

## Banalités matrimoniales <sup>1</sup>

Claude BONTEMS

„S'interroger sur ce qu'est le mariage semble relever de l'irrespect ou de la naïveté“ ainsi s'exprime, non sans une certaine ironie, l'un des grands romanistes de ce siècle<sup>2</sup>. Allant plus loin, un autre auteur, considéré comme l'un des pères fondateurs de la sociologie juridique n'hésite pas à écrire, sans la moindre ironie cette fois: „Le Code Civil n'a pas défini le mariage et il a eu raison: chacun sait ce qu'il faut entendre par là: c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des individus adultes“<sup>3</sup>. Ces affirmations procèdent davantage de la pétition idéologique que de la stricte observation sociologique. La seconde, en particulier, reflète fidèlement l'esprit du Code civil français qui consacre quelques brefs articles à la nationalité, au domicile et à l'absence, lesquels constituent le statut du célibataire<sup>4</sup>, et, en revanche, dédie trois cent soixante cinq articles au mariage<sup>5</sup>: l'être humain social n'existe pas en dehors du mariage.

Cependant, la recherche d'une définition du mariage s'avère nécessaire. Nous en voulons pour preuve les deux réflexions suivantes.

En premier lieu, nous pouvons faire remarquer que, sur le seul plan des définitions descriptives, le mot mariage en français revêt deux sens: il désigne aussi bien l'acte constitutif du lien conjugal („j'ai assisté au mariage de...“) que l'état matrimonial dans sa durée („un mariage indissoluble“)<sup>6</sup>; dès lors qu'un même mot peut revêtir deux significations différentes n'importe-t-il pas de définir d'abord chacune de ces

<sup>1</sup>Nous utilisons le mot „banalités“ dans sa double acception: ce qui est sans originalité, ce qui procède du pouvoir de contrainte, du ban.

<sup>2</sup>J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, Cerf, 1987, p. 15.

<sup>3</sup>J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2., Paris, P.U.F., 1979, p. 26.

<sup>4</sup>Plus précisément il s'agit des articles 8 à 15 (les articles 12 et 13 ont été abrogés), des articles 102 à 111 et des articles 112 à 143. Encore convient-il de remarquer que ces dispositions ne sont pas propres aux seuls célibataires et qu'elles s'appliquent aussi bien à l'homme ou à la femme marié(e)s. Le statut du célibataire n'est pris en considération que dans le Code Général des Impôts, c'est le seul secteur où l'individu non marié recouvre un droit de cité. Il en va de même, mais sous une forme négative, en ce qui concerne les obligations militaires dont sont dispensés les soutiens de famille.

<sup>5</sup>Il s'agit des articles 144 à 508 du Code Civil.

<sup>6</sup>Cette remarque semble avoir été formulée pour la première fois au XVIII<sup>e</sup> siècle par POTHIER, *Traité du mariage, œuvres complètes*, Paris, 1825, T. V, p. 1. Elle est reprise par J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 14.

deux significations et d'indiquer ensuite celle à laquelle nous entendons nous référer? A l'inverse, il convient de relever que certaines cultures ne connaissent pas de mot pour désigner le mariage en tant qu'institution, ainsi en est-il de l'ancienne société grecque ou de la société arabe. La „plus vieille coutume de l'humanité“ pourrait-elle être anonyme?

En second lieu, certaines formes de mariage susciteraient l'étonnement de nos sociologues juridiques qui auraient bien du mal à y reconnaître „la plus vieille coutume de l'humanité“. Nous en donnerons deux exemples.

Nous emprunterons le premier au système juridique éthiopien, en particulier celui qui s'applique aux Amhara<sup>7</sup> lesquels connaissent trois formes de mariage: le mariage *qurban* ou mariage religieux, le mariage contractuel civil et, enfin, le mariage *damoz* ou mariage avec compensation. C'est cette dernière forme qui va retenir notre attention. Un homme devant s'absenter pour une période plus ou moins longue peut conclure une union dont la durée coïncidera avec celle du voyage. Cet homme s'assure, moyennant rétribution, les services sexuels et domestiques d'une femme: lit, nourriture et soins du ménage. L'idée qui s'imposerait immédiatement à l'esprit occidental serait celle d'une forme de prostitution domestique, une „call girl femme de ménage“. Et pourtant, il n'en est pas ainsi. C'est bien de mariage qu'il s'agit et d'un mariage reconnu par la loi éthiopienne; la femme peut poursuivre le mari devant les tribunaux pour obtenir le paiement de l'indemnité fixée dans le contrat; si des enfants naissent de cette union, ils viendront à la succession de leur père; durant l'union, l'épouse acquiert un statut social supérieur à celui d'une simple concubine (*yaccan garad*); en bref, au regard du droit éthiopien, cette union ne saurait se confondre avec la prostitution<sup>8</sup>.

Il s'agit bien d'un mariage et pourtant, tout dans son économie choque la mentalité classique occidentale. Néanmoins, les familiers de l'Islam auront reconnu dans le mariage *damoz* une variante du *nikah al-mut'a*<sup>9</sup>, c'est-à-dire une forme de mariage chi'ite dont la durée est fixée ab initio par les deux conjoints. Le *nikah al-mut'a*, comme le mariage *damoz*, nie, dans son essence même, l'éternité du mariage occidental et pour certains il pose la question fondamentale de l'existence d'une frontière entre le mariage et la prostitution<sup>10</sup>. S'agit-il de données naturelles, ou bien procèdent-elles d'une construction sociale: pas de relations sexuelles licites en dehors d'une institution appelée mariage<sup>11</sup>? S'agit-il de situations dans lesquelles

<sup>7</sup>Cf. P. TABET, *Dal dono alla tarifa: le relazioni sessuali implicanti compenso*, *Donna, Women, Femme*, 1986, N°1, p. 105 et s.

<sup>8</sup>*Ibid.*, p. 105 et 106.

<sup>9</sup>Cf. FR. CASTRO, *Materiali e ricerche sul Nikah al-Mut'a*, Roma, 1974; S. MURATIA, *Temporary marriage, Mut'a in islamic law*, Londres, 1987; S. HAERI, *Law of divorce, temporary marriage in shi'i Islam*, Syracuse, New York, 1989; Y. RICHARD, *L'Islam chi'ite*, Paris, Fayard, 1991, p. 192 et s.

<sup>10</sup>Cf. Y. RICHARD, *op. cit.*, p. 204 et s.

<sup>11</sup>La confrontation entre mariage et prostitution pose le problème de la perception des rapports homme/femme sous l'angle des relations sexuelles. Dans la culture chrétienne classique les relations

seule la nature psychologique des sentiments ressentis par les protagonistes doit être prise en considération: „Je suis (je me ressens comme) une prostituée“, „Je suis une femme mariée“? Aucune de ces deux approches objective/subjective apparaît pleinement satisfaisante et l'on peut se poser la question de savoir s'il existe réellement une frontière entre le mariage et la prostitution, si tout mariage n'inclut pas une forme (légale) de prostitution potentielle, dans la mesure où l'élément essentiel dans l'une comme dans l'autre demeure la relation sexuelle. Les phénomènes de contrainte (physique ou économique), de paiement d'un prix et le caractère éphémère des relations par lesquels on tend à définir la prostitution, peuvent tout aussi bien se retrouver au niveau du mariage. Le fait psychologique peut se révéler inopérant. La femme mariée peut éprouver le sentiment de se prostituer en raison de l'absence de choix ou de la situation qui lui est impartie<sup>12</sup>. Pour en revenir à notre exemple, il importe cependant de relever un fait important: le mariage à durée déterminée a suscité bien des remarques acerbes, toutes reposant sur le fait que l'introduction d'un terme au delà duquel le mariage cesse d'exister constitue une monstruosité par rapport au mariage „éternel“ du monde occidental-chrétien; c'est oublier bien vite, pour ne pas dire passer volontairement sous silence que le *nikah al-mut'a* peut avoir une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans et, quelle que soit la durée impartie, il est pratiquement impossible de rompre l'union avant l'expiration du terme<sup>13</sup>, de ce

sexuelles à l'intérieur du mariage disparaissent derrière des périphrases pudiques: „le mari est obligé ... envers sa femme au devoir conjugal (POTHIER, *Traité du mariage*, *op. cit.*, p. 213). Cette formule, directement traduite du *debitum conjugale*, est pleine de saveur, il faut accomplir comme un devoir, ce qu'en général on fait par plaisir! L'antagonisme entre mariage et prostitution procéderait d'une opposition entre devoir et plaisir. Ce n'est donc pas innocemment que les „lieux de débauche“ seraient également des „lieux de plaisir“. Cette présentation manichéenne aboutit à nier, par la condamnation de la prostitution, toute idée de plaisir dans l'acte sexuel licite. Ce dernier ne serait plus qu'un acte fonctionnel justifié par sa seule finalité: la procréation. Il est loisible d'énoncer sous forme de théorème les axiomes suivants: pas de relations sexuelles sans procréation, pas de procréation en dehors de la famille, pas de famille sans mariage, en conséquence: pas de relation sexuelle en dehors du mariage. Ce schéma a subi, avec beaucoup de réticences, quelques modifications ces dernières années, la règle „pas de relations sexuelles sans procréation“ est devenue „pas de procréation sans relations sexuelles“ (les dernières avancées de la biologie et plus particulièrement les données de la contraception et de la fécondation artificielle ont engendré une composition de l'enseignement religieux sur une ligne de défense jugée plus sûre), ceci a pour conséquence d'introduire un début d'espace entre relations sexuelles et procréation. (Cf. U. RANKE-HEINEMANN, *Das eunuchs pour le royaume des cieux, l'église catholique et la sexualité*, Paris, Laffont, 1990, p. 314 et s.).“

<sup>12</sup>Cf. Ch. DESSIEUX, *La prostitution conjugale, des femmes témoignent*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 170. L'auteur, qui malheureusement ne s'embarrasse guère de définitions, semble penser qu'il y a prostitution dès lors que l'acte sexuel est accompli sous la contrainte: „Car il y a en effet prostitution conjugale chaque fois qu'une femme est forcée de subir un acte sexuel sous la contrainte, pas seulement pour de l'argent, mais pour avoir la paix“ (*Ibid.* p. 171.). On peut cependant se demander s'il n'y a pas confusion entre viol et prostitution.

<sup>13</sup>Cf. S. MURATIA, *op. cit.*; et S. HAERI, *op. cit.*. Pour la plupart des auteurs, le *talag* (répudiation) est interdit, seuls seraient autorisés le *li'an* (serment d'anathème porté par le mari contre la femme prétendue infidèle) et le *zihar* (forme de répudiation préislamique).

fait bien des *nikah al-mut'a* auront une solidité et une durée supérieure à celles du mariage „éternel“ occidental.

Le second exemple sera encore emprunté à l'Afrique<sup>14</sup>. Chez les Kogoro qui habitent le haut plateau nigérian, les femmes peuvent connaître plusieurs époux. La jeune fille est d'abord mariée par son père à un premier mari auprès duquel elle vivra plusieurs années, puis elle peut être conduite à épouser successivement plusieurs époux secondaires auprès desquels elle vivra une période identique à celle consacrée à son premier époux. À la fin de ce parcours matrimonial, elle choisit parmi ses époux celui auprès duquel elle achèvera sa vie. Les enfants nés de ces diverses unions se partagent entre le père et le mari de la femme, le mari pouvant toujours racheter les enfants échus au père. Ici encore nous sommes confrontés à un modèle matrimonial qui heurte la mentalité occidentale<sup>15</sup>: la polyandrie. Certains auteurs sont allés jusqu'à soutenir que la polyandrie n'existait pas, qu'il s'agissait d'un mythe propre dans le meilleur des cas aux seules amazones. L'ethnologie montre que les mythes peuvent être surpassés par la réalité. Nous sommes bien en présence d'un système polyandrique puisque les diverses unions coexistent juridiquement et synchroniquement; lorsque la femme décide de terminer ses jours avec un époux antérieur, il n'est pas procédé à de nouvelles cérémonies matrimoniales<sup>16</sup>. Le fait d'épouser un second mari, puis un troisième, n'entraîne pas la rupture des unions antérieures. Bien mieux, nous sommes en présence d'un système polygamique parfait, puisque l'époux, de son côté, peut avoir plusieurs épouses.

Cet exemple non seulement permet de marquer une différence avec le modèle occidental, mais il présente en outre l'avantage de mettre en évidence la fonction principale du mariage: la procréation et sa contrepartie, c'est-à-dire la subsistance économique de l'épouse. L'époux chez lequel la femme retourne n'a à sa disposition aucun moyen juridique pour refuser sa venue, tous les époux successifs doivent se tenir prêts à accueillir leur femme<sup>17</sup>.

Il n'existe donc pas un modèle matrimonial unique, mais des modèles différenciés qui présentent des similitudes de fonction. Qu'il s'agisse de nos deux modèles africains, du modèle occidental ou de ceux des autres continents, tous se contruisent autour d'une aptitude de la femme: la procréation. Cette capacité de procréation, donnée naturelle, est récupérée au niveau de la construction sociale, elle devient une fonction; la société va se maintenir, voire se développer à partir d'elle. Dès lors nous rencontrons ce qui est sans doute la première matrice de la réduction du statut fémi-

<sup>14</sup>J.C. MULLER, *Du bon usage du sexe et du mariage, structures matrimoniales du haut plateau nigérian*, Paris, L'Harmattan, 1982, p. 42 et s.

<sup>15</sup>Ce heurt n'est pas purement intellectuel: „L'ethnologue C.K. Meek, qui travailla dans la région entre la fin des années 1910 et la fin des années 1920, fut le premier à montrer que cette prétendue promiscuité anarchique obéissait à des règles et il avertissait les administrateurs un peu trop puritains d'y regarder à deux fois avant de légiférer sur ces coutumes, c'est-à-dire, en clair, à les interdire.“ J.C. MULLER, *op.cit.*, p. 13.

<sup>16</sup>*Ibid.*, p. 56.

<sup>17</sup>*Ibid.*, p. 56.

nin: la sexualité de la femme reproductrice doit être consacrée à la perpétuation de l'espèce, selon les critères énoncés par la société, et l'on peut même se demander si la fonction de la femme ne se limite pas à cette seule finalité. En outre, il est à souligner que la femme se voit priver de deux libertés: non seulement il lui est interdit bien souvent de ne pas procréer, mais de surcroît elle se voit imposer les conditions menant à la procréation<sup>18</sup>. En conséquence la femme ne dispose plus d'aucun droit, d'aucune exclusivité sur son corps, ce dernier est entièrement voué à la pérennisation du groupe social, directement ou, le plus souvent, par voie d'échanges de groupes à groupes<sup>19</sup>. Avant même sa naissance, le chemin social de la femme est tracé. Sa mission de reproduction engendre une limitation, voire une destruction, de ses divers espaces qui tous deviennent espaces contrôlés ou interdits: espace sexuel avec obligations de virginité et d'exclusivité<sup>20</sup> même dans un système polyandrique; espace économique dans lequel la mission de reproduction et d'éducation entre en conflit avec les tâches de production autres que domestiques et aboutit à une division du travail intersexiste<sup>21</sup>, sauf quand les besoins économiques de la société conduisent les femmes à cumuler une double activité de production; l'espace social et culturel marqué par l'infériorisation du statut féminin et l'obligation pour les femmes de se créer des espaces parallèles, des sociétés de femmes<sup>22</sup>. La récupération par la société d'une des potentialités de la femme érigée au rang de paradigme: la reproduction,

<sup>18</sup>C'est ce qui ressort de la définition du mariage donnée par A. BARNARD: „l'union d'un homme et d'une femme telle que les enfants nés de la femme sont reconnus légitimes par les parents“ cf. P. BONTE et M. IZARD, *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, 1992, p. 444. Notons que si cette définition devait être prise au pied de la lettre, en l'absence d'enfants il n'y aurait pas de mariage!

<sup>19</sup>Cette dépossession de la femme de son propre corps est telle que dans certaines sociétés la femme doit masquer totalement son corps à d'autres que son époux. Nous faisons allusion ici à des pratiques telles que le voile, le masque, le tchador etc. qui se rencontrent en terre méditerranéenne et d'Islam. Entre autres ouvrages parus ces dernières années, cf. G. EL KHAYAT-BENNAI, *Le monde arabe au féminin*, Paris, L'Harmattan, 1985, p. 19 et s.; B. HADJ NASSER, *Le voile mis à nu*, Paris, Arcantère, 1985; W. ZÉNIE-ZIEGLER, *La face voilée des femmes d'Égypte*, Paris, Mercure de France, 1985; J. MINCES, *La femme voilée, l'Islam au féminin*, Paris, Calmann-Lévy, 1990; H. TAARJI, *Les voilées de l'Islam*, Paris Ballad, 1990; K. ZOULAI, *Des voiles et des serrures*, Paris, L'Harmattan, 1990; N. ALLAMI, *Voilées, dévoilées*, Paris, L'Harmattan, 1990; N. GÔLE, *Musulmanes et modernes*, Paris, La découverte, 1993; F. KHOSROKHAVAR, *Les femmes et la révolution islamique, Projets Féministes*, T. 2, avril 1993, p. 83 à 102.

<sup>20</sup>La notion d'exclusivité doit s'analyser de façon extensive. La femme n'a pas la possibilité de refuser le mari exclusif et de se confiner dans un célibat dépourvu de toute relation sexuelle, elle n'a pas le choix entre Lui et Rien. L'épouse qui voudrait se refuser à son mari pourra lui être soumise par des contraintes pouvant prendre la forme d'un viol familial collectif, cf. P. TABET, *Fertilité naturelle, reproduction forcée, L'arrondissement des femmes*, Paris, 1985, Édit. E.H.E.-S.S., p. 75 et s.

<sup>21</sup>Cf. E. SULLEROT, *Histoire et sociologie du travail féminin*, Paris, édit. Gonthier, 1968; C. MEILLASSOUX, *Femmes greniers et capitaux*, Paris, L'Harmattan, 1989.

<sup>22</sup>Cf. entre autres, O. JOURNET, *Les hyper-mères n'ont plus d'enfants, maternité et ordre social chez les Joola de Basse-Casamance, L'arrondissement des femmes, op. cit.*, p. 17 et s., et surtout, p. 25 et s.

la planification de cette potentialité, aboutissent à la réglementation matrimoniale et à l'assujettissement de la femme. Le mariage devient le mode étatisé de création de la famille. C'est en ce sens que l'adjectif „matrimonial“ qualifie davantage ce qui relève du statut familial, que ce qui découle du mariage stricto sensu.

Cette volonté de confondre mariage et famille engendre de biens étranges résultats qu'illustre, dans le monde occidental, la „crise de la famille“<sup>23</sup>. Le nombre des célibataires augmente, le nombre des unions libres également. Il est à noter à ce propos, que trop souvent la démarche des observateurs tend à considérer l'union libre comme la reproduction du modèle officiel (mariage) hors du cadre légal. Après avoir été longtemps condamnée, l'union libre est présentée comme un mariage sans la solennité qui s'attache à ce dernier. L'union libre ne serait que la répétition, hors du cadre conventionnel, d'un modèle immuable<sup>24</sup>, un mariage „désinstitutionnalisé“. Nous sommes en présence d'un phénomène classique de récupération, non seulement parce que la volonté de récupération existe, mais aussi parce que, dans ce domaine, l'observateur est incapable de raisonner sans recourir à son cadre culturel de référence: La volonté de récupération traduit le sentiment que le mariage obéit à une finalité sociale nécessaire, qu'il est le fondement même de la société, le lieu idéal où se transmettent l'ensemble des traditions qui fondent l'identité culturelle d'un groupe; il est donc indispensable que toute forme déviante, à défaut d'être combattue avec succès, puisse jouer, même imparfaitement, le rôle dévolu à la forme supérieure<sup>25</sup>. L'incapacité de raisonner en dehors du cadre de référence procède de la certitude quasi-religieuse que le mariage est à l'origine de toute société, que son affinement est lié au degré de développement culturel de cette dernière. Le mariage est essentiel, il ne saurait être accidentel, bien plus, il est unique<sup>26</sup>; en conséquence, l'union libre ne

<sup>23</sup>Cette notion de „crise de la famille“ a donné lieu à de multiples enquêtes et tables rondes ces dernières années. Nous renvoyons aux études et enquêtes qui ont été publiées dans les ouvrages suivants: Finie la famille? traditions et nouveaux rôles, *Autrement*, N°3, automne, 1975; E. SULLEROT, *Pour le meilleur et pour le pire*, Paris, 1984 (Cet ouvrage reproduit les conclusions d'un rapport adopté par le Conseil Économique et Social en janvier 1984); *Le mariage et l'échec du mariage*, colloque de l'Institut de droit canonique de l'Université de Strasbourg, *Revue de Droit Canonique*, T. XXIV, 1974.

<sup>24</sup>Bien souvent la volonté de récupération sera dissimulée derrière des préoccupations de protection, il s'agira de protéger la femme ou les enfants issus de l'union libre, comme si le mariage avait la moindre vertu en la matière. Le mariage n'a jamais empêché les abandons d'enfants ni les mauvais traitements infligés aux enfants. (Cf. M. T., MEULDERS-KLEIN, *Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire*, *Des concubinages dans le monde*, Paris, Édit. du CNRS, 1990, p. 270-71.)

<sup>25</sup>Il suffit de songer à la hiérarchisation des unions dans l'Antiquité (concubinat, union avec une esclave, mariages inférieurs, mariage juste et légitime) pour constater que cette démarche de récupération n'est pas le fait de l'époque contemporaine. Disons simplement qu'à certains moments, ceux de la „rédemption“ des mœurs, l'État s'est cru suffisamment fort pour imposer un modèle matrimonial unique.

<sup>26</sup>Nous avons vu que les auteurs „classiques“ considèrent que le mariage n'a pas besoin d'être défini puisqu'il est unique, les interrogations concernant la famille ne commencent à apparaître qu'en raison des conséquences des derniers acquis de la génétique et de la procréation artificielle,

saurait être qu'une mutation conjoncturelle, sur laquelle, dans l'hypothèse où elle se pérenniserait, viendront se greffer, par un déterminisme qui échappe à l'humain, les vertus du mariage.

À la racine de toute cette démarche nous retrouvons le postulat selon lequel le mariage unique est immuable. Toutes les théories qui tendent à affirmer l'existence de formes sociales sans mariage doivent être dès lors vigoureusement combattues. Tout au plus peut-on accepter l'existence d'une évolution à l'intérieur du mariage lui-même, la présence d'une telle évolution aura le mérite de souligner le degré de perfection du mariage occidental qui doit servir de modèle aux autres sociétés.

Ceci doit nous conduire à une seconde série de réflexions. Vouloir établir un *continuum* entre le mariage occidental et les autres formes de mariages, relève du non-sens. Le mariage occidental, le mariage romano-canonique, constitue, au regard de l'histoire universelle, une forme aberrante, une forme mutante de mariage car il présente tout une série de caractères que ne possèdent pas les autres formes de mariages, dès lors il devient impossible d'établir quelque filiation, quelque hiérarchie entre le mariage romano-canonique et les autres formes d'unions.

## I – Évolution ou immutabilité du mariage

Jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle, dans la société occidentale, la notion d'immutabilité domine, très vraisemblablement pour des raisons religieuses: le mariage, institution créée par la divinité, ne saurait être que parfait et donc présent depuis les origines de l'espèce humaine. Tout au plus est-il susceptible de perfectionnements, en particulier chez les groupes qui ne pratiquent pas la même religion et qui, de ce fait, sont considérés comme arriérés. Cette démarche est remise en cause dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle par les premiers ethnologues, ceux qui refusent d'admettre que l'individu soit le produit d'un exemplaire initial unique.

### Les ethnologues

En 1861, Bachhofen publie son ouvrage fondamental, *Das Mutterrecht*<sup>27</sup>. L'auteur nie l'immutabilité du mariage et distingue trois étapes successives dans la constitution de la famille: la promiscuité primitive<sup>28</sup>, la famille maternelle (matriarcat) et, enfin, la famille paternelle (patriarcat). Les deux premiers stades sont ceux

alors la notion de famille refait surface sans qu'il y ait la moindre interrogation sur l'acte juridique qui lui donne naissance, à savoir le mariage; de nouveau, le postulat selon lequel il n'y a pas de famille sans mariage est implicitement avancé et placé au centre des débats. L'ouvrage de F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, est remarquable en ce sens. L'auteur parvient à mener son discours (juridique) sans faire une seule fois référence à la principale intéressée: la femme; en revanche, la société est omniprésente, elle seule a son mot à dire, la femme est/doit être muette.

<sup>27</sup>J. BACHHOFEN, *Das Mutterrecht*, Stuttgart, 1861.

<sup>28</sup>L'idée de promiscuité primitive avait déjà été développée par un anthropologue en chambre: J.-N. DEMEUNIER, *L'esprit des usages et des coutumes des différents peuples*, Paris, J.-M. Place,

qui s'avèrent les plus intéressants et ceux qui ont engendré les plus fortes critiques. L'idée qu'il ait pu exister une période durant laquelle les femmes auraient eu la disponibilité de leur corps était tout simplement inadmissible en plein XIX<sup>e</sup> siècle<sup>29</sup>. Que cette période ait été suivie d'une seconde ère durant laquelle la société aurait été ordonnancée autour de l'élément féminin était elle aussi trop neuve et surtout contraire à tous les dogmes de l'époque.

Sous des formes plus structurées, les idées de Bachhofen devaient être reprises par L.H. Morgan<sup>30</sup> et, dans une moindre mesure, par J.F. McLennan<sup>31</sup>. De ces deux auteurs, le premier apparaît comme le plus fécond et le plus contesté. Son affirmation de l'existence d'une promiscuité primitive<sup>32</sup>, antérieure à toute organisation familiale devait engendrer de multiples réfutations. Il n'en demeure pas moins que Morgan dégage les grandes étapes de la réduction de l'espace sexuel féminin. De la promiscuité à la famille monogamique, la femme voit son espace se réduire. Libre de choisir son (ses) partenaire(s) à l'origine, elle est affectée à un homme de façon toujours plus exclusive; cette affectation renforce, dans le même temps, sa mission procréatrice<sup>33</sup>. La femme perd la maîtrise de son espace sexuel parce que sa vocation est d'être mère au profit d'une seule et unique famille. Cette réduction, cette vocation lui font également perdre la maîtrise de ses espaces économique et social.

La critique des thèses de Morgan a été le fait d'auteurs tels Westermarck, Sumner Maine, Lowie, L. Levy Bruhl<sup>34</sup> et, plus récemment, Cl. Lévi-Strauss. Tous défendent l'idée selon laquelle la notion de famille est une des données innées de

1988, T.1, p. 152: „Il faut un certain espace de temps avant que le mariage s'établisse, & les voyageurs citent une foule de peuples dont la race se perpétue sans connoître cette institution... les Otahitiens, il est vrai, vivent indifféremment avec toutes les femmes, & lorsqu'une d'entr'elles devient grosse ils sont obligés de l'épouser..." (ouvrage publié en 1775).

<sup>29</sup>Encore que la promiscuité primitive puisse également s'analyser comme la possibilité pour l'homme d'avoir des relations sexuelles avec n'importe quelle femme. Telle semble être la conception de Demeunier (Cf. *supra*, n. 26).

<sup>30</sup>L.H. MORGAN, *La société archaïque*, Paris anthropos, 1985 (la première édition anglaise date de 1877).

<sup>31</sup>J.F. McLENNAN, *Primitive Marriage*, 1865. Cf. également A. GIRAUD-TEULON, *Les origines du mariage et de la famille*, Paris, 1884, p. 56-84.

<sup>32</sup>L'expression de „promiscuité“ indique qu'elle revêt dans la pensée même de ceux qui l'utilisent une connotation péjorative. Pour s'en convaincre, il suffit de relire ce passage de Morgan: „ce stade représente le niveau le plus bas de l'état sauvage qui se puisse concevoir... la promiscuité est une condition sociale qui a nécessairement précédé la famille consanguine, mais elle demeure noyée dans les brumes des premiers âges de l'humanité, inaccessible à la connaissance positive.“ (MORGAN, *op. cit.*, p. 576-578). Ce rejet de la promiscuité dans l'inaccessible, d'un point de vue psychologique témoigne de la répulsion de l'auteur, la promiscuité est renvoyée dans l'invisible.

<sup>33</sup>Cette conséquence des théories de Morgan a été mise en évidence par R. MAKARIUS, dans son introduction à l'ouvrage de Morgan: *Le développement de l'idée de famille*, *op. cit.*, p. III XVI: „Vue sous cet angle, l'institution de la famille peut apparaître comme limitative d'une liberté de mœurs...“

<sup>34</sup>WESTERMARCK, *Origines du mariage dans l'espèce humaine*, Paris, 1895 (1ère édition anglaise: 1891); S. MAINE, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, 1885; R. LOWIE, *Primitive Society*, New York, 1947; *idem*, *Historie de l'ethnologie classique*, Paris, Payot, 1971;

l'espèce humaine, jamais il n'y a eu un stade „humain“ de promiscuité primitive<sup>35</sup>. De tous ces auteurs, Cl. Lévi-Strauss mérite de retenir plus spécialement l'attention. De son œuvre nous rappellerons sa démonstration d'après laquelle, à un moment de l'histoire humaine, on assiste à la mise en place de mécanismes d'une extrême complexité pour réguler les échanges matrimoniaux de groupe à groupe<sup>36</sup>. Dans le but de maintenir un équilibre démographique, d'éviter toute supériorité numérique d'un groupe sur un autre, ou, au contraire, de maintenir la supériorité d'un groupe sur d'autres, les femmes (principal instrument de l'évolution démographique) sont l'objet d'échanges prédéterminés de groupe à groupe. La fonction détermine le statut<sup>37</sup>.

Quelle que soit la thèse vers laquelle, pour des raisons idéologiques, religieuses ou culturelles, on incline, il est à constater que toutes posent un postulat: la famille, le mariage, requièrent une intervention, une contrainte sociales. Les individus peuvent choisir de vivre, pour des motifs personnels, en couple, c'est la société – sous ses premières représentations étatiques – qui impose la structure matrimoniale et familiale. D'un point de vue logique, il est possible d'en conclure que la réglementation matrimoniale n'est pas une donnée première de l'humanité, mais une construction sociale. La famille, avec tout ce qu'elle présuppose d'ordonnancement juridique, n'est donc qu'une construction sociale et non pas une donnée relevant du seul instinct<sup>38</sup>. Il est

L. LEVY BRUHL, *La mentalité primitive*, Paris, Retz, 1976. Cf. également E. MEYNIAL, *Le mariage*, *Revue d'histoire du droit français et étranger*, 1898, p. 181.

<sup>35</sup>Telle est du moins l'image projetée par ces auteurs. „Comment se fait-il qu'au cours de l'évolution de l'humanité depuis ses origines et quelle que soit la forme de culture adoptée par les diverses sociétés, la famille ait toujours été présente et qu'elle le soit toujours chez nous? (Nous reprenons ici, de façon schématique, les analyses célèbres de Lévi-Strauss...)“ F. HÉRITIER, *Les dogmes ne meurent pas*, *Autrement* N°3, 1975, p. 158.

<sup>36</sup>Cf. en particulier: C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 1973.

<sup>37</sup>Le mariage prescriptif peut également être la marque de la supériorité d'un groupe sur un autre. Le groupe supérieur contraint le groupe subordonné à lui fournir ses futures épouses.

<sup>38</sup>Il se trouve encore des auteurs pour se livrer à des parallèles entre la polygamie humaine et la polygamie animale, la monogamie des hommes et celle des animaux, afin de démontrer que la notion de famille est inhérente à la nature. Pourquoi ne pas pousser la comparaison plus loin et évoquer les plantes, les fleurs (celle de l'oranger en particulier) dont le pollen vogue des étamines vers le pistil? C'est oublier, un peu rapidement, que les animaux n'ont pas créé une hiérarchie du père lion organisant l'union de son lionceau, ni ne se sont doté d'un officier lion d'état civil contrôlant et sanctionnant les unions de leurs congénères. Cf. à titre d'exemple: M. DELMAS-MARTY et C. LABRUSSE-RIOU, *Le mariage et le divorce*, Paris, P.U.F., 1978, p. 7: „L'union en un couple stable de deux créatures de sexe opposé est l'une des plus vieilles coutumes du règne animal. Si les lions ont habituellement plusieurs femelles attirées, des oiseaux, certains loups et la plupart des hommes sont attachés à une compagne unique... Quel que soit le sens qu'on lui donne, le mariage appartient au droit naturel...“ Ce passage se passe de tout commentaire, il est contredit par la seule constatation que la quasi totalité des sociétés humaines sont polygyniques et que l'homosexualité, si elle n'existe pas chez les animaux (ceci reste encore à démontrer) est solidement enracinée dans le comportement humain; enfin, il est à relever qu'une fois encore l'union est confondue avec le mariage.

fort possible, au demeurant, qu'elle soit l'une des premières constructions sociales. C'est la notion de famille qui permet d'aboutir à l'affirmation selon laquelle une femme est la mère des enfants de son mari<sup>39</sup>!

## Les juristes

Les juristes occidentaux, conservateurs par tradition et éducation, ne se sont guère préoccupés des théories évolutionnistes. Tout au plus assiste-t-on à des reconstructions faisant appel aux notions de parentèles et de ligne pour décrire les divers degrés de la famille. Les juristes ne sont concernés par la famille qu'en fonction de sa réglementation étatique, les spéculations sur une famille anté-étatique leur demeurent étrangères. Cependant, ils ne sont pas restés indifférents à une démarche évolutionniste et, à leur manière, ils ont voulu, eux aussi, apparaître comme tels, mais dans une perspective infra familiale. C'est ainsi qu'ils sont à l'origine du célèbre triptyque: mariage par rapt, mariage par achat, mariage consensuel<sup>40</sup>. Un vieux schéma qui a la vie dure, puisqu'il trouve encore des défenseurs de nos jours, malgré les attaques dont il a été l'objet<sup>41</sup>.

En schématisant au maximum sa présentation, on peut en donner la vision suivante<sup>42</sup>.

Dans les sociétés archaïques prédomine, à l'origine, la violence dans les rapports de groupe à groupe. C'est le dogme des guerres incessantes de tribus à tribus, de clans à clans. L'étranger est toujours un ennemi potentiel. Dans ce contexte, si le mariage doit se conclure à l'extérieur du groupe (mariage exogamique), il n'existe pas d'autre moyen de se procurer une épouse que de l'enlever à son groupe d'origine. Les partisans de cette théorie avancent deux séries d'arguments pour étayer la véracité de leur affirmation: les témoignages de l'histoire ainsi que le symbolisme matrimonial. Au titre des exemples on peut mentionner l'enlèvement collectif des Sabines ou bien le double enlèvement d'Hélène<sup>43</sup>. Pour ce qui est du symbolisme matrimonial, il est

<sup>39</sup>J. GOUTAL, Pour moi le père, c'est une convention, *Autrement*, 3/1975, p. 43.

<sup>40</sup>CL.R. KESTLER, Raub-, Kauf-, und Friedelsehe, *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Germanistische Abteilung*, 1943, p. 92-136. A. ESMEIN, Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains, *Revue historique de droit français et étranger*, 1902, p. 2 et s.

<sup>41</sup>L'expression de mariage par achat est utilisée, sans la moindre réserve par C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires*, op. cit., p. 535 et passim. On la retrouve sous la plume de juristes tels: P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T.III, *Le droit familial*, Paris, 1968.; mariage par „achat“ et mariage par „capture“ sont des expressions qui figurent dans *Dictionnaire de l'éthnologie et de l'anthropologie*, op. cit., p. 445. Enfin, on peut mentionner un article anonyme. Les violences contre les femmes en Chine, *Projets Féministes*, N°2, avril 1993, p. 5 et s., mais on doit se demander si l'auteur ne confond pas mariage et esclavage, et, de façon plus générale, le licite et l'illicite; à un degré moindre, la violence conjugale existe dans les sociétés occidentales, sans que cela aboutisse à remettre en cause le caractère consensuel du mariage.

<sup>42</sup>Nous reproduisons ici les développements de R. KESTLER, op. cit., p. 92 et s.; et J. BRIS-SAUD, Le mariage par achat, *Recueil de l'Académie de Législation*, 1899-1900, p. 167 et s.

<sup>43</sup>Hélène a été enlevée une première fois par Thésée, elle est reprise par ses frères Castor et Pollux; la seconde fois elle est enlevée par Paris et reprise, dix ans plus tard par son époux Ménélas.

possible de citer les danses guerrières nuptiales qui seraient une réminiscence de la forme primitive du rapt, de même le fait pour le mari de soulever sa femme dans ses bras et de la porter pour lui faire franchir le seuil de la maison.

L'enlèvement engendrerait une riposte du groupe d'appartenance de la jeune fille. Le trouble ainsi causé serait apaisé par le versement d'une composition pécuniaire. Cette dernière se transformerait en une somme versée préalablement au départ de la jeune fille<sup>44</sup>. De la sorte on glisserait vers l'achat/vente. Cette théorie du mariage par achat mérite que l'on s'y attarde quelque peu. A l'achat peut se substituer un système de troc, c'est ainsi qu'apparaîtrait la notion de mariage prescriptif ou celle de mariage préférentiel<sup>45</sup>. De même on peut également envisager un rapport inégalitaire: un groupe dominant un autre groupe, le premier peut exiger des épouses du second sans être astreint à la réciprocité. Mais souvent il y aura véritable achat, soit des femmes, soit du mari, dans cette hypothèse l'épouse ou l'époux acbeté s'intégrera dans le groupe acquéreur<sup>46</sup>. Le prix peut être fixe ou variable, il peut même s'acquitter en nature<sup>47</sup>. Parfois, le versement du prix peut permettre la réalisation de nouvelles unions: ainsi, le prix versé pour l'achat d'une épouse servira au frère de cette épouse à acquérir, lui même, une épouse<sup>48</sup>. De même, si l'épouse, par sa faute, engendre la rupture de l'union, le mari pourra exiger sa belle-sœur en compensation<sup>49</sup>.

Ce cycle, qui débute par le rapt, s'achève dans le consensualisme. Le mariage se fonde alors essentiellement sur l'échange des consentements.

Avant même de s'interroger sur le bien fondé de chaque maillon de cette construction évolutive, une remarque générale s'impose: dans la pensée des auteurs de cette présentation, chaque étape constitue un progrès social par rapport à la précédente. Mieux vaut enlever son épouse que de vivre dans la promiscuité; mieux vaut acheter son épouse que de l'enlever; mieux vaut le mariage consensuel que l'achat. Cette dernière étape marque le degré supérieur de la perfection. En conséquence, toute union qui n'est pas strictement et uniquement consensuelle, est une union sociologiquement inférieure. De nouveau nous sommes confrontés à une tentative

<sup>44</sup>La formule de Gordon Brown prendrait ici tout son sens: „Le mariage est un acte d'hostilité qui a fait l'objet d'une réglementation sociale“. (G. GORDON BROWN, Hebe Cross Cousin Marriage, *Essays presented to C.G. Seligman*, London, 1934, p. 30-31).

<sup>45</sup>Sur ces notions, cf. C. LEVI-STRAUSS, op. cit., p. XVII et s.

<sup>46</sup>Cf. F. COOPER COOLE, Family, Clan and Phratry in Central Sumatra, *Essays presented to A.L. Kroeber*, Berkeley, 1936: l'époux porte le nom „d'homme emprunté“.

<sup>47</sup>L'exemple le plus caractéristique est celui du double mariage de Jacob qui dû servir deux fois sept années son beau père Laban avant de pouvoir épouser Léa et Rachel (*Genèse*, 19, 15).

<sup>48</sup>Cette pratique semble particulièrement répandue en Afrique du Sud (Bantous, Thongas Herero etc.), elle serait également en usage dans d'autres régions d'Afrique comme le Soudan (Shillouk, Azandé etc.). Cf. H.A. JUNOD, *Mœurs et coutumes des Bantous*, Paris, 1936; C.G. SELIGMAN et B.Z. SELIGMAN, *Pagan Tribes of the Nilotic Sudan*, London, 1932.

<sup>49</sup>Cette pratique existe en particulier chez les Ba Ronga d'Afrique du Sud (cf. H.A. JUNOD, op. cit., T.1, p. 228-229) et chez les Katchin (cf. W.J.S. CARRAPIET, *The Kachin Tribes of Burma*, Rangoon, 1929, p. 35).

d'explication qui repose sur un jugement de valeur moral et social; de nouveau nous sommes confrontés à une démarche qui ne parvient pas à s'abstraire du cadre des référents de la pensée occidentale. Les analystes ne s'interrogent pas sur l'existence ou l'inexistence, dans les sociétés observées, du concept de mariage par exemple; pour eux il ne fait aucun doute que cette institution est de droit naturel. C'est la raison pour laquelle, sans doute, à aucun moment ils n'en veulent donner une définition.

Cependant, ce schéma, si logique soit-il, soulève bien des interrogations. Le rapt, comme mode normal de conclusion d'une union, ne semble pas totalement (?) convaincant. Les exemples cités (Sabines etc.) relèvent de la légende. En outre, la femme enlevée bien souvent est consentante. Enfin, l'enlèvement suscite la réprobation. Si l'on prend en considération le second enlèvement d'Hélène, lorsqu'elle s'enfuit avec Paris, elle est déjà mariée et elle vit dans une société qui ne reconnaît pas la polyandrie, ce n'est donc pas en vue d'un mariage qu'elle accepte de suivre son amant à Troie<sup>50</sup>. De la même manière, la symbolique matrimoniale n'est guère plus probante. Le Romain prend sa femme dans ses bras pour lui faire franchir le seuil de sa nouvelle demeure, mais il ne s'agit pas d'un rappel d'un ancien système se référant au rapt. Beaucoup plus simplement, tant que l'épouse ne se sera pas livrée à certains rites purificateurs, elle ne doit pas fouler le seuil, là où résident les divinités protectrices de la maison<sup>51</sup>.

Une explication existe, elle a été parfaitement mise en évidence dans une étude sur les Beri du Tchad et du Soudan<sup>52</sup>. Il peut advenir que le futur époux ne dispose pas des biens nécessaires à l'obtention de sa future épouse, avec l'accord de la famille de la jeune fille il procède à l'enlèvement de cette dernière. Ce geste va susciter la réprobation générale, mais au bout d'un laps de temps fixé par la coutume, les deux époux pourront rejoindre leur famille et vivre normalement. Le rapt permet de se soustraire à l'obligation du paiement de la „dot“. Dans le même ordre d'idée, lorsque le mariage est initié, si le futur époux doit remettre à la famille de la jeune fille un ensemble de présents, la belle-mère, de son côté, doit participer à l'édification et à l'aménagement de la case nuptiale; il peut advenir que les présents ont été remis, mais que la belle mère tarde à s'acquitter de ses obligations, bien souvent pour des raisons économiques. Avec l'accord de sa belle famille, l'époux, là encore, enlève la jeune fille<sup>53</sup>. Le rapt apparaît comme un moyen de passer outre à une obligation sociale estimée excessive. Il présuppose une certaine connivence de la part de chacun des groupes concernés. Il permet, en quelque sorte, de „sauver la

<sup>50</sup>Lors de son premier enlèvement, Hélène prend soin d'affirmer à ses frères venus la récupérer, qu'elle est toujours vierge; c'est à dire qu'il n'y a pas eu d'union entre elle et Thésée.

<sup>51</sup>Cf. J. GAUDEMONT, *Le mariage*, op. cit., p. 36.

<sup>52</sup>M.J. TUBIANA, *Des trousseaux et des femmes, Mariage et transferts de biens chez les Beri (Zaghawa et Bideyat) du Tchad et du Soudan*, Paris, L'Harmattan, 1985.

<sup>53</sup>*Ibid.*, p. 37 et s. et p. 63-64.

face“ tout en rompant avec la tradition<sup>54</sup>. Le rapt ne se caractérise pas par la violence physique que l'homme exercerait sur la femme, mais par la violence faite aux traditions sociales.

Le mariage par achat suscite des difficultés d'une tout autre nature. Le mariage par achat ne s'appuie pas seulement, comme le mariage par rapt, sur une reconstruction, mais sur des arguments de texte solides. L'assimilation du mariage à une vente semble être une réalité juridique: „...id est per quamdam imaginariam venditionem.“<sup>55</sup>; „La dot est analogue au prix de vente...“<sup>56</sup>. Bien d'autres arguments de même nature sont invoqués par les juristes partisans de la vente. Une démarche philologique s'impose. Si l'on souhaite traduire par le concept occidental de „achat/vente“ l'acte juridique (dans la mesure où il existe) par lequel une femme se trouve liée à un homme dans une relation conjugale, il importe de rechercher si le concept de vente, tel qu'il est reçu dans le monde européen, correspond bien à la situation créée pour l'épouse dans sa société originelle<sup>57</sup>.

L'achat/vente est l'acte juridique qui engendre, à titre onéreux, un transfert de propriété. Le droit de propriété comporte trois éléments: l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Pour qu'un mariage soit assimilé à une vente, il faut que le mari, devenu propriétaire de son épouse, détienne sur elle l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Or, quelle que soit la société considérée, il apparaît qu'aucune ne confère au mari un droit d'*abusus* sur son épouse: le mari ne peut détruire sans motif légitime son épouse, pas plus qu'il ne peut en faire cadeau à son meilleur ami. Dès lors qu'il n'y a pas transfert de tous les démembrements du droit de propriété, il n'y a donc pas vente au sens occidental que nous accordons à cette notiu.

D'autres arguments ont été invoqués contre le mariage par achat, en particulier le fait que le „prix“ payé pour une épouse serait inférieur au prix payé pour une esclave. De même, il apparaît que les prestations de la famille de l'épouse, le trousseau

<sup>54</sup>L'enlèvement, tel que nous le voyons chez les Zaghawa, n'est pas tellement éloigné de formes plus étatisées, tel le „rapt de séduction“ qui apparut au XVII<sup>e</sup> siècle dans le monde occidental: pour passer outre à l'obligation du consentement paternel (pour être plus précis il conviendrait de dire: au refus de consentement du père), l'homme enlevait sa future épouse et faisait célébrer clandestinement son union par un prêtre, ce qui était possible étant donné que l'Église subordonnait le mariage au seul échange des consentements des deux conjoints. Cf. J. GAUDEMONT, *Le mariage*, op. cit., p. 309 et s., 319 et 331; J. GHESTIN, L'action des parlements contre les „mésalliances“ aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, *Revue historique de droit français et étranger*, 1956, p. 74-110 et 156-224. Dans un ordre d'idées très voisin il est également possible de citer l'enlèvement de Médée par Jason. Médée accepte d'avoir des relations sexuelles avec Jason car elle connaît par avance l'arbitrage d'Alkinos qui conclura au mariage.

<sup>55</sup>GAIUS, *Institutes*, I, 113, édit. J. Reinach, Paris, Belles Lettres, 1950, p. 20.

<sup>56</sup>SIDI KHALIL, *Mariage et répudiation*, trad. Fagnan, Alger, 1909, p. 54.

<sup>57</sup>Pour être plus précis il conviendrait de rechercher si 1) la situation faite à l'épouse s'apparente à l'achat/vente tel que ce dernier est défini dans la société considérée, et 2) si la définition de l'achat/vente dans la société considérée correspond bien à la définition que nous en donnons dans notre société. C'est pour des raisons de simplification que nous négligeons l'étape intermédiaire.

par exemple, peuvent être d'une valeur économique supérieure à celle de la dot<sup>58</sup>; une telle constatation détruit l'idée selon laquelle on serait en présence d'un échange onéreux simplement bilatéral: femme contre prix, puisque la famille de l'épouse doit elle aussi verser une „compensation“ pouvant être supérieure au „prix“. Enfin, il est possible de noter que certains auteurs, d'une manière mécanique, qualifient d'achat des pratiques qui ne comportent pas tous les éléments constitutifs de ce contrat; ainsi, Cl. Lavi-Strauss, analysant le mariage Katchin (Birmanie), décrit longuement les divers cadeaux que le mari doit verser afin „d'acquérir“ sa future épouse, or cette dernière n'intègre pas totalement le clan de son mari<sup>59</sup>. Nous serions donc en présence d'une série de compensations complexes: compensation de la capacité de reproduction de la femme au profit d'un groupe d'origine, compensation de l'entretien de la femme par le groupe incorporant la femme, etc.

Il n'en demeure pas moins que le concept „d'achat/vente“ demeure vivace et est utilisé bien souvent par celles mêmes qui en sont victimes. „Mon père m'a vendue quatre fois“<sup>60</sup>. Si l'on rejette la notion de vente, dans une acception juridique, l'explication ne saurait se présenter que sous la forme d'un épiphénomène. L'élément essentiel est celui de l'objectivation de la femme. Dans un processus matrimonial, la femme est l'objet dont on dispose, que l'on déplace d'un groupe vers un autre. La femme est objet parce que sa liberté de choix est pratiquement inexistante, ce n'est pas elle qui décide. Dès lors, si le processus inclut une série de prestations, la tentation est grande de les considérer comme un „prix“; prix qu'il faut payer pour accéder au sexe de la femme, aux enfants de la femme, à la possession de la femme, etc.<sup>61</sup>: la femme est vendue, la femme est donnée, la femme se donne; toujours l'homme prend. Dans un tel contexte il est aisé de comprendre que l'idée de vente se soit imposée. Pour les uns, elle traduit une situation non seulement inférieure, mais aussi une situation dans laquelle elles, les femmes, deviennent une marchandise, où elles perdent leur statut. Pour les autres, l'existence d'un mariage par achat constitue la marque d'un degré inférieur de culture, c'est toute la société qui est infériorisée, ce sont toutes les sociétés pratiquant le mariage consensuel qui sont valorisées. L'élément fondamental n'est donc pas l'acte juridique, le processus

<sup>58</sup>C. DIB-MAROUF, *Fonctions de la dot dans la cité algérienne. Le cas d'une ville moyenne: Tlemcen et son „Hawz“*, Alger, O.P.U., 1984: „Certaines personnes interrogées trouvent même que la dot reste généralement insuffisante par rapport aux tendances actuelles. L'argument à l'appui de cette thèse est que, en valeur, la dot fournie dans la plupart des cas ne couvre même pas les frais afférents au trousseau“ (*ibid.*, p. 150).

<sup>59</sup>„La femme reste donc toujours placée sous la protection de sa famille, et celle-ci peut à chaque instant la rappeler auprès d'elle...“ Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires*, *op.cit.*, p. 300.

<sup>60</sup>Propos tenu par une femme algérienne, infirmière, en 1971.

<sup>61</sup>Les explications avancées pour expliquer la raison d'être d'une „compensation“ dans la conclusion du mariage concernent en effet presque toutes l'accès au sexe de la femme, l'appropriation des enfants de la femme ou bien l'appropriation complète de la femme. Ainsi, dans le mariage Katchin: „...le prix de la fiancée est moins affecté aux droits sexuels... que de la perte définitive de la femme et de sa progéniture.“ (Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures*, *op. cit.*, p. 300.)

déterminant du statut féminin, mais bien le résultat du mariage: l'infériorisation de ce statut; en ce sens, la remarque de Gaius ou de Sidi Khallil prend tout son sens: le mariage aboutit au même résultat qu'une vente.

Reste donc le mariage consensuel. Pour les auteurs classiques, il s'agit du mariage fondé sur le seul échange des consentements<sup>62</sup>. Cette affirmation est considérée comme totalement erronée de nos jours. Le mariage par rapt, le mariage par achat (dans la mesure où ils existent) présupposent eux aussi des consentements. Quelle que soit la forme matrimoniale considérée, on rencontre toujours un échange de consentements familiaux, même dans les formes les plus strictes du mariage prescriptif. Tout mariage est donc consensuel. Pourquoi dès lors vouloir qualifier une espèce particulière de „mariage consensuel“, si ce n'est pour marquer la supériorité supposée d'une forme matrimoniale sur les autres? Ceci est d'autant plus vrai que la forme considérée comme supérieure est diamétralement opposée aux autres formes.

## II – Mariage occidental et mariage universel

Le mariage occidental, celui qui est le produit d'une longue évolution dite „romano-canonique“ est souvent présenté comme l'archétype universel matrimonial. C'est lui qui sert de point de référence à toutes les autres formes de mariage, il en est l'étalon: toute forme de mariage qui s'en rapproche, s'approche de la modernité et dont de la perfection, toute forme qui en diverge s'écarte de la modernité et donc témoigne de l'obscurantisme. Pourtant, toute tentative de filiation, de comparaison, de rapprochement entre le modèle romano-canonique<sup>63</sup> et les autres modèles matrimoniaux ne revêtirait aucune valeur intrinsèque. Le système romano-canonique présente au moins trois traits originaux par rapport à ce qui se rencontre dans les autres cultures de notre planète.

Le mariage romano-canonique est un mariage ponctuel; c'est un mariage monogamique et, enfin, c'est un mariage qui longtemps a été indissoluble. Si l'on considère les autres formes matrimoniales, celles qui concernent toutes les autres cultures de notre terre, elles présentent les caractères suivants: le mariage est un mariage par étapes, un mariage polygamique parfait ou imparfait et un mariage pouvant être dissous. Tels sont les trois points que nous allons reprendre ici.

<sup>62</sup>„C'est le consentement des époux qui fait le mariage et c'est aussi bien un contrat que nous reconnaissons dans toute convention ayant pour but de faire naître des obligations“ (M. DELMAS-MARTY et C. LABRUSSE-RJOU, *op.cit.*, p. 4.)

<sup>63</sup>Nous appelons modèle romano-canonique celui qui est le produit de la culture classique romaine et qui a été repris et modifié par le droit canonique. Il a trouvé sa forme d'expression parfaite dans l'Europe du XIX<sup>e</sup> siècle, il tend à s'atténuer de nos jours.



## Mariage ponctuel et mariage par étapes

La différence entre mariage par étapes et mariage ponctuel a été mise en évidence récemment<sup>64</sup>. Dans un mariage ponctuel il existe un instant idéal dans lequel le lien conjugal se forme instantanément. Avant cet instant il n'existait rien, après cet instant tout est créé. Le mariage prend instantanément sa forme définitive. A l'inverse, le mariage par étapes se forme progressivement, d'étapes en étapes il acquiert peu à peu ses contours définitifs<sup>65</sup>. Il est possible de dire que le mariage par étapes atteint sa perfection à l'instant qui précède sa disparition. Le mariage par étapes se présente comme le cours de la vie, il naît, il se développe, il meurt. Cette similitude entre le mariage et la vie explique peut-être pourquoi cette forme est la plus répandue, sans doute parce qu'elle est la plus naturelle. A l'inverse, le mariage ponctuel apparaît comme une exception.

Le mariage ponctuel a fait son apparition dans la Rome classique, lorsque le droit ne distingue plus que deux étapes dans la réalisation de l'union: les fiançailles, les *sponsalia*, et le *matrimonium*<sup>66</sup>. Lorsque les fiançailles ne produiront plus d'effet et que le *matrimonium* prendra naissance avec l'échange des consentements, alors le mariage ponctuel verra le jour. Mais il ne s'imposera pas encore de façon définitive<sup>67</sup>, le droit canon reviendra, malgré la théorie de P. Lombard<sup>68</sup>, au système du mariage par étapes, en distinguant entre le *matrimonium initiatum*, le *matrimonium ratum* et le *matrimonium consummatum*, autant d'étapes pour que le mariage soit parfait et donc indissoluble<sup>69</sup>. Ce n'est qu'à la fin de l'Ancien régime, et surtout sous la

<sup>64</sup>J. GAUDEMET, L'originalité des fiançailles romaines, Jura, 1955, p. 46 et s. Cet article a été repris dans J. GAUDEMET, *Sociétés et mariage*, Strasbourg, 1980, p. 15 et s. On notera au passage le titre de cet ouvrage: *Sociétés* (au pluriel) et *mariage* (au singulier) qui tend à accréditer l'existence d'une forme unique de mariage. Mais ce titre n'est pas de l'auteur. Cf. également: J. GAUDEMET, Originalité et destin du mariage romain, *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker*, T. 2, Milano, Giuffrè, 1954, p. 513 et s., article repris in *Sociétés et mariage*, p. 140 et s.

<sup>65</sup>Les différentes étapes sont en général les suivantes: l'accord des familles sur le projet matrimonial, la détermination puis le versement des dons nuptiaux, les festivités matrimoniales, la remise de l'épouse à son mari, la consommation du mariage, la naissance du premier enfant, la naissance du premier fils, etc. Ces étapes ne sont citées qu'à titre indicatif, aucune n'est considérée comme ayant une valeur supérieure à une autre; nous sommes davantage en présence d'un *continuum* que d'une série d'étapes juridiquement différenciées.

<sup>66</sup>J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 144 et s.; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, 1987, p. 27.

<sup>67</sup>J. GAUDEMET, *Originalité et destin, op. cit.*, p. 153 et s.

<sup>68</sup>P. PETOT, *Histoire du droit privé français, La famille*, Paris, Loysel, 1992, p. 247 et s.

<sup>69</sup>P. PETOT, *op. cit.*, p. 249 et s.; J. GAUDEMET, *Originalité et destin, op. cit.*, p. 173 et s.; cf. également: J. GAUDEMET, Les étapes de la conclusion du lien matrimonial chez Gratien et ses commentateurs, *Sociétés et mariage, op. cit.*, p. 379 et s.

Révolution, que le mariage ponctuel s'imposera définitivement<sup>70</sup>. Tout ce cheminement est trop bien connu pour que nous nous y attardions, en revanche il convient de s'arrêter quelques instants sur les différences engendrées par l'un et l'autre système.

Il ne faudrait pas croire que la distinction entre mariage ponctuel et mariage par étapes soit purement académique. Deux conceptions anthropologiques différentes se cachent derrière ces termes. Ainsi, dans le cadre d'un mariage par étapes, le lien matrimonial peut-il être tissé avant même que les deux futurs conjoints soient conçus: „mon premier fils épousera ta première fille“. Il ne s'agit pas là d'une simple promesse sociale entre „copains de régiment“ et dépourvue de toute valeur juridique, il suffit de songer à certaines formes de mariages prescriptifs, en particulier au mariage entre „cousins croisés“, pour en saisir la pleine réalité<sup>71</sup>; la présence d'un seul „cousin croisé“ va rendre l'union obligatoire. Ainsi, le rôle des consentements se trouve-t-il minoré.

Allant plus loin, il nous faut relever le fait que le mariage ponctuel nécessite la détermination d'un instant idéal, celui qui voit le mariage se créer „instantanément“. La nécessité absolue de cet instant idéal engendre l'obligation d'une majorité matrimoniale, c'est-à-dire un âge à partir duquel les deux époux seront considérés comme aptes à effectuer tous les actes de la vie conjugale et familiale. A l'inverse cette majorité n'a pas lieu d'être dans un mariage par étapes puisque le passage d'une étape à une autre étape est conditionné par l'aptitude à accomplir progressivement les divers actes de la vie matrimoniale.

Enfin, et ce n'est pas là la moindre des différences, le mariage ponctuel acquiert sa perfection, son caractère idéal à l'instant même de sa formation; à l'inverse, le mariage par étapes tend vers la perfection et peut-être ne l'atteint-il jamais. En conséquence, le mariage ponctuel a pour conséquence de postuler l'unité matrimoniale: il n'y a qu'une seule forme de mariage, à l'inverse, le mariage par étapes tend vers la différenciation des mariages: il pourrait y avoir autant de formes de mariages qu'il y a d'unions. En dernier lieu, on doit s'interroger sur le point de savoir si l'émergence de la notion de cellule conjugale, de l'idée de couple, ne doit pas être liée au caractère instantané du mariage. En effet, en acquérant immédiatement son caractère parfait, il met en évidence les éléments constitutifs de cette perfection, c'est-à-dire le couple. Alors que le mariage par étapes demeure toujours imparfait, inaccompli et de ce fait ses éléments constitutifs ne sont pas le couple, mais l'environnement du couple: la grande famille.

<sup>70</sup>Le retour au mariage ponctuel est lié à la publicité du mariage et, surtout, à l'obligation de faire célébrer le mariage devant ou par un personnage, curé ou maire, officiel. Le moment de la célébration, celui où s'échangent les consentements, devient l'instant où le mariage s'accomplit instantanément. Cf. M. GARAUDE et R. SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, Paris, P.U.F., 1978, p. 39 et s.

<sup>71</sup>Cf. Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté, op. cit.*, p. 139 et s., et 505 et s.

## Mariage monogamique et mariage polygamique<sup>72</sup>

Une première constatation se présente immédiatement: la notion de monogamie apparaît dans le droit romain; elle est reprise par l'église chrétienne et s'impose dans le droit occidental classique. Toutes les autres sociétés, à notre connaissance, sont, au sens large, polygamiques. Ainsi, contrairement à l'opinion répandue dans et par l'idéologie occidentale, la monogamie constitue une exception dans le système matrimonial universel; elle ne doit pas être considérée comme un progrès par rapport à la polygamie, en ce sens elle ne correspond pas à une évolution normale et améliorée, à la *progression*, du mariage polygamique, mais elle doit être analysée comme un accident qui engendre une nouvelle forme de mariage et de famille<sup>73</sup>. En effet, seul le mariage monogamique peut donner naissance à la famille nucléaire, partie intégrante de la famille patriarcale ou nouvelle famille ayant supplanté la famille patriarcale. Rien de semblable ne peut advenir dans la famille polygamique qui demeure étroitement attachée au modèle familial originel.

En second lieu il importe de relever une confusion de terminologie, tellement répandue chez les juristes, que l'on se doit de douter de son innocence. Pour les juristes, la polygamie se confondrait avec la seule hypothèse d'une famille constituée par un époux et plusieurs épouses<sup>74</sup>. Cette conception procéderait du fait qu'il n'existerait pas, si ce n'est sous une forme mythologique, de familles constituées par une seule épouse et plusieurs époux<sup>75</sup>. Cette confusion aboutit non seulement à opposer la

<sup>72</sup>La bibliographie relative à la polygamie est beaucoup trop importante pour que nous la citions ici, nous nous contenterons de renvoyer à l'un des derniers ouvrages publiés: B. BOURDELOIE, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly éditions, 1993. Une abondante bibliographie juridique est fournie par l'auteur aux pages 362 et s.

<sup>73</sup>Ceci explique que là où le colonisateur religieux (missionnaire) ou économique a tenté d'introduire la monogamie, en Afrique par exemple, et d'en imposer le principe dans les codifications, nous assistons à un échec de ces tentatives. Il suffit de songer à la pratique du „deuxième bureau“, qui fleurit dans de nombreux pays africains; l'expression „deuxième bureau“ désigne la seconde épouse telle qu'elle réapparaît dans le droit coutumier de certains pays africains qui interdisent la polygamie dans leurs codifications officielles. En effet la monogamie ne peut se développer que dans un type bien déterminé de mariage qui n'a aucun rapport, si ce n'est celui de la terminologie, avec le mariage tel qu'il existe ailleurs. Il conviendrait de tenir également compte de divers paramètres économiques.

<sup>74</sup>Cf. M. BLOCK, *Dictionnaire général de la politique*, Paris, O. Lorenz, 1874, T.2, p. 264: „...l'union d'un homme avec plusieurs femmes, c'est la polygamie... l'union d'une femme avec plusieurs hommes, c'est la polyandrie...“. Cet auteur, qui admet l'existence de la polyandrie, nous livre une des clés de l'opposition idéologique entre monogamie et polygamie, il s'agit d'une question, de race et de degré de civilisation: „Faut-il faire de la polygamie et de la monogamie une question de race? Nous serions enclins à le croire... La monogamie... est le seul système de mariage autorisé dans tous les peuples d'Europe, sauf la Turquie, et chez tous les peuples civilisés de l'Amérique...“ (*Ibid.*, p. 265.).

<sup>75</sup>Sous l'influence des idées féministes, cette démarche a évolué au cours des dernières décennies. De plus en plus, même si toutes les conséquences n'en sont pas tirées, on considère que le mot „polygamie“ est un terme générique qui englobe à la fois la polyandrie et la polygamie. Cf. *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, op. cit., p. 446. et *Histoire de la famille*, Paris, A.

monogamie (régime parfait) à la polygamie (régime arriéré), mais également la polygamie à la polyandrie (régime quasi-inéxistant, voire purement mythologique)<sup>76</sup>. Il importe de dire que la polygamie est un terme générique qui englobe la polygamie et la polyandrie. Ceci est d'autant plus important que nous sommes placés devant des affirmations plus que tendancieuses. La plus répandue réside dans la constatation que le monde islamique, voire la religion israélite, connaissent la polygamie. Qui oserait soutenir le contraire? Or, dire que le monde musulman connaît la polygamie est une erreur; le monde musulman, comme la religion israélite ne connaît qu'une forme imparfaite de polygamie ramenée à la seule polygamie, l'un et l'autre interdisent la polyandrie et, de ce fait, rejettent la polygamie. En effet un système polygamique est un système dans lequel un homme peut épouser plusieurs femmes et une femme peut épouser plusieurs hommes. Jamais une femme musulmane, une femme juive ne pourront épouser plusieurs maris cumulativement, il ne s'agit donc pas de systèmes matrimoniaux parfaitement polygamiques, mais de régimes simplement polygamiques.

Il reste à s'interroger sur la raison pour laquelle cette confusion entre polygamie et polygamie a été pérennisée. Très vraisemblablement elle traduit une convergence d'intérêt entre ce que nous pouvons appeler les régimes monogamiques et les régimes polygamiques. Pour les premiers il n'existe que deux formes matrimoniales: une forme égalitaire: la monogamie qui place l'époux et l'épouse sur un même plan en ce sens que chacun ne peut être marié simultanément qu'à un seul conjoint, et une forme inégalitaire: la polygamie (c'est-à-dire la polygamie) qui introduit une inégalité au détriment de l'épouse. L'égalitarisme étant le régime idéal, il convient d'éradiquer la polygamie (lire la polygamie) et introduire partout la monogamie. Pour les seconds aussi, il n'existe que deux formes d'unions – nous verrons plus loin qu'en réalité il n'en existe qu'une seule – la monogamie et la polygamie (de nouveau il faut être conscient que ce terme est utilisé à la place de polygamie), ces deux formes ont une justification culturelle et religieuse et ne sauraient être remises en cause. Or, dans l'un et l'autre cas, si au lieu d'utiliser le terme générique polygamie, on utilisait celui de polygamie, il est bien évident que les jugements de valeur induits par le binôme monogamie/polygamie pourraient être reconsidérés, à savoir que l'égalitarisme ne reposerait pas uniquement sur la monogamie, mais également sur une réelle polygamie incluant simultanément la polygamie et la polyandrie. Mais il est bien évident que cette question de l'égalité par la polygamie ne doit pas être posée.

Pour clore cette réflexion sur la polygamie, il convient d'ajouter deux remarques qui ont été soulevées ces dernières années.

Colin, 1986, T.1., p. 631.

<sup>76</sup>Cf. *supra*, n. 74.

La première concerne ce qu'il est convenu d'appeler la polygamie virtuelle<sup>77</sup>. Les termes du problème peuvent se résumer dans la question suivante: à partir de combien d'unions devient-on polygame? Dans une conception occidentale, il est possible de répondre très simplement à partir de la seconde union; nous pouvons en déduire que le monde occidental admet trois situations: le célibat, la monogamie et la polygamie (statut interdit). Dans une société polygame la réponse sera différente car la polygamie est admise dès la première union, la notion de monogamie n'engendrant pas d'effets particuliers; de fait une société polygame ne connaît que deux situations: le célibat et l'état matrimonial lequel peut indifféremment être monogame ou polygame<sup>78</sup>; la monogamie n'est qu'un cas particulier de la polygamie. D'une manière plus juridique, il est possible de dire qu'il existe des situations légales: le célibat et le mariage et des situations illégales: la polygamie dans les sociétés exclusivement monogames. C'est la raison pour laquelle il est possible de parler de polygamie virtuelle.

Nous n'abordons pas cette notion de polygamie virtuelle par simple délectation intellectuelle<sup>79</sup>, au contraire, il convient d'en mesurer la portée culturelle et psychologique. Bien souvent nous lisons que telle société polygame pourrait aisément passer d'un régime de polygynie à un régime de monogamie au prétexte que les unions „réellement“ polygyniques seraient infimes. C'est oublier la dimension culturelle, à savoir que l'union est polygynique dès la première conclusion. Toutes proportions gardées, c'est comme si on voulait réintroduire la polygamie dans le monde occidental en alléguant la multiplicité des divorces fondés sur la volonté d'officialiser une liaison.

Ceci nous conduit à la dernière remarque, à savoir la distinction entre la polygamie cumulative et la polygamie successive. Cette distinction a été introduite au Moyen Âge dans le cadre des discussions casuistiques sur la monogamie. Celle-ci doit-elle s'entendre de l'interdiction d'épouser un second conjoint<sup>80</sup> alors que la première union n'est pas encore dissoute (interdiction de la polygamie cumulative), ou bien de l'interdiction d'épouser plus d'un seul conjoint dans son existence (interdiction de la polygamie successive)? Nous savons que le droit canon optera pour des raisons de pur réalisme en faveur de l'interdiction de la seule polygamie cumulative, cependant, la défaveur qui s'attache aux secondes noces témoigne du fait que

<sup>77</sup>Sur la notion de polygamie virtuelle cf. B. BOURDELOIE, *op.cit.*, p. 43 et s. Nous ne reviendrons pas sur le fait qu'il conviendrait le plus, souvent de parler de „polygynie virtuelle“.

<sup>78</sup>Il convient cependant d'introduire une nuance pour le droit musulman qui connaît un empêchement de mariage fondé sur la tétragynie. Dans ces conditions le droit musulman dominant connaît ainsi trois situations: le célibat, l'état matrimonial permis, l'état matrimonial interdit (au delà de quatre épouses cumulatives).

<sup>79</sup>La jurisprudence anglaise a su faire des applications très précises de cette notion de polygamie virtuelle en décidant que tout mariage contracté selon les formes d'une législation polygamique était polygamique (Cf. B. BOURDELOIE, *op.cit.*, p. 45 et s.).

<sup>80</sup>Dans l'hypothèse d'une interdiction il n'y a pas lieu de distinguer entre polygynie et polyandrie, l'interdiction concerne tout autant l'une que l'autre.

les autorités ecclésiastiques n'auraient pas été idéologiquement hostiles à une prohibition de toute forme de polygynie<sup>81</sup>. Un argument fréquemment utilisé par les défenseurs de la polygynie consiste à faire remarquer que la polygynie est peut-être économiquement moins cruelle que la polygamie successive! Le mari polygynique qui souhaite vivre avec une seconde (une troisième etc.) épouse peut le faire tout en continuant à pourvoir à l'entretien de sa (ses) précédente(s) épouse(s), alors que le mari monogame se débarrasse par le divorce de son actuelle épouse afin d'en épouser une nouvelle sans se soucier de son sort. Cette vision est certainement quelque peu schématique, elle n'en est pas totalement fautive pour autant.

## Mariage indissoluble et mariage dissoluble

L'indissolubilité du mariage a toujours été considérée comme la grande originalité du mariage canonique<sup>82</sup>. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle le mariage est éternel est antérieure à la doctrine chrétienne, il suffit de songer à la célèbre définition de Modestin: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*<sup>83</sup>. Certes, dans une société où il est loisible de dire que les femmes ne désignent pas les années par le nom du consul en exercice mais par ceux de leurs maris successifs<sup>84</sup>, la proclamation d'un *consortium omnis vitae* prête à sourire. Il n'en demeure pas moins que le maintien de l'indissolubilité du lien matrimonial durant plus d'un demi-millénaire marquera fortement les mentalités occidentales, ne serait-ce qu'en renforçant l'émergence de la notion de couple conjugal<sup>85</sup>. Ce faisant, le mariage occidental s'est davantage encore écarté du modèle universel et rend toute concordance impossible; lorsque l'on parle de mariage ce n'est pas le même acte qui est évoqué suivant que l'on se place en Occident ou dans le reste du monde. Il reste à constater que la réintroduction généralisée du divorce dans toutes les sociétés occidentales à partir du XIX<sup>e</sup> siècle consacre l'échec de ce modèle de société conjugale.

<sup>81</sup>Cf. G. LEPOINTE, *La famille dans l'ancien droit*, Paris, Montchrestien, 1956, p. 155 et s. et J. GAUDEMET, *Le mariage, op. cit.*, p. 264 et s.

<sup>82</sup>Cf. Sur l'indissolubilité du mariage cf. J. GAUDEMET, L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire, *Sociétés et mariage, op. cit.*, p. 230 et s.; J. GAUDEMET, *Le mariage, op. cit.*, p. 70 et s.; p. 119 et s.; p. 240 et s.; P. PETOT, *La famille, op. cit.*, p. 149 et s.; p. 193 et s.; p. 270 et s.

<sup>83</sup>Digeste 23.2.1.

<sup>84</sup>Cette remarque aigre-douce est de Sénèque, cf. P. PETOT, *La famille, op. cit.*, p. 114.

<sup>85</sup>Il est possible de citer d'autres conséquences. Ainsi, le mariage étant indissoluble, le législateur canonique et le juge religieux ont été conduits à multiplier les causes de nullité qui apparaissent alors comme un médiocre remède à la rigueur de l'indissolubilité. Mais la nullité du mariage engendre des situations qui peuvent se révéler difficiles à assumer, notamment lorsque l'union a duré plusieurs années et que des enfants en sont nés, aussi a-t-il fallu inventer des palliatifs tel la notion de mariage putatif qui constitue une autre originalité du droit matrimonial occidental. (Cf. P. PETOT, *op.cit.*, p. 343 et s.).

Mais, beaucoup plus qu'à l'indissolubilité du lien matrimonial, c'est à sa rupture que nous entendons consacrer quelques développements.

En premier lieu il importe de s'attacher à certaines considérations de terminologie, en particulier à la distinction entre divorce et répudiation. Ces deux termes nous ont été légués par les juristes romains qui les ont utilisés sans grande rigueur<sup>86</sup>, les confondant souvent l'un avec l'autre. Aussi, proposons-nous l'utilisation suivante: le mot répudiation doit désigner la rupture du lien conjugal par simple volonté privée des familles, voire des intéressés: „je répudie mon mari“, „je répudie mon épouse“. A l'inverse, le mot divorce doit être réservé aux cas de rupture du lien conjugal qui procèdent d'une intervention de la puissance publique sous quelque forme que ce soit: „le juge a prononcé le divorce“.

Si l'on interroge l'histoire méditerranéenne, il est possible de constater que la répudiation est largement répandue et que le divorce fait son apparition beaucoup plus tardivement et, semble-t-il, au profit des femmes.

Un exemple fameux nous est fourni par le droit hébraïque. Selon ce dernier, seul le mari possède le droit de mettre un terme à l'union en adressant un écrit, la lettre de gueth, à son épouse. Vers la fin de la période hébraïque l'épouse se verra reconnaître la possibilité, lorsque la vie conjugale devient insupportable, de saisir le juge pour lui demander de mettre fin à son union. Si ce dernier estime que la demande de l'épouse est raisonnable, il ordonnera alors au mari d'envoyer la lettre de gueth à son épouse<sup>87</sup>. L'exemple hébreux est intéressant en ce sens qu'il rend compte d'une évolution incomplète: la répudiation existe au seul profit de l'époux; le divorce fait un début d'apparition puisque l'épouse peut s'adresser à une autorité publique, mais cette dernière ne s'estime pas habilitée à prononcer directement la rupture du lien conjugal, tout au plus pourra-t-elle contraindre le mari à ce faire<sup>88</sup>. Nous serions donc en quelque sorte à mi-chemin entre la répudiation et le divorce, et peut-être avons-nous, à travers l'exemple hébreux, un témoignage sur la manière dont le divorce s'est introduit dans le droit.

Le cheminement serait alors le suivant: au départ la possibilité de mettre un terme à l'union n'appartiendrait qu'au seul mari (répudiation), puis la Cité ferait son intrusion en contraignant le mari à répudier son épouse, enfin l'État supplanterait l'initiative privée en s'arrogeant le droit de pouvoir prononcer la dissolution d'une union (divorce), et suivant le degré d'évolution des sociétés, soit l'État pourrait seul

<sup>86</sup>Cf. J. GAUDEMET, *Le mariage, op. cit.*, p. 40 et s.

<sup>87</sup>Cf. C. BONTEMS, Un mal séculaire: la lettre de gueth, *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à J. Imbert*, Paris, P.U.F., 1991, p. 73 et s.

<sup>88</sup>Cette situation s'est maintenue, après l'effondrement de la société hébraïque, au sein des collectivités religieuses israélites. Ainsi, en Afrique du Nord et plus particulièrement en Tunisie, les rabbins ont hérité des prérogatives des juges et usèrent de moyens de coercition pour convaincre les maris d'envoyer à leur épouse la lettre de gueth: „Ainsi, si le mari résistait, ils (les rabbins) armaient leurs huissiers „d'une bonne trique“ et ceux-ci „couraient sus au mari têtue“. Force restant ainsi à la justice“ (S. TIBI, *Le statut personnel des israélites et plus spécialement des israélites tunisiens*, Tunis, 1922, T.3., p. 83).

prononcer la dissolution des unions, soit il y aurait coexistence du divorce et de la répudiation. Ce schéma laisse cependant quelque peu sceptique.

En effet, dans la représentation que nous qualifierions de populaire si elle n'était pas le fait de quelques „spécialistes“, la répudiation est présentée comme l'acte par excellence arbitraire du mari à l'égard de son épouse. Rien dans l'étude des civilisations anciennes ne permet d'étayer cette affirmation. La répudiation, comme le mariage doit être considérée comme une affaire de familles. Le mariage a pour finalité de tisser des liens très étroits, des alliances, entre des groupes différents. Dans une telle conception, il est impossible que ce qui est le produit d'une diplomatie de tout le groupe et certainement pas du seul mari, puisse être rompu par l'effet du seul arbitraire de ce même mari. Si une rupture doit intervenir, elle ne saurait procéder que de la volonté du groupe. Loin d'être arbitraire, la répudiation, sous sa forme première, procède bien au contraire d'une volonté dictée par des considérations politiques ou économiques, et l'on peut se demander si, sous cette même forme, la répudiation n'a pas été parfois davantage le fait de la famille de l'épouse que de celle de l'époux<sup>89</sup>? Deux témoignages anciens conforteraient cette théorie. Nous pouvons citer le droit pour le père grec de reprendre sa fille déjà mariée, soit de façon générale, ou bien dans une hypothèse très particulière: l'*épiciérat*<sup>90</sup>. La possibilité de mettre fin à l'union de sa fille par le *pater familias* existe également en droit romain où cette pratique aurait été prohibée par des constitutions du II<sup>e</sup> siècle attribuées à Antonin et Marc Aurèle<sup>91</sup>; la prohibition prouvant l'existence antérieure de la pratique.

Ces témoignages appellent plusieurs réflexions; ici encore le rôle du père ne doit pas être considéré comme l'expression d'une volonté individuelle, mais bien plus comme la volonté du groupe exprimée par son porte parole institutionnel, par ailleurs, la rupture, ici, n'est pas le fait du mari, mais celui de la famille de la jeune fille, il ne saurait donc s'agir d'une manifestation arbitraire ou capricieuse, mais d'une décision mûrement réfléchie en raison de ses conséquences, puisqu'elle aboutit à la rupture d'une alliance et à la création d'une nouvelle. Ce qui est valable pour l'épouse l'est tout pour le mari, on voit mal comment la concertation familiale constatée au niveau

<sup>89</sup>C'est l'existence de la polygamie qui nous conduit à nous interroger sur cette éventualité. En effet, la polygamie permet au mari de nouer de multiples alliances, en revanche l'épouse monoandre ne permet pas d'aboutir à ce résultat. Pour nouer une alliance supérieure à celle qui découle de l'actuelle union, du côté du mari il suffit de contracter un nouveau mariage, alors que du côté de l'épouse il faut d'abord rompre la première union pour pouvoir en contracter une nouvelle.

<sup>90</sup>Sur la condition de la femme grecque dans l'antiquité, cf. Cl. MOSSÉ, *La femme dans la Grèce antique*, Paris, éd. Complexe, 1991, ainsi que la bibliographie citée p. 179 et s. Quant aux droits du père sur sa fille mariée cf. également: A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens. The Family and Property*, Oxford, 1968, p. 30 et s. et G. SISSA, La famille dans la cité grecque (V<sup>e</sup>-IV<sup>e</sup> siècle av. J.C.), *Histoire de la Famille, op. cit.*, p. 190; Cl. LEDUC, Comment la donner en mariage? La mariée en pays grec (IX<sup>e</sup>-IV<sup>e</sup> s. av. J.C.), *Histoire des femmes*, T.1, Paris, Plon, 1991, p. 297 et s.

<sup>91</sup>L'abrogation est attribuée par l'auteur des *Sententiae Pauli* à Antonin, et par Dioclétien à Marc Aurèle. Sur l'ensemble de la question, cf. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, p. 177 et n. 4.

des alliances nouées par les femmes, n'existerait pas corrélativement au niveau des maris. La diplomatie conjugale procédant des mariages impliquant les femmes n'est ni plus, ni moins importante que celle qui implique les hommes. Il en résulte que la répudiation d'une épouse constitue une affaire familiale tout aussi importante que la reprise d'une femme, en conséquence elle ne sera pas laissée à la seule discrétion du mari.

En revanche, lorsque le groupe familiale se désintègre, que la famille de type clanique éclate en familles nucléaires, alors la répudiation peut prendre une toute autre signification, car la conclusion et la dissolution du mariage échappent de plus en plus au contrôle d'une famille large, au niveau de laquelle il n'existe plus d'autorité reconnue, pour ne relever que de la seule décision, et donc du seul arbitraire du mari.

Ainsi sur trois points, à notre avis fondamentaux, le système matrimonial romano-canonique, diffère totalement de ce que nous avons appelé le système universel. A plusieurs reprises nous avons été conduit à constater que ces divergences avaient abouti à l'émergence d'une entité nouvelle: la notion de couple, c'est à dire l'existence d'une cellule consacrée par le droit et se composant des deux époux, cellule qui peut s'élargir aux enfants, puis en cercles de plus en plus larges, à l'ensemble des parents limités cependant à un degré qui a pu varier fortement<sup>92</sup>. Il est bien évident que l'émergence de la notion de couple est étroitement liée à la monogamie et à l'indissolubilité, mais il est possible d'ajouter que l'apparition du mariage ponctuel a également favorisé la notion de couple en introduisant un moment précis à partir duquel le couple acquiert sa réalité juridique. Ainsi, les originalités du droit familial romano-canonique aboutissent à la création d'un mariage qui n'a aucun rapport avec le système universel, ceci peut se révéler lourd de conséquences à un double point de vue.

En premier lieu, dans le système romano-canonique, la cellule fondamentale est le couple, c'est à partir de ce dernier que l'on remonte vers les différents cercles familiaux de plus en plus élargis. En revanche, dans le système universel, le point de départ se confond avec le point d'aboutissement: la famille; il n'y a pas de place pour le couple<sup>93</sup>. Cette différence va se manifester dans le domaine de l'exogamie. Nous n'entendons pas ici exposer les concepts bien connus d'endogamie, d'exogamie

<sup>92</sup>Le droit canonique a introduit une interdiction de mariage fondée sur la parenté jusqu'au 7<sup>e</sup> degré canonique (ce qui peut correspondre au 14<sup>e</sup> degré civil). L'actuel Code civil français semble limiter le cercle familial le plus étendu au 12<sup>e</sup> degré civil (il s'agit d'une hypothèse rare dans laquelle le défunt n'était pas capable de tester au moment de son décès, sinon le Code Civil limite la capacité successorale au 6<sup>e</sup> degré civil) puisqu'au delà il n'existe plus de droit successoral entre parents (Cf. art. 755 du C.C.). Cf. P. PETOT, *Le droit familial, op. cit.*, p. 263 et s.

<sup>93</sup>Ainsi, il faut se méfier de certaines constructions bâtarde construites à la fois sur le modèle romano-canonique et sur le modèle universel. Ainsi en est-il de ce que l'on a coutume d'appeler la segmentarité dans la solidarité familiale. Le point de départ ne peut être que la famille, il n'existe pas de crans inférieurs (ex.: moi, moi et mon frère, moi, mon frère et toute la famille proche. Ces trois niveaux n'ont aucune signification car ils n'existent pas dans la société universelle, s'ils sont mentionnés c'est à la suite d'une acculturation).

et d'inceste. Nous nous bornerons à trois remarques de détail dont la dernière est en liaison directe avec la notion de couple. En premier lieu il importe de garder présent à l'esprit que les notions d'endogamie et d'exogamie sont des notions relatives, une union est endogamique ou exogamique par rapport à un critère externe et si l'on se réfère à plusieurs critères à la fois une union peut être simultanément exogamique et endogamique<sup>94</sup>, ainsi le mariage musulman interdit le mariage entre proches parents ce qui correspond à l'exogamie, mais prohibe le mariage de la musulmane avec un non-musulman ce qui est une application de l'endogamie. En second lieu, la forme particulière d'exogamie que nous appelons inceste et qui, de nos jours, se justifie par des considérations biologiques, a préexisté aux connaissances scientifiques qui la fondent<sup>95</sup>, très vraisemblablement les notions d'échanges et d'équilibre ont été les vrais déterminants<sup>96</sup>. Enfin, on peut se demander si ce qu'il est convenu d'appeler de nos jours les „mariages mixtes“<sup>97</sup> ne constitue pas une forme d'unions enfreignant une ancienne disposition endogamique tombée dans l'oubli. En d'autres termes, les unions anciennes ont toutes obéi à des impératifs d'exogamie et d'endogamie: l'interdiction de se marier dans un cercle proche, l'obligation de se marier dans un cercle plus éloigné et, de nouveau, l'interdiction de se marier dans des cercles davantage éloignés. Ultérieurement les interdictions primitives ont disparu. Celles qui étaient relatives à l'exogamie ont été remplacées par de nouvelles règles que nous appelons des empêchements matrimoniaux (parenté par le sang, parenté par l'alliance, parenté par le lait etc.). Celles qui étaient relatives à l'endogamie ont presque totalement disparu<sup>98</sup>. Il n'en demeure pas moins que les unions pendant un temps fort long, jusqu'à ces dernières années pourrait-on dire, se sont réalisées dans un cercle limité de protagonistes; cette pratique n'a pu qu'engendrer des traditions culturelles communes, le mariage mixte est celui qui, maintenant, se réalise au delà du cercle dans lequel il était procédé jadis aux échanges matrimoniaux. Or, et ici nous en revenons à l'idée de couple, c'est dans la sphère matrimoniale romano-canonique que s'est développée et que le droit et la culture ont consacré la notion particulière de couple. Ailleurs, il se peut que des couples, au sens romano-canonique, fassent leur

<sup>94</sup>„Toute société, envisagée de ce dernier point de vue, est à la fois exogame et endogame“ Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires, op. cit.*, p. 53.

<sup>95</sup>*Ibid.*, p. 14 et s.

<sup>96</sup>*Ibid.*, p. 49 et s.

<sup>97</sup>La bibliographie relative aux mariages mixtes est particulièrement abondante, nous nous contenterons de renvoyer à l'un des derniers ouvrages parus sur cette question, non seulement en raison de son intérêt, mais aussi à cause de l'ample bibliographie qu'il propose: A. BARBARA, *Les couples mixtes*, Paris, Bayard édit., 1993.

<sup>98</sup>Il en subsiste cependant des traces. Certaines reposent sur des règles religieuses: l'interdiction d'épouser un non-musulman pour la musulmane, un païen en droit canonique, d'autres sur des considérations nationalistes: l'interdiction d'épouser sans autorisation un étranger, l'actuelle défiance de certains gouvernements envers des mariages soupçonnés d'être de pure complaisance, et de n'avoir pour seul but que l'obtention d'une nouvelle nationalité, voire, plus prosaïquement, l'obtention d'un permis de travail, en sont une manifestation, sinon une résurgence en des périodes de crise économique se traduisant par des réflexes protectionnistes.

apparition, mais le terreau social est indifférent à leur développement. Il ne s'agit donc pas d'une institution apte à s'enraciner dans les mœurs, bien souvent nous serons en présence d'une tentative de mimétisme, d'imitation de la société occidentale. Ceci explique peut-être les difficultés rencontrées par les partenaires d'un mariage mixte<sup>99</sup>. Croire que la réunion de deux personnes engendre un couple, croire que l'on peut utiliser uniformément le mot de couple constituent autant d'erreurs.

Pour poursuivre ce propos et le conclure tout à la fois, nous pouvons faire remarquer une erreur de démarche qui se pérennise. Nous pensons avoir montré que le mot mariage recouvre des réalités différentes pour ne pas dire divergentes entre la société occidentale et les autres sociétés. Il désigne des systèmes qui n'ont de commun que leur finalité: la procréation. Or l'étude des autres s'est trop souvent faite sans tenir compte de cette évidence, fréquemment, pour ne pas dire presque toujours, l'analyse des structures matrimoniales d'autrui a été conduite comme si ces structures étaient identiques à celles de l'observateur ou tendaient vers un modèle indifférencié, celui de l'observateur. Ainsi a-t-on pu voir la notion de fiançailles fleurir là où elle n'avait aucune raison d'être, à un point tel que les intéressés eux-mêmes ont fini par être persuadés qu'ils avaient toujours vécu dans un système de mariage ponctuel<sup>100</sup>. Cette erreur de démarche n'engendre pas seulement des conséquences sur le plan de la recherche scientifique, elle en engendre de beaucoup plus déplorables dans le domaine de la compréhension et de la démarche sociale en accreditant l'idée selon laquelle il serait possible de faire converger tous les systèmes matrimoniaux vers un système unique, considéré comme supérieur, celui du monde occidental.

\* \* \*

## S U M M A R Y

### Manželské banality

Samotným názvem své přednášky dává prof. Bontems posluchači příležitost nejen seznámit se s obecným zaměřením svých úvah, nýbrž i nahlédnout do vnitřní rozpornosti a vývojových tendencí, s nimiž se dnes setkáváme u pojetí institutu manželství (sám autor poukazuje na dva významy slova „banalités“: jednak ve smyslu všednosti, jednak jako odvozeniny od francouzského výrazu „ban“, tj. donucovací

<sup>99</sup>Nous utilisons l'expression de „mariage mixte“, car il nous semble que celle de „couple mixte“ est trompeuse. En effet, bien souvent, le „couple“ mixte sera constitué de deux partenaires dont l'un relève d'une culture qui ignore l'institution du couple. Vivre en couple n'est pas une seule question de volonté ou de désir, il y entre une part d'éducation et de culture.

<sup>100</sup>A titre d'exemple nous citerons les pays maghrébins qui se sont tous doté d'un code de la famille ou code du statut personnel dont la version française porte une rubrique relative aux „fiançailles“. Lorsque l'on sait que par ailleurs ces mêmes pays entendent rester fidèles aux traditions islamiques dans ce domaine, on peut mesurer l'ampleur de l'acculturation engendrée par la colonisation.

moci).

V úvodní části se autor zabývá samotným pojmem manželství (mariage). Zdůrazňuje v první řadě, že tento termín není tradičně přesně definován, protože mu každý rozumí jako nejstaršímu obyčejí lidstva a stavu většiny dospělých osob. To ovšem vyplývá spíše z ideologického přání než z přísně sociologického zjištění, které autor upřednostňuje. Navíc je ve Francii tento termín užíván současně jako konstitutivní akt mezi snoubenci a jako manželský stav v jeho trvání.

Některé formy manželství by ovšem vyvolaly překvapení právních sociologů, kteří by v nich jen obtížně našli „nejstarší obyčej lidstva“. Autor uvádí jako první příklad jedno z manželství etiopského kmene Amhara, které je uzavíráno s kompenzací žen za služby, jež poskytuje manželovi. Nejedná se o jakousi domácí prostituci – tento svazek je totiž vybaven všemi atributy manželství včetně dědičného nástupnictví dětí z tohoto svazku zvojených. Mezi formami islámského manželství lze nalézt i manželství uzavřené na dobu určitou. Druhý příklad pochází od nigérijského kmene Kagoro. Mladá dívka je nejprve otcem provdána za jin vybraného muže, s nímž žije určitou dobu. Poté může být vdána dalším mužům na stejné období jako u prvního muže. Následně si sama může vybrat, u kterého z nich bude nadále žít. Manželka, která si vybrala manžela, není donucena přerušit dosavadní svazky a při výběru se již nový svatební obřad nekoná. Z hlediska západní mentality tento obyčej vyvolává pobouření z polyandrie; zatímco někteří tvrdí, že polyandrie je jen mýtus, tyto příklady z etnologie ukazují opak. Navíc každý manžel může mít i další manželky, a proto se tu vlastně setkáváme s dokonalou polygamií.

Příklady výše uváděné ukazují mimo jiné na tradičně pojmávanou hlavní funkci manželství: úlohu ženy jako rodičky a její druhou stránku – zajištění výživy manželky. To je ilustrováno zejména posledně uvedeným příkladem, kdy manžel, ke kterému se manželka vrátila, nemá žádný právní prostředek její návrat odmítnout.

Vidíme, že neexistuje jednotný model manželství, nýbrž různé modely, vyznačující se funkčními paralelami. Ať se jedná o uvedené africké příklady, západní model manželství či jiné, všechny jsou zaměřeny na jednu způsoblost ženy, a to na její produktivitu (plodnost). Tento dar přírody se při přenesení na úroveň sociální konstrukce stává funkcí; společnost se jejím prostřednictvím reprodukuje a rozvíjí.

Na druhé straně nutno zdůraznit, že žena je zbavena dvojí svobody: nejen že je nucena přivádět na svět děti, nýbrž často jsou jí vnuceny podmínky. Důsledně vzato, žena nemá žádné výlučné právo na své tělo. Společenská dráha ženy je určena již před jejím narozením. Její poslání k reprodukci vede k omezení jejích životních prostorů: sexuálního, ekonomického, společenského a kulturního.

Prospěch společnosti ze způsoblosti ženy rodit děti, reprodukce a plánování této způsoblosti dospívá k manželské reglementaci a k podrobení ženy. Manželství se stává formou zestátnění tvorby rodiny. (V tomto smyslu přívlastek „manželský“ představuje více to, co vyplývá z rodinného statutu, než co vyplývá ze sňatku stricto sensu.)

Uvedená snaha směřovat manželství a rodinu je v západním světě považována za důkaz „krize rodiny“. Počet svobodných vzrůstá, počet neformálních svazků rovněž. Ukazuje se snaha prezentovat volné svazky jako nový model, jako „odinstitutionalizované“ manželství. K tomu autor poznamenává, že manželství je základem; nemůže se stát nahodilým jevem. Nadto se manželství vyznačuje jedinečností. Z toho plyne, že volný svazek se může stát jen konjunkturální úchylkou, na jejímž základě by se rozvíjely manželské ctnosti.

U kořenů těchto úvah najdeme postulát, že manželství je nezměnitelné, že neexistují společenské formy bez manželství. Proto se autor v první řadě zaměřil na evoluci či neměnnost manželství (v textu část I). Z toho se odvíjí další otázka, totiž jaký je vztah mezi západní, římsko-kanonickou formou manželství a ostatními. Autor dochází k závěru, že západní manželství představuje pouhou mutaci univerzálního modelu a vykazuje některé naprosto neobvyklé znaky (část II). Proto mezi nimi nemůže existovat evoluční nadřazenost.

I. – Až do XIX. století se na Západě věřilo, že manželství je institucí stvořenou Bohem, a proto neměnnou. Tuto koncepci nabourali jako první etnologové, když začali rozlišovat tři základní fáze vývoje lidské společnosti: primitivní promiskuitu, matriarchát a patriarchát. V této evoluci se ženin prostor neustále zmenšoval, až dospěl k poslání ženy jako manželky jediného muže a matky v jediné rodině. Ženy se staly předmětem výměny mezi skupinami, proto ať už je koncepce jakákoliv, rodina a manželství si postupně vyžádaly zásah společnosti. Rodina představuje společenskou konstrukci a ne projev instinktu.

Naopak západní právníci, konzervativci tradicemi i výchovou, se vůbec nezabývali evolučnickými teoriemi manželství. Právníci jsou dotčeni existencí rodiny jen v míře její právní úpravy (státní reglementace), „anteetatické“ (předstátní) úvahy o rodině jsou jim cizí. Jejich snaha nezůstat mimo vývojový trend je nicméně vedla k úvahám vnitrorodinné povahy. Proto stáli u zrodu proslulé teze o postupném historickém vzniku manželství na základě fází únosu, koupě a konsensu. Toto prastaré schéma, mnohokrát kritizované, má stále své zastánce.

V nejschématičtější možné podobě jde o následující posloupnost: V původní archaické společnosti převládaly ve vztazích mezi skupinami prvky násilí. V tomto kontextu, pokud mělo být manželství uzavřeno s příslušnicí jiné skupiny, tak nebylo možno učinit jiným prostředkem než únosem. Později se z únosu zrodil požadavek vykoupení mladé dívky vůči příslušníkům její skupiny. Vývojem v dalších etapách tento proces vykrytalizoval do podoby koupě a prodeje. Tak cyklus, který započal únosem, končí v konsensualismu. Manželství je nyní zásadně založeno na vzájemném souhlasu.

Nicméně toto schéma vyvolává řadu otázek. Nejsou ony únosy Sabine, Heleny apod. jen legendární? Únos nevyvolává násilí na unesené, ale často jen na společenských tradicích. Manželství nelze připodobnit ke koupi a prodeji, protože muž k manželce nikdy nezískával onu klasickou obsahovou triádu vlastnického práva (usus, fructus, abusus). Co představuje cenu? Určujícím prvkem objektivace ženy

pak není právní akt koupě a prodeje, ale spíše výsledek manželství – snížení postavení ženy. Konečně všechny jmenované typy vzniku manželství jakýsi konsensus předpokládají.

II. – Samostatným úvahám o srovnání manželství západního typu a manželství „univerzálního“ se věnuje prof. Bontems ve druhé části. Polemizuje s pojetím západního, římsko-kanonického manželství, jímž se mají tendenci poměřovat ostatní typy manželství. Naopak, západní manželství vykazuje tři charakteristické rysy, odlišující jej od ostatních kultur naší planety.

V první řadě je to manželství přesně vymezené co do okamžiku vzniku, protože vzniká ve své definitivní podobě v jediném okamžiku, okamžiku uzavření manželství. I když kanonické právo stálo na jisté fázovitosti manželství, koncem XVIII. století zvítězila „okamžitá“ koncepce. Jinde se svazek vyvíjí po etapách, aniž závisí na způsobilosti jeho protagonistů manželství uzavřít – může být uzavřeno ještě před jejich narozením. Takové manželství k perfekci teprve směřuje a nemusí jí nikdy dosáhnout, zatímco manželství západního typu je perfektní už v okamžiku svého uzavření.

Druhý odlišující znak, vykazovaný západním manželstvím, spatřuje autor v jeho monogamické povaze, jež má původ v římském právu, zatímco lze říci, že obecně se pluralita partnerů připouští. Prof. Bontems poukazuje rovněž na tradiční omyly týkající se pojmů polygamie, polygynie a polyandrie a uvažuje o různých projevech těchto pluralitních forem.

Třetím, po dlouhou dobu význačným rysem západního manželství, byla jeho nerozlučitelnost, originalita kanonického práva. Více poznámek je ovšem v přednášce zasvěceno rozloučení manželství a rozdílu mezi rozvodem, kde zasahuje institucionální moc, a zapuzením.

Tak prof. Bontems dokazuje naprostou odlišnost modelu římsko-kanonického od univerzálního systému manželství. Navíc zatímco v systému římsko-kanonickém se za základní buňku považuje manželství, v ostatních systémech je jí rodina; manželství tu nemá svého místa. Formální svazek mezi mužem a ženou je akcentován právě v systému okamžitého, monogamního a nerozlučitého manželství.

Přednáška ústí do závěrečné teze založené na překonání tradičního omylu západních pozorovatelů, kteří porovnávají ostatní kulturní manželské systémy západním měřítkem. K problému je třeba přistupovat z opačné strany a překonat západní, úzce partikulární pohled na něj: univerzální model manželství, ke kterému má snahu směřovat vývoj, není západní model, nýbrž model ostatní kultury této planety. Jedním z hlavních důvodů pro tento závěr je nalezení smyslu všech manželských systémů, jímž je plození potomstva.