de ces actes de volonté privée ne trouvait d'ailleurs pas d'appui le système juridique. C'est pourquoi la doctrine du moyen âge dut avouer, après de graves et pénibles discussions: « *Est igitur concludendum intrepide, filios in potestate matris non esse constitutos* »<sup>(8)</sup>.

Sauf donc l'apport sentimental et moral inévitable par lequel la mère prend part normalement à l'autorité paternelle, on peut affirmer sans hésitation que l'histoire de l'autorité paternelle de la mère, en tant qu'institution juridique, ne commence en Italie, qu'au siècle dernier, lorsqu'elle y fut introduite, surtout à cause des influences françaises.

L'institution tutélaire, même masculine, étant inconnue aux lombards, les statuts municipaux prévirent l'attribution de la

---

(8) v. ASCANIUS CLEMENTIUS AMERINUS, *Tractatus de patria potestate*, cap. IV, nu. 18 circa medium, vers. « *Secundo fallit* », dans les *Tractatus Illustrium... Jurisconsultum*, tom. VIII, pars II [= vol. IX: *De ultimis voluntatibus*], Venetiis 1584, f. 100<sup>r</sup>, col. 1.

tutelle à la mère d'après la codification justinienne. On accordait en général cette tutelle lorsqu'il n'y avait pas d'autre disposition testamentaire du père décédé, et parfois on prévoyait un cotuteur à côté de la mère. Les fonctions et les limites étaient celles du droit romain: la *gestio* jusqu'à la septième année du pupille et l'*interpositio auctoritatis* ensuite. Ayant été conçue souvent dans les statuts les plus anciens comme quelque chose de semblable à la vigilance normale, cette tutelle fut ensuite mieux réglée par l'attribution *ex lege, ex testamento* et par le juge. Les secondes noces faisaient perdre à la mère sa tutelle, pour éviter que le nouveau mari pût bénéficier des avantages économiques prédisposés pour la mère tutrice et les copartager.

e) *Régimes matrimoniaux.* — L'existence de biens appartenant à la femme était liée au degré de pénétration des idées romaines, c'est-à-dire au degré de liberté accordée à la femme. Là où elle était plus capable, il n'est pas rare de la trouver maîtresse d'une fortune, ne provenant pas de sa dot, avec la possibilité d'en disposer. Certains statuts municipaux admettaient en effet la propriété exclusive de la femme sur ses biens extradotaux. Elle pouvait consentir à ce que son mari administrât ces biens dont il percevait quand même l'intérêt. Tout cela se produisait naturellement là où le *mundium*, ou tutelle sur la femme, avaient désormais perdu toute vigueur, et quand la femme pouvait choisir librement son *mundualdus*, ou tuteur, pour être simplement assistée dans l'accomplissement d'actes déterminés. Le cas le plus fréquent était celui de la femme marchande. Normalement toutefois l'administration de ces biens revenait au mari ou au *mundualdus*. Dans certains cas la libre disposition n'était accordée à la femme que pour des biens peu importants.

f) *Obligations et contrats.* — Quant à la capacité de la femme de contracter des obligations il faut toujours se référer aux conditions dans lesquelles elle se trouvait. Si elle était *sui iuris* selon les principes romains, elle pouvait s'obliger valablement sans l'intervention de personne, *excepto Velleiano*. Cela se vé-

rifiait, à partir de la fin de la période lombarde, un peu partout mais principalement à Gênes et dans le territoire Vénitien. En général, toutefois, pour les raisons que nous venons d'exposer, la femme ne pouvait s'obliger sans l'assistance de son *mundualdus* ou tuteur, de son mari, d'un procureur ou du juge appelé à interroger les parents sur le caractère plus ou moins avantageux de l'obligation que la femme voulait contracter. On faisait ainsi malgré que la législation statutaire admît ces limitations *de iure communi* seulement pour les femmes mineures ou mariées.

