–I–

LE VOCABULAIRE DE LA FAIBLESSE FÉMININE DANS LES TEXTES JURIDIQUES ROMAINS DU IIIe AU VIe SIÈCLE*

Parmi les différents qualificatifs appliqués aux femmes dans le droit justinien, les plus fréquents sont relatifs à la faiblesse féminine. Trois termes latins sont employés pour la désigner : *infirmitas*, *imbecillitas*, *fragilitas*, ainsi qu'un terme grec : τὸ ἀσθενές.

Le terme infirmitas apparaît cinq fois dans le Digeste. La formule *propter infirmitatem sexus* se trouve dans un texte de Neratius (*Dig.* 27, 10, 9, texte no 6), un passage de Paul (*Dig.* 22, 6, 9, pr., texte no 5) et deux fragments de Marcianus (*Dig.* 48, 16, 1, § 10 et *Dig.* 49, 14, 18, pr., textes nos 7 et 8) ; l'expression *infirmitas feminarum* est employée une fois par Ulpien (*Dig.* 16, 1, 2, § 3, texte no 4). Le terme *infirmitas* est également présent dans deux constitutions du Code justinien antérieures au IVe siècle : ces deux rescrits, attribués à Alexandre Sévère et à l'année 224, mentionnent l'un l'*infirmitas mulierum* (*Cod. Just.* 4, 29, 5, texte no 1) et l'autre le *sexus femineae infirmitatis* (*Cod. Just.* 5, 35, 1, texte no 2). Il se trouve enfin dans deux constitutions du Code justinien qui datent de la fin du IVe siècle et figurent déjà dans le Code théodosien. L'une, prise par Théodose Ier en 393, parle de l'*infirmitas mulierum* (*Cod. Theod.* 12, 1, 137, § 1 = *Cod. Just.* 10, 32, 44) ; l'autre, émise par Arcadius en 397, mentionne l'*infirmitas sexus* (*Cod. Theod.* 9, 14, 3, § 2 = *Cod. Just.* 9, 8, 5, § 3). Aucune mention plus tardive du terme *infirmitas* n'est attestée[1] et il n'est jamais employé dans les constitutions personnelles de Justinien. 486

L'expression *imbecillitas sexus* apparaît une seule fois dans le Digeste, dans ce même passage d'Ulpien qui faisait mention de l'*infirmitas* féminine (*Dig.* 16, 1, 2, § 2, texte no 3). Elle est utilisée en outre dans la célèbre constitution de Justin Ier sur les actrices, qui fut promulguée entre 520 et 523 (*Cod. Just.* 5, 4, 23, pr.).

Quant au terme *fragilitas*, à l'exception d'une constitution de Théodose II de 424 (*Cod. Theod.* 4, 14, 1, § 2 = *Cod. Just.* 7, 39, 3, § 1*a*), seul Justinien y a recours à propos de la femme ; il est présent aussi bien dans les constitutions promulguées par cet empereur et insérées dans le Code que dans un passage des Institutes issu de sa législation. Les formules où il figure sont diverses : *sua fragilitas* (*Cod. Just.* 4, 29, 22, pr. de 530), *fragilitas naturae suae* (*Cod. Just.* 5, 13, 1, § 15*b* de 530), *fragilitas muliebris* (*Cod. Just.* 8, 17, 12, § 2 de 531), *fragilitas sexus* (*Cod. Just.* 5, 3, 20, § 1, entre 531 et 533) et *sexus muliebris fragilitas*[2].

* [*Revue historique de droit français et étranger* 54, 1976, p. 485-508]

Je remercie vivement MM. J. Gaudemet, D. Liebs, J. Mélèze-Modrzejewski et N. Svoronos, dont les conseils m'ont été très utiles pour l'élaboration de cet article.

1. Une constitution occidentale prise par Valentinien II en 390 (*Cod. Theod.* 16, 2, 28) emploie l'expression « sexe faible » (*infirmus sexus*) ; elle n'a pas été reprise dans le Code justinien.

2. *Inst. Just.* 2, 8, pr. ; ce passage reprend les dispositions d'une constitution justinienne (*Cod. Just.* 5, 13, 1, § 15a et b).

C'est enfin dans une Novelle de Justinien de 539 que se rencontre l'expression τὸ ἀσθενὲς τῆς γυναικείας φύσεως, « la faiblesse de la nature de la femme » (*Nov. Just.* 97, c. 3).

La référence à la faiblesse féminine est donc à première vue un phénomène constant dans l'ensemble du droit romain depuis l'époque classique. Les grands juristes de l'époque des Sévères la connaissent et la fin du IVe siècle en fournit d'assez nombreuses mentions ; elle n'est pas absente au Ve siècle et elle réapparaît avec une nouvelle vigueur sous le règne de Justinien.

487 Toutefois, dans les textes juridiques conservés indépendamment de la compilation justinienne, ces expressions sont rares. Elles sont absentes de l'œuvre de Gaius. La formule *propter sexus infirmitatem* est attestée une seule fois, dans les *Tituli ex corpore Ulpiani* (XI 1) ; quant au terme *fragilitas*, il n'est appliqué à la femme que dans deux *interpretationes* de constitutions du Code théodosien[3]. L'élément crucial est que ces locutions n'apparaissent dans aucun texte antérieur au IVe siècle qui soit extérieur aux recueils justiniens.

Le caractère classique de ces termes n'a donc pas manqué d'être mis en doute. En 1930, S. Solazzi a cherché à montrer systématiquement que ces expressions sont, dans les textes anciens de la compilation, des « notions toujours ou presque toujours bâtardes »[4], qui ne se trouvent que dans des passages glosés ou interpolés. Dans une telle perspective, les premières mentions datées de la faiblesse féminine dans des textes juridiques ne remonteraient pas au-delà de la fin du IVe siècle.

Depuis lors, cette théorie a été souvent citée, sans jamais être remise en cause dans son ensemble. Elle a surtout conduit à des développements et des conséquences théoriques d'importance. Elle a, d'une part, servi d'argument pour montrer que des mesures juridiques justifiées par la faiblesse féminine sont interpolées : ainsi, un des deux ouvrages récents sur le sénatus-consulte Velléien appuie sur la thèse de S. Solazzi son interprétation de la législation classique relative aux intercessions féminines et, de 1937 à 1961, de multiples études sur l'ignorance du droit ont utilisé cette même thèse pour fonder leur conception de l'évolution juridique[5]. Elle a, d'autre part,

3. *Interpretationes* de *Cod. Theod.* 2, 16, 3 (*pro fragilitate sexus*) et de *Cod. Theod.* 3, 5, 3. Sur les *interpretationes* qui figuraient dans le Bréviaire d'Alaric, voir Gaudemet, « Le Bréviaire d'Alaric », p. 37-41, qui les date de la deuxième moitié du Ve siècle. – Les opinions divergentes sur les *Tituli ex corpore Ulpiani* (résumé d'un corpus classique d'œuvres d'Ulpien ou extrait d'une œuvre de compilation post-classique) ont été rappelées par Wieacker, *Textstufen*, p. 58-59 et par Gaudemet, *Institutions*, p. 744 et n. 4.

4. Solazzi, « *Infirmitas* », p. 3-31 (*Scritti*, p. 357-377). Quant à l'unique mention classique d'*imbecillitas sexus*, elle avait été suspectée auparavant par Albertario, « "Providentia" », p. 171-172 (*Studi*, p. 170-171).

5. Vogt, *Studien*, p. 9 et n. 32, estimant, à la suite de S. Solazzi, que l'époque classique n'a pas pris en considération la faiblesse féminine, considère que le sénatus-consulte Velléien, à l'origine, n'a pas pour but de protéger les femmes mais énonce une incapacité ; seuls le droit post-classique et celui de Justinien auraient fait de lui une mesure protectrice. Sur l'utilisation de la thèse de S. Solazzi dans les études relatives à l'ignorance du droit, voir p. 11-12 et n. 54.