

LE STATUT JURIDIQUE DES POPULATIONS MARGINALISÉES

Le droit comme instrument de différenciation

Études de jeunes chercheurs coordonnées
par CLAIRE DE BLOIS et DAN MIMOUN



Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

5



“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

5

 **Université
de Paris**



La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius*, pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.

Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco. La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.

Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review. The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

DIREZIONE DELLA COLLANA: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

CONSIGLIO SCIENTIFICO: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojosso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Arnaud Vergne (Université de Paris) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu

Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina:

acquarello di Stanislas Gorin, *Mendiant au chapeau assis sur un banc*,
Bibliothèque municipale de Bordeaux

ISBN: 978-88-946376-5-6 - novembre 2022

ISSN: 2704-5765

**LE STATUT JURIDIQUE
DES POPULATIONS MARGINALISÉES**
Le droit comme instrument de différenciation

Études de jeunes chercheurs coordonnées
par CLAUDE DE BLOIS et DAN MIMOUN

 Université
de Paris



 Historia
et ius

“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Table des matières

CLAIRE DE BLOIS, <i>Introduction</i> <i>De la marginalisation à la discrimination : la juridictionnalisation d'un phénomène social</i>	1
MORGANE FORTIN, <i>Juifs, prostituées et lépreux : Vivre à la marge dans la ville de Salon au XIIIe siècle</i>	15
ALEXANDRE KARSENTY, <i>«Juifs», «hérétiques» : la différenciation des marges religieuses par la doctrine romaniste (XIIe-XIVe siècles)</i>	35
SAMANTHA PRATALI, <i>La fille publique, un agent social marginalisé (1791 – 1946)</i>	53
LUIGI TRISOLINO, <i>La constitutionnalisation des égalités : un défi contre les exclusions</i>	67
NATACHA PAGET-BLANC, <i>La marginalité et la sédentarité : le statut juridique des gens du voyage</i>	81
DAN MIMOUN, <i>Conclusion</i> <i>Les critères d'appréhension de la marginalité et ses traitements juridiques en droit français</i>	99

Introduction :
De la marginalisation à la discrimination :
la juridictionnalisation d'un phénomène social

Claire de Blois
Docteure en Histoire du droit et des institutions

Dans son sens premier, l'adjectif «marginal» renvoie à ce qui se trouve en bordure externe d'une chose et se rapproche en cela du terme «périphérique». Le terme n'apparaît qu'au XV^e siècle et évoque ce «qui est écrit en marge»¹. Il dispose d'une entrée dans les premiers dictionnaires français de la fin du XVII^e siècle, dans lesquels il est défini comme ce «qui est à la marge»². La première édition du *Dictionnaire de l'Académie française* précise toutefois que ce terme n'a d'usage que dans la phrase «des notes marginales»³. L'appréhension de marginal ne peut donc se faire que par celle de la marge. Dans son *Französisches etymologisches wörterbuch*, Walther von Wartburg fait remonter au XIII^e siècle la première utilisation du terme «marge» dans le sens de «bordure»⁴, se conformant ainsi à l'étymologie du mot⁵. Le terme est en effet utilisé dès le Moyen-âge pour qualifier l'espace blanc situé autour d'un texte. Dans les dictionnaires du XVII^e siècle, la marge est encore définie comme «le blanc qui est autour d'une page imprimée ou écrite»⁶. Près d'un siècle et demi plus tard, dans la huitième édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, l'adjectif «marginal» est toujours réservé à la qualification des notes écrites en bordure d'une page⁷. Dans cette édition

¹ W. von Wartburg, *Französisches etymologisches wörterbuch*, Basel, Zbinden, 1988, t. VI, part. 1, p. 335.

² P. Richelet, *Dictionnaire françois : contenant les mots et les choses, plusieurs nouvelles remarques sur la langue françoise, ses expressions propres, figurées et burlesques, la prononciation des mots les plus difficiles, le genre des noms, le régime des verbes*, Genève, J.-H. Widerhold, 1680, t. II, p. 18.

³ *Le dictionnaire de l'Académie française, dédié au Roy*, Paris, Vve J.-B. Coignard et J.-B. Coignard, 1694, t. II, p. 26.

⁴ W. von Wartburg, *Französisches etymologisches wörterbuch...*, cit., t. VI, part. I, p. 333.