Seul l'exercice du commerce faisait exception à de telles limitations, ainsi que nous l'avons dit. Il s'agit là d'un phénomène qui tire son origine de la mentalité marchande qui caractérise la vie communale. Comme pour les hommes l'exercice du commerce était devenu un moyen de se soustraire à l'autorité paternelle, de même pour la femme il devient une raison de conquête de la capacité de s'obliger librement. En se consacrant au commerce, la femme était libre d'administrer ses biens et d'en disposer, d'entrer dans les corporations d'arts et métiers, d'ester en justice, de séparer sa propre responsabilité de celle de son mari, en cas de faillite.

g) *Succession*. — A cause de la préférence qu'on accordait aux descendants de sexe masculin on fit en sorte que le droit de succession de la femme se confondit avec le droit de constitution d'une dot. Cette dot fut de plus en plus considérée comme tenant lieu de droits successoraux des filles. Les statuts, en effet, considérant évidemment la dot comme un succédané de la légitime, obligeaient le père, l'aïeul, la mère, les frères à la constituer, suivant les temps et les lieux, selon une mesure qui allait du montant de la légitime à une somme établie, aux termes de la loi, par le juge, ou, conventionnellement, par les parents. Ce principe fut appliqué si largement que certains statuts obligeaient les descendants légitimes à assigner la dot, en la défalquant des biens héréditaires, au cas où celle-ci n'avait pas été assignée. D'ailleurs l'avarice des frères était telle que dans certains cas

on arriva à exclure la soeur de la succession, même si sa dot avait été constituée par des étrangers. En général, toutefois, on reconnut toujours le droit à la dot, avec exclusion, par conséquent, de tout autre droit héréditaire. On reconnut, en outre, le droit aux aliments, défalqués des biens héréditaires, pour la soeur célibataire.

Ce régime d'*exclusio propter dotem*, qui semble rappeler d'un côté le droit au *faderfum* de la femme germanique, tirait, d'autre part, son origine de la coutume romaine, jamais éteinte, d'exiger des pactes de renonciation de la fille qui allait se marier, et cela constituait une forme de succession payée d'avance.

De la fusion du système romain de la dot avec le système germanique des assignations maritales, tira son origine une nouvelle situation par laquelle, à la mort du mari, la veuve pouvait, en général, compter sur sa dot, et, surtout, sur le douaire et sur d'autres droits qu'on lui fixait *ex lege* ou, conventionnellement, par testament de son mari, si la législation locale n'en disposait pas autrement. C'était toutefois le douaire qui constituait la base assurée du veuvage. Ce douaire, légal ou coutumier, né de la rencontre entre la *donatio propter nuptias* et les assignations maritales germaniques, avait justement la fonction de constituer une prévoyance du mari en faveur de sa femme survivante. Ce douaire avait une valeur, un caractère et un nom différents, selon les lieux et les temps, mais quoiqu'il fût constitué dans les formes variables de l'*antefactum*, *contrapactum*, *incontrum*, *vidualitium*, *dotalitium* ou *dotarium*, il ne changeait pas sa fonction et il était acquis en propre par la veuve et, le plus souvent, en usufruit, s'il y avait des enfants.

La succession intestate ne réservait, en général, aucun droit à la veuve sur les biens de son mari. Elle ne succédait, la plupart des fois, qu'à défaut d'agnats et de cognats. Et d'ailleurs la loi limitait souvent la faculté du mari de disposer de ses biens par testament en faveur de sa femme. Certaines lois, toutefois, lui réservaient une part *uxoria*, au cas où elle serait pauvre, sans dot.

4. Si dans le droit privé le principe de la *infirmetas sexus* valait comme cause de limitation de la capacité juridique féminine, dans le droit pénal le principe du *favor sexus* était cause d'atténuation de la responsabilité. L'ancien droit lombard, qui n'admettait pas une différente évaluation du délit à cause de la diversité de sexe, ayant été dépassé, Liutprand introduisit un nouveau système de peines, pour lequel les crimes commis par des femmes étaient punis moins sévèrement. D'autre part, on pourvut à protéger davantage la femme, surtout au cas d'abandon de la part de son mari, et on prescrivit le devoir de l'homme à la fidélité conjugale.

Les statuts municipaux aussi, accueillirent presque toujours la nouvelle orientation. Ils prévirent pour les femmes des peines plus légères que d'ordinaire, en réduisant les peines pécuniaires, ou en mitigeant les peines corporelles, ou en laissant au gré du juge leur détermination. Dans les crimes les plus graves, toutefois, et dans ceux contre les lois divines, le sexe féminin ne fut pas considéré un motif d'atténuation du crime, quoiqu'on jugeât communément qu'il fallait pardonner *mulierum imbecillitati*.

a) *Adultère*. — L'adultère qui avait été puni de mort chez les lombards, et qui fut reconnu plus tard également pour l'homme si sa complice était mariée, était un crime que pouvaient juger aussi bien les juges séculiers que les ecclésiastiques, le mariage ayant un caractère sacramental. On avait toujours recours aux juges ecclésiastiques lorsqu'on voulait que l'accusation d'adultère eût comme conséquence la séparation personnelle des époux. Les peines variaient selon les différentes législations. La part de la dot en était la conséquence civile immédiate, tandis que, par droit canon, la femme était excommuniée et enfermée dans un couvent, jusqu'au moment où son mari lui pardonnerait et l'accueillerait de nouveau chez lui. Dans les statuts les plus anciens, on admettait parfois la vengeance, en permettant au mari l'assassinat des deux adultères, si la complice était de basse

conditions, et le même droit de vengeance était réservé au père de la femme, si l'adultère avait lieu chez lui. En général toutefois, les peines pour la femme adultère, *propter sexus fragilitatem*, étaient la fustigation et l'exil. Plus tard ces peines furent encore mitigées et elles n'eurent plus, parfois, qu'un caractère pécuniaire avec des suites d'ordre social.

b) *Viol et rapt*. — Les peines prévues pour le viol variaient suivant les circonstances. Si le crime était consommé avec la violence, *ex iuri communi*, le coupable était passible de la peine de mort et, parfois même, de la confiscation de ses biens. En réalité toutefois, on appliquait des peines plus indulgentes.

Si, au contraire, il n'y avait pas de violence, le crime, d'après les principes canoniques acceptés par plusieurs législations, était puni: le coupable s'engageait alors à épouser la femme, ou à la doter convenablement, ou était condamné à des peines pécuniaires, ou bien on laissait la peine au gré du juge. En tout cas le mariage successif portait à la remise, ou, du moins, à la mitigation de la peine.

La peine de mort applicable aux responsables et à leurs complices, était prévue en principe même pour le rapt. Mais les statuts sanctionnaient en général des peines pécuniaires, quoiqu'il ne manque pas des exemples d'application de la peine capitale. En effet, en pratique, les juges décidaient selon la gravité et les circonstances de chaque cas. Naturellement la peine était en général plus indulgente, si le rapt n'était pas suivi du viol et, dans ce cas aussi, le mariage successif pouvait mitiger ou même remettre la peine.

c) *Prostitution*. — De nombreuses et sévères mesures de police furent prises par les communes contre la prostitution, pour garantir les bonnes moeurs.

Tout d'abord les prostituées étaient chassées de la ville, et l'on permettait à n'importe qui de les offenser impunément, mais non pas de les battre, du moins d'une façon grave. Plus tard on leur défendit d'habiter auprès des lieux sacrés, et l'on

consentit à les éloigner d'un certain endroit, sur instances de leurs voisins. Depuis le XIV<sup>e</sup> siècle, prévalut la coutume de légaliser et, par conséquent, d'organiser la prostitution, considérée un mal inévitable.

On enferma donc les femmes de mauvaises moeurs dans des maisons spéciales, louées au plus offrant, et contrôlées par des officiers de police. Les femmes ne pouvaient exercer la prostitution que dans ces lieux. Elles pouvaient en sortir rarement, et seulement pour se rendre dans certains quartiers de la ville. Elles étaient aussi habillées d'une façon particulière. Parmi la grande variété de règlements et de sanctions, il ne manque pas non plus quelques exemples de faveur et de protection, inspirés de la conviction d'une certaine utilité sociale de la prostitution du moins comme remède contre des maux plus graves.

d) *Infanticide*. — Les lois les plus anciennes ne s'occupent guère du crime d'infanticide, mais certains statuts le punissent par le supplice du feu, donc encore plus sévèrement que l'homicide. En général, toutefois, il était comparé à ce dernier crime, et il était puni par les mêmes peines. En considération de l'état physique et moral de la femme pendant l'accouchement, et des raisons qui pouvaient avoir déterminé l'infanticide, les législations plus proches de nous prévirent des peines plus indulgentes. On remarque la même évolution dans les peines établies pour l'abandon des enfants de la part de leurs mères.

e) *Avortement*. — L'avortement était en général puni comme l'homicide, et, parfois, encore plus sévèrement. Mais avec le temps pour ce crime aussi, considéré tel depuis la législation lombarde, des punitions plus légères, tenant compte des circonstances particulières de chaque cas, remplacèrent des peines très dures, telle la peine capitale pour la mère et ses complices.

5. L'incapacité de la femme lombarde à ester en justice, relevait de la nature même du *mundium*. Celui-ci impliquait, en effet, outre le devoir de la défense dans le duel judiciaire, le

droit du *mundualdus* à intervenir dans tout acte de la femme, pour sauvegarder les intérêts de ses parents.

L'intervention d'un *advocatus*, à côté de la femme romaine, surtout au X-XII<sup>e</sup> siècle, avait, au contraire, comme but de venir en aide à l'*infirmitas sexus*; dans l'intérêt même de la femme. Sous la poussée de nouvelles conceptions, nées de l'élaboration de vieux principes, l'incapacité de la femme à ester en justice fut en partie justifiée comme un privilège. Après le XIII<sup>e</sup> siècle, en effet on croyait que le *pudor sexus* consentait à la femme de ne pas être obligée à ester personnellement en justice. Elle devait donc être remplacée par son mari, par ses parents ou par un procureur. En réalité, toutefois, le fameux privilège n'était dans les statuts qu'une prohibition de comparaître en justice, tantôt limitée aux femmes mariées, tantôt étendue à toutes les femmes.

Ce n'était que la profession de commerçant qui, nous le savons, faisait exception, ainsi que les causes matrimoniales, selon le droit canon.

A partir de la période communale, les femmes, qui avaient été exclues pendant longtemps de la possibilité de rendre témoignage et de prêter serment, en tant qu'incapables d'ester en justice, furent admises à témoigner dans les affaires civiles. Ce ne fut pas de même pour les affaires capitales et féodales et, d'après le droit canon, pour toutes les affaires criminelles. Ensuite ces limitations aussi tombèrent, mais le témoignage féminin ne cessa pas pour cela d'être moins considéré que celui de l'homme.

6. Nous n'avons pas beaucoup à dire à propos des activités économiques de la femme italienne au moyen âge, ce problème ayant été d'ailleurs très peu étudié. Nous avons déjà parlé de la femme marchand, ce qui n'était pas, du reste, un cas fréquent. La tradition de la vie italienne préférait en effet la femme d'intérieur, ou, tout au plus, lorsque c'était possible, la femme

occupée à aider ses parents dans l'exercice d'un métier quelconque. Par conséquent, les lois ne nous aident pas beaucoup. Il est possible toutefois de citer quelques exemples de veuves d'artisans, auxquelles on permettait de continuer l'activité du mari, mais avec l'aide d'un maître ouvrier. Il est aussi possible de trouver des dispositions qui se proposaient de discipliner le salaire quotidien, la nourriture, le tableau des heures de travail des ouvrières. La défense du *pudor sexus* suggérait parfois la promulgation de lois qui, par exemple, empêchaient aux marchands de vin d'employer des femmes pour la vente ou pour le service des clients. En ce qui concerne l'exercice des arts libéraux, nous dirons que cet exercice était tout à fait exceptionnel, quoiqu'on ne manque pas, surtout aux temps modernes, d'exemples de femmes qui atteignirent un degré remarquable d'habileté, et même la célébrité, dans les sciences et les arts. \*.

### BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE. — E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova 1931, p. 130-135; Id., *La famiglia nella storia del diritto italiano*, Padova 1933, p. 129-180; G. BOHNE, *Zur Stellung der Frau im Prozess- und Strafrecht der Italienischen Statuten*, dans *Gedenkschrift für Ludwig Mitteis*, Leipzig 1926 [= *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 11], p. 89-124; F. BRANDILEONE, *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali fra coniugi in Italia*, dans l'*Archivio giuridico*, LXVII (1901), p. 201-281, et maintenant dans *Scritti di storia del diritto privato italiano*, I, Bologna 1931, p. 229-319; A. BRIGANTI, *La donna commerciante a Perugia*, dans les *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Perugia*, XXVI (1911); C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, III (*Diritto privato*), Firenze 1891, p. 37-41, 127, 131, 149-155; Id., *Storia del diritto penale italiano dal secolo VI al XIX*, Firenze 1895, p. 24-31, 142-148, 188-189, 194-196, 282-285; F. CICCAGLIONE, *Manuale di storia del diritto italiano*<sup>2</sup>, Milano s.a. [mais 1901], I, p. 352-353, 422-424 et 465, et II, p. 319-322, 413-421 et 431-439; E. CORTESE, *Per la storia del mundio in Italia*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VIII, sez. III, a, IX-X (1955-56), p. 323-474; F. CRISCUOLO, *La donna nella storia del diritto italiano*<sup>3</sup>, Napoli 1889; P. DEL GIUDICE, *Il mundio sulle donne nella legge longobarda*, dans *Nuovi studi di storia e diritto*, Milano 1913, p. 27-56; A. DEL VECCHIO, *Le seconde*

(\*) Comunicazione presentata a Leiden il 1° X 1956 nel corso della X<sup>a</sup> Riunione della *Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*.

nozze del coniuge superstite, Firenze 1885; F. ERCOLE, *Vicende storiche della dote romana nella pratica medievale dell'Italia superiore*, dans l'*Archivio giuridico*, LXXX-LXXXI (1908), p. 395-490 et 34-148; C. F. GABBA, *Della condizione giuridica delle donne*<sup>2</sup>, Torino 1880; A. GAUDENZI, *Le vicende del mundio nei territori longobardi dell'Italia meridionale*, dans l'*Archivio storico per le Province napoletane*, XIII (1888), p. 95-118; C. GIARDINA, 'Advocatus' e 'mundoaldus' nel Lazio e nell'Italia meridionale, dans la *Rivista di storia del diritto italiano*, IX (1936), p. 291-310; P. S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna 1933, p. 48-52, 84-105, 278-280, 284, 287-288; Id., *Storia del diritto italiano. Il diritto privato*, I (*Diritto delle persone e di famiglia*), Milano 1941, p. 95-101, 152-160, 177-222 et II (*Diritti reali e di successione*), Milano 1943, p. 187-193, 206-215; C. LESSONA, *La 'Sylva nuptialis' di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI*, Torino 1886; L. A. MURATORI, *Antiquitates Italicae Medii Aevi sive Dissertationes*, diss. XX (*De actibus mulierum*), [tom. IV, éd., Arretii 1774, p. 187-256]; C. NANI, *Storia del diritto privato italiano*, Torino 1902, p. 12-19, 182-196, 236, 240, 541-542, 547-552, 578; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*<sup>2</sup>, III (*Storia del diritto privato*), Torino 1894, p. 302-370, 408-409 et IV (*Storia del diritto privato*), Torino 1893, p. 45-65, 91-119 et V (*Storia del diritto penale*), Torino 1892, p. 150, 164, 272-273, 367, 408 et VI, 1 (*Storia della procedura*), Torino 1900, p. 259-260, 443 et VI, 2 (*Storia della procedura*), Torino 1902, p. 363, 378 et passim; M. ROBERTI, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*<sup>2</sup>, Padova 1935, I, p. 130-138 et II, p. 198-257, 356-358, 361-366; Id., *Ricerche intorno alla tutela dei minori*, Padova 1904; G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*<sup>3</sup>, Torino 1930, p. 347-353, 404, 437; Id., *La condizione giuridica delle donne a Genova nel secolo XI*, dans la *Rivista di storia e filosofia del diritto*, I (1897), p. 198-206; F. SCHUPFER, *L'autorizzazione maritale. Studi sugli statuti municipali italiani*, dans le vol. *Pel cinquantesimo anno d'insegnamento del professore Francesco Peperè*, Napoli 1900, p. 5-11; L. SICILIANO-VILLANUEVA, art. *Mundio*, dans *Il Digesto Italiano*, XV, 2, Torino 1904-11 [1908], p. 1018-1023; A. SOLMI, *Storia del diritto italiano*<sup>2</sup>, Milano 1918, p. 370-374, 396-416, 884, 997-1004; Id., *La condizione privata della donna e la giurisprudenza longobarda dell'Italia meridionale*, dans l'*Archivio giuridico*, LXVIII (1902), p. 279-333, et maintenant dans *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937, p. 453-506; N. TAMASSIA, *La famiglia italiana nei secoli XV e XVI*, Milano-Palermo-Napoli, s.a. [mais 1911], p. 196-219 e 266-350; Id., *Il testamento del marito*, Bologna 1905; Id., *Il capitolo XXII delle leggi di re Liutprando*, dans la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXV (1898), p. 84-98; P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Diritto privato: Le persone*, Milano 1946, p. 118-124; Id., *id.: La famiglia*, Milano 1947, p. 83, 117-136; P. VACCARI, *Dote e donazione nuziale nell'ultima età romana e nel medioevo italiano*, dans le vol. *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Milano 1938, p. 251-274.