⁵ La *margo* latine, tout comme la *marka* germanique, fait référence à un espace périphérique.

⁶ *Le dictionnaire de l'Académie française...*, cit., 1680, t. II, p. 18.

⁷ *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Hachette, 1932, t. II, p. 159.

apparaît toutefois la notion de marge sociale. L'auteur évoque un sens figuré, dans lequel «être en marge de» renvoie à «être en dehors de». Les exemples donnés illustrent la nouvelle acception : «en marge du code», «en marge de la société»⁸. Il faut attendre la neuvième édition du dictionnaire pour que soit mentionnée une seconde acception du terme, cette fois sous forme d'un nom. Le marginal est alors la «personne qui vit en marge de la société»⁹. Dans cette édition apparaît également le nom «marginalisation», défini comme «action de marginaliser ou fait de se marginaliser». Une double raison de la marginalisation transparaît déjà : la marginalisation peut être imposée ou choisie. L'entrée «marginalité» reprend ces deux approches en précisant que cet état peut résulter d'une nécessité ou d'un choix¹⁰.

Ainsi, si l'appréhension géographique des marges perdure encore de nos jours, «marginal» fait aujourd'hui davantage référence, par extension, à ce qui se trouve en bordure externe de quelque chose. L'origine du terme offre toutefois une illustration intéressante de son sens : le marginal appartient à une entité – la page, la société, le village, le pays – mais se place à l'extrémité de celle-ci. La marge s'oppose au centre, pourtant les deux sont intrinsèquement liés. Pour exister, le centre doit être délimité, entouré, défini ; c'est là qu'intervient la marge. Spatialement, elle sert de transition entre l'élément – la page, la contrée, le royaume, le monde connu – et «l'endehors». D'un point de vue territorial, la marge s'apparente aux confins, qui sont les «parties d'un territoire situées à son extrême limite et à la frontière d'un autre».

Comme le rappelle Bronislaw Geremek en introduction d'un dossier portant sur la marginalité à l'époque moderne, si, au XIX^e siècle, l'étude des populations marginales était délaissée au profit de celle des puissants, les chercheurs du XX^e siècle ont largement réparé cette lacune¹¹. Les populations en marge de la société font alors l'objet d'une multitude d'études historiques¹². Toutefois, à ces nombreuses études sociales doit être

⁸ *Idem.*

⁹ *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Hachette, 2021, t. II, p. 162.

¹⁰ Solange Montagné-Villette nomme la marginalité subie «relégation» et celle choisie «entre-soi». S. Montagné-Villette, *Les marginalités : du subi au choisi*, in «Bulletin de l'Association de géographes français», 84 (2007-3), p. 304.

¹¹ B. Geremek, *Criminalité, vagabondage, paupérisme : la marginalité à l'aube des temps modernes*, in «Revue d'histoire moderne et contemporaine», t. XXI (juillet-septembre 1974), p. 22.

¹² Pour les seuls écrits français, voir notamment : F. Braudel, *Misère et banditisme au XVI^e siècle*, in «Annales, Économies, Sociétés, Civilisations», II (1947), pp. 129-142 ; B.

associée la dimension juridique de la marginalité, soit en tant qu'outil de mise à l'écart, soit par le rejet du système normatif.

I. *La marginalité : les difficultés d'appréhension du concept*

La première application de la marginalité à la société renvoie aux individus qui se trouvent géographiquement à l'extrémité d'un territoire. Les populations qui habitent ces contrées revêtent alors un statut particulier et ce, quelle que soit l'échelle, comme les barbares installés sur le *limes* dans l'Empire romain, les frontaliers pendant la période moderne et contemporaine ou encore les habitants des ghettos, généralement situés en périphérie. Ces populations sont à la fois situées sur territoire, mais en marge de ce dernier. Leur situation géographique particulière, leur éloignement du centre ainsi que leur contact avec l'étranger en font une population à part¹³. Les frontaliers sont en cela un exemple d'une marginalité géographique reconnue par le droit. À l'échelle étatique, les marges territoriales correspondent aux frontières. Malgré l'émergence d'une conceptualisation linéaire des limites étatiques, ces dernières ne cessent d'être également des zones dont l'emplacement stratégique leur donne de nombreuses spécificités. Espace concentrant les moyens de défense et de contrôle, elles sont plus qu'ailleurs touchées par les guerres et le brigandage, faisant alors coïncider la marginalité géographique et la marginalité sociale.

Marginalisation et espace géographique sont souvent liés tout au long de l'histoire. Michel Foucault a nommé ce phénomène «hétérotopie», ce qui renvoie à une appréciation territoriale de la marginalité. Cette dernière peut

Geremek, *Criminalité, vagabondage, paupérisme...*, cit., pp. 337-375 ; *Les marginaux et les exclus dans l'histoire*, Paris, Union générale d'éditions, 1979 ; F. Neveux, *Les marginaux et le clergé dans la ville et le diocèse de Bayeux aux XIV^e et XV^e siècles*, in «Annales de Normandie», XIII (1981), pp. 17-41 ; R. Bertaux, *Pauvres et marginaux dans la société française : quelques figures historiques des rapports entre les pauvres, les marginaux et la société française*, Paris, Ed. l'Harmattan, 1996.

¹³ Le sujet des populations marginales a été régulièrement traité par les géographes. Il a donné lieu à un colloque intitulé «Marginalité sociale, marginalité spatiale» tenu les 6, 7 et 8 juin 1984 à l'Université Lyon II. André Vant, *Marginalité sociale, marginalité spatiale*, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1986.

¹⁴ Il a également fait l'objet d'un numéro spécial du bulletin de l'Association de Géographes Français : *Marginalités spatiales et sociales*, sous la direction de J.-L. Tissier et S. Montagne-Villette, in «Bulletin de l'Association de géographes français», LIV (2007).

être sociétale ou juridique¹⁴. Toutefois, si le lien entre la marginalisation spatiale et sociale se retrouve tout au long des siècles, ils ne peuvent être mis sur le même plan. La marginalisation sociale, choisie ou subie, revient à une mise à l'écart de la société, rarement envisagée comme positive par cette dernière. Dans la majorité des cas, la marginalisation spatiale répond à la marginalisation sociale, souvent par contrainte comme dans le cas des ghettos. Parfois, la distinction locale est le fruit d'une volonté de se retrouver avec ses pairs, possibilité illustrée par la célèbre «Cour des Miracles» qui a nourri la littérature. Cette dernière illustre parfaitement l'ambiguïté de la marginalisation. Les mendiants qui investissent ces zones de non-droit parisiennes aux XVII^e et XVIII^e siècles ne se contentent pas de subir cette mise à l'écart, ils la revendiquent, l'entretiennent, la localisent et vont jusqu'à développer un système normatif et hiérarchique parallèle au système étatique. Toutefois, la marginalisation spatiale peut également prendre une autre dimension. Avec le développement des «banlieues dorées» ou des quartiers privés, elle peut également devenir un moyen pour une élite de développer l'«entre-soi».

Ainsi, aujourd'hui, le terme revêt un sens plus large que la mise à l'écart géographique. Le marginal devient une personne «vivant ou se situant en marge d'un groupe social déterminé ou plus généralement de la société dans laquelle elle vit»¹⁵. La marginalité induit alors une mise à l'écart, plus seulement spatiale, mais de la société. Elle n'est toutefois pas une caractéristique innée, mais le fruit d'un rapport : celui de la différenciation, subie ou voulue, avec un système majoritairement accepté. Elle reste ainsi une notion relative ; de la même façon que la périphérie ne s'apprécie que par rapport au centre, la catégorie du marginal n'existe que par rapport à un groupe, à une société institutionnalisée à une époque et en un lieu précis. La marginalité n'existe ainsi qu'en contradiction avec une norme, propagée par la classe dominante ou majoritaire. Dans cette acception, l'existence de populations marginales nécessite à la fois la constitution d'une société unifiée et un sentiment d'appartenance de la part de ses membres, l'exclusion n'étant possible qu'au sein d'un groupe. La constitution en cité, en village, en seigneurie ou en État, et l'émergence d'une culture commune entraînent la conscience de la différence. Les populations minoritaires qui ne se conforment pas aux mœurs, aux usages, aux valeurs ou encore aux normes de la société se voient mises au banc de celle-ci. Une «dissemblance»

¹⁴ M. Foucault, *Des espaces autres*, in *Dits et Écrits II*, nouvelle édition, Gallimard, 2001, pp. 1571-1581.

¹⁵ *Dictionnaire de l'Académie française*, Paris, Hachette, 2021, t. II, p. 162.

est alors identifiée et sert de motif de mise à l'écart¹⁶.

Toutefois, le marginal n'est pas extérieur à la société. Comme la marge qui constitue une partie de la page, le marginal est un membre du corps social. De cette façon, puisque la marginalité s'apprécie par rapport à une société donnée, elle est amenée à évoluer en même temps que cette dernière. En France, le changement le plus marquant en matière d'appréciation des marginaux est la laïcisation de l'État. Tant que la religion catholique est considérée comme la norme, toute personne qui s'en éloigne se place en marge de la société. Cela se retrouve par la place que tiennent les membres des autres religions dans la société médiévale et moderne, celle des hérétiques, des sorciers ou encore des personnes dont l'existence même heurte la morale chrétienne, tels que les bâtards¹⁷ ou les prostituées.

Comprendre le concept de marginalité nécessite en outre l'étude d'un certain nombre de concepts s'en rapprochant ou s'en distinguant. Tout d'abord, pour qu'un individu, une communauté ou un groupe de personnes soient marginalisés, il est nécessaire d'identifier un élément de différenciation. La personne «différente» est celle qui se distingue d'une autre par un ou plusieurs éléments spécifiques. De la même façon que la notion de marginalité est relative, la différence ne s'apprécie qu'en fonction d'un référent : «être différent de». En revanche, contrairement à la marginalité, la différenciation n'implique pas un rapport de force entre les deux personnes ou groupes comparés. Si le marginal est souvent différent, par son aspect, son métier, sa religion, sa culture, il est également reconnu par la majorité ou par lui-même comme en marge de la société et non pas seulement différent de certains de ses membres. La différenciation consiste alors à «établir une ou plusieurs différences, une ou plusieurs distinctions entre deux ou plusieurs choses»¹⁸. Dans le cas de la marginalité, la différence implique la déviance par rapport à un ordre moral ou dogmatique dominant.

À l'inverse de la différenciation, la discrimination est empreinte de connotation négative. Dans son sens premier, elle renvoie peu ou prou à la même idée – distinguer deux personnes, deux catégories – tout en y ajoutant

¹⁶ Le terme de «dissemblance» est utilisé par Raoul de Presles dans sa traduction de *La cité de Dieu* de Saint Augustin au XIV^e siècle. G.-H. Allard, Présentation, in G.-H. Allard, *Aspect de la marginalité au Moyen-Âge*, p. 19.

¹⁷ Selon Sylvie Steinberg, la stigmatisation des bâtards pendant la période médiévale et moderne serait ainsi due au fait que leur naissance soit souillée par le péché que représentent l'adultère et la débauche.

¹⁸ *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e édition, «différenciation».

le but de cette différenciation : permettre un traitement séparé. Toutefois, dans son sens commun, la discrimination prend un sens péjoratif. Il s'agit non seulement de distinguer en vue d'un traitement différent, mais ce dernier est considéré comme inégalitaire, car s'appuyant sur des critères non valables¹⁹.

La marginalisation va toutefois au-delà d'une simple reconnaissance de la différence. Cette reconnaissance entraîne en effet une mise à l'écart, subie ou choisie. Cette dernière peut passer par la stigmatisation. Dans son sens originel, la stigmatisation peut être considérée comme une des réponses juridiques à la marginalisation. Le droit vient renforcer la différence en marquant l'individu de façon indélébile, généralement une marque d'infamie. Deux exemples peuvent l'illustrer. Tout d'abord, la «tâche de bâtardise» attachée aux enfants illégitimes pendant l'Ancien régime est fréquemment évoquée dans les textes juridiques²⁰. La mise à l'écart peut également entraîner une exclusion. Le concept d'exclusion a également, pour la compréhension de la marginalisation, un intérêt particulier. Il renvoie non seulement à une mise à l'écart, mais comprend également l'idée que la personne exclue appartenait à l'origine au groupe ou à l'ensemble auquel il n'a désormais plus accès. Contrairement aux autres, ce terme est assez ancien et apparaît au XIII^e siècle²¹.

Ces différentes classifications ne sont pas figées. Une catégorie de personne peut devenir marginale avec l'évolution de la société, des individus marginaux peuvent être finalement exclus²², ou à l'inverse réintégrés. À propos de la société médiévale, Guy-Henri Allard distingue l'exclu, le marginal et le dévalué. Les dévalués font partie à part entière de la société, mais sont considérés par cette dernière comme de moindres importances. Il s'agit par exemple des bouchers, des pauvres ou encore des femmes. Les exclus côtoient les mêmes lieux de vie, mais sont en dehors de la société.

¹⁹ Sur la distinction entre la différenciation et la discrimination, voir notamment M. Borgetto, *Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit*, *Information sociale*, 2008, n° 4, pp. 8-17.

²⁰ Sur le sujet, voir S. Steinberg, *La tâche de bâtardise en France sous l'Ancien Régime...*, cit., pp. 439-454.

²¹ W. von Wartburg, *Französisches etymologisches wörterbuch...*, cit., t. III, p. 277.

²² Arlette Bouloumié prend l'exemple des protestants en France au XVII^e siècle qui, jusqu'alors marginalisés par l'interdiction d'accéder à certaines fonctions, finissent par être exclus par la révocation de l'Édit de Nantes. A. Bouloumié, *Avant-propos*, in *Figures du marginal dans la littérature française et francophone*, Angers, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 11.

Ils peuvent être brigands, étrangers ou encore sorciers. Les marginaux sont entre ces deux catégories. Ils font encore partie de la société, dont ils constituent la frontière. Ils peuvent être des dévalués finalement mis au ban, ou au contraire des exclus progressivement intégrés²³.

En fonction de l'appréhension du concept, en particulier de la détermination du centre, l'identité des marginaux varie considérablement. Si la référence est la Nation, les marginaux appartiennent à celle-ci, par opposition aux étrangers, mais se distinguent des autres par leur mode de vie, leur aspect physique, leur lieu d'habitation. Il peut alors s'agir des mendiants, des handicapés, des habitants des banlieues. Si le centre est le territoire, alors les étrangers qui habitent sur ce dernier peuvent être des marginaux, de la même façon que les frontaliers. Si la référence est le système juridique, les marginaux sont ceux qui se placent en dehors du droit. L'appréhension de la marginalité dépend également fortement de l'époque. Par exemple, la dominance de la religion catholique pendant l'Ancien régime fait de toute personne extérieure à elle, comme les protestants ou les athées, ou allant à l'encontre de ses codes moraux, comme les enfants illégitimes ou les prostitués, des marginaux. Certains types de marginalité se retrouvent toutefois au travers les époques. À différents degrés, les populations pauvres constituent un parfait exemple d'une marginalisation poursuivie à travers les siècles²⁴.

Ainsi, la qualification d'une personne de «marginal» dépend avant tout de l'ensemble dont il est question. Le point commun entre toutes ces catégories semble être la reconnaissance d'une différence – physique, religieuse, culturelle, géographique, sociale – par rapport à la classe dominante.

²³ G-H. Allard, *Présentation*, in *Aspect de la marginalité au Moyen-Âge...*, cit., p. 17.

²⁴ S. Montagné-Villette relève comme marqueur d'exclusion des populations pauvres commun aux différentes époques le lieu d'habitation, que celui-ci soit éloigné du centre comme les banlieues, délabré, itinérant pour les sans domicile fixe, contraint dans le cas des ghettos ou des quartiers réservés. S. Montagné-Villette, *Les marginalités : du subi au choisi...*, cit., p. 307.

II. *La juridictionnalisation de la marginalisation : quand le droit distingue*

Notion polysémique, la marginalisation revêt plusieurs acceptions. Le terme ne fait toutefois pas partie du vocabulaire juridique, les juristes lui préférant «discrimination» ou «exclusion». Pourtant, si la marginalisation est avant tout un processus social, elle trouve en droit un écho qui met en œuvre voire amplifie le phénomène. Les marginaux peuvent avoir par rapport au droit deux positions distinctes. Ils peuvent être en dehors du droit. En faisant cela, ils deviennent «hors-la-loi», selon l'expression française issue de l'anglais «out-law²⁵». Cette expression peut également désigner le statut de la personne à qui, à l'inverse, la protection de la loi a été supprimée. Leur statut peut, à l'inverse, être réglementé, ce qui entraîne généralement des restrictions, des contrôles, une mise à l'écart. Il s'agit alors généralement de la reconnaissance par le droit d'une marginalisation sociale que cette dernière soit voulue ou subie. Il est également possible d'envisager une marginalisation par le droit. Bien que le législateur ne fasse bien souvent que reprendre une marginalisation sociale, il peut accentuer cette dernière en y ajoutant un signe distinctif, une reconnaissance administrative, une limitation des droits.

La conception juridique de la marginalité permet d'envisager la question sous une autre dichotomie : celle de la distinction entre la marginalité «légale», dans laquelle le droit souligne ou renforce la mise à l'écart et la marginalité «hors-la-loi», dans laquelle les individus choisissent d'agir en dehors de la loi ou préfèrent un système normatif différent du système dominant. Cette classification ne peut toutefois se résumer à une marginalité subie et voulue, car la distinction entre la volonté et la nécessité est délicate et subjective. De plus, dans de nombreux cas, le statut légal ou «hors la loi» de l'individu ne détermine pas sa mise à l'écart sociale. Les sorciers du XVII^e siècle ou les prostituées du XX^e siècle vivent dans la société, alors même que leurs activités sont illégales. À l'inverse, certaines communautés comme les gens du voyage vivent en marge de la société, non pas à cause d'une distinction juridique, mais d'une affirmation culturelle. Certaines catégories sont à cheval entre les deux. Les mendiants par exemple font partie à part entière de la société médiévale, évoluent au milieu de celle-ci, tout en ayant à la fois un droit particulier et une place spécifique.

²⁵ Cette expression, courante pendant l'Ancien Régime, est utilisée en France depuis le XIII^e siècle, mais sous sa forme latine : «*ex-lex*».

Le thème de la marginalité soulève plusieurs questions, dont les enjeux notamment juridiques varient considérablement en fonction des périodes²⁶. Tout d'abord, à de nombreuses époques, les conséquences juridiques de la marginalité revient, pour le pouvoir, à reconnaître et à tolérer l'existence d'une ou plusieurs communautés dissidentes. Néanmoins, loin de se contenter de reconnaître, le droit participe voire est le principal vecteur de marquage de cette marginalité, ajoutant au rejet social un statut particulier. Répondant le plus souvent à une marginalisation sociale, le droit concrétise par une incapacité juridique, des restrictions de déplacement ou de pratique, voire des contraintes spécifiques, le statut particulier des marginaux. Les enfants illégitimes sont un parfait exemple d'une marginalisation par le droit. Aucune différence, physique ou culturelle, ne les sépare du reste de la société, pourtant, du seul fait de leur naissance, ils subissent des restrictions juridiques, et ce depuis l'Antiquité romaine. Paul Gide explique notamment que si le droit classique romain, en particulier le *Digeste* de Justinien, ne consacre aucun passage à ce sujet – «ni pour les protéger, ni pour les frapper»²⁷, la christianisation de l'Empire entraîne avec elle un statut particulier à l'égard de ces individus, oscillant entre la condamnation d'une naissance en dehors du mariage chrétien et la protection de ces enfants livrés à eux-mêmes²⁸. Pendant la période médiévale, les enfants naturels font toujours l'objet d'un droit particulier²⁹.

Dans un premier temps, les juristes qui se sont intéressés à la marginalité l'ont fait par le biais d'études non juridiques. Jean Bodin a par exemple écrit un ouvrage intitulé : *La Démonomanie des sorciers*³⁰. Cet ouvrage, adressé à Christophe de Thou, président du Parlement et conseiller du roi, contient en premier lieu une définition de ce qu'est un sorcier : «Sorcier est celui qui, par les moyens diaboliques, sciemment s'efforce de parvenir à quelque chose»³¹. Jean Bodin ajoute que cette définition est nécessaire pour

²⁶ En France, il faut distinguer le droit contemporain qui repose sur l'absence de prise en compte des communautés du droit de l'Ancien Régime dans lequel au contraire, l'appartenance à un groupe était inhérente à la vie sociale

²⁷ P. Gide, *De la Condition de l'enfant naturel et de la concubine, dans la législation romaine*, Paris, A. Picard, 1880, p. 1.

²⁸ *Ibid.*, p. 3.

²⁹ Le chapitre 8 de la coutume de Beauvaisis leur est par exemple consacré. Il s'intéresse plus particulièrement à la distinction entre les «oires loiaus» et les «bastard». P. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, Texte critique publié avec une introduction, un glossaire et une table analytique par A. Salmon, Chartres, Durand, t. I, pp. 279-297.

³⁰ J. Bodin, *La Démonomanie des sorciers*, Paris, J. Du Puys, 1587.

³¹ *Ibid.*, p. 1.

comprendre son ouvrage, mais surtout «pour les jugements qu'il faut rendre contre les sorciers». Il ajoute ainsi déjà une dimension juridique à l'étude mystique. Il faut toutefois attendre le XIX^e siècle pour que se multiplient les études portant sur le statut juridique de certaines catégories marginales d'individus tels que les enfants naturels³².

Malgré les considérations sociologiques qu'implique toute réflexion sur la notion de marginalisation, le but de ce dossier est d'envisager le rôle que tient le système juridique dans la reconnaissance et la revendication de cette marginalité ainsi que les processus juridiques à l'œuvre dans le phénomène social que constitue la marginalisation. Il s'agit moins de la marginalisation par le droit que du traitement juridique de la marginalisation. Révélateur d'une différenciation, le droit normalise cette mise à l'écart, que cette dernière soit le fruit de la société ou de la volonté propre d'une communauté. Ainsi, l'instauration de statuts particuliers, de restrictions juridiques, voire de systèmes normatifs concurrents peut maintenir ou accentuer la mise à l'écart des populations en question.

Ce dossier se divisera alors en deux axes, dont la principale distinction repose sur le rapport des populations marginalisées au droit : lorsque la marginalisation est subie, le droit de l'État devient un des marqueurs de la distinction. Lorsqu'elle est voulue, l'émergence d'un système normatif concurrent au droit étatique devient un élément de revendication de la différence³³.

Lorsque la mise à l'écart est subie, le traitement juridique de la marginalisation devient une manifestation de la différenciation sociale par l'autorité. Cas le plus courant, la marginalisation est généralement appréhendée comme un phénomène imposé à ceux qui en sont victimes. Cet aspect constitue une première approche du sujet. Son étude a alors pour objectif d'analyser, de comprendre et d'explicitier les différents moyens

³² L. Morillot, *De la condition des enfants nés hors mariage dans l'Antiquité et au Moyen Age en Europe*, in «Revue historique de Droit français et étranger», t. XII (1866), pp. 526-552.

³³ Cette distinction entre «marginalité subie» et «marginalité choisie» a déjà fait l'objet d'un article de Solange Montagné-Villette intitulé «Les marginalités, du subi au choisi», dans lequel elle évoque cette marginalité du point de vue des sciences sociales, en particulier de la sociologie. Si ces deux axes ont également été abordés lors de cette journée d'étude, ils serviront avant tout à structurer les réflexions autour des statuts et mécanismes juridiques. S. Montagné-Villette, *Les marginalités, du subi au choisi*, cit., pp. 305-314.

juridiques à l'œuvre dans la marginalisation par le droit. Cette dernière est alors à la fois le reflet d'une marginalisation sociétale et le catalyseur concret de cette distinction.

Une autre approche de la marginalité est toutefois envisageable. La mise à l'écart peut ne pas être subie, mais devenir une revendication. S'il apparaît incongru pour un individu de s'isoler, la marginalité peut être vécue comme un contre-modèle, une résistance au modèle dominant, une forme alternative de communauté. Les marginaux volontaires développent ainsi une normativité concurrente de la société, un système de valeur différent. Ainsi, cette normativité distincte permet aux populations marginales de faire prospérer un mode de vie, un système moral ou normatif incompatible ou difficilement conciliable avec ceux de la société dans laquelle elles vivent³⁴. Ces sociétés ont besoin, pour vivre et exister, de créer un système juridique parallèle, concurrençant celui de la société dans laquelle ils vivent.

La problématique de ce dossier se structurera alors autour des moyens juridiques, principalement étatique, mis en place pour marquer ou accroître la marginalité. Il s'agira alors d'interroger les manifestations de la marginalisation à différentes époques. En effet, le marqueur juridique prend-il la même forme dans des sociétés structurées autour de groupes restreints, comme les villages ou les corporations, que dans le monde contemporain où l'appartenance à une nation prime? La marginalisation se dévoile ici comme nécessairement dépendante de la société dans laquelle elle s'inscrit, mais ses applications juridiques ainsi que les mécanismes employés présentent-ils une certaine continuité?

Les articles proposés dans ce dossier se divisent en deux approches différentes de l'étude de la marginalisation par le droit. Deux des articles envisagent la marginalisation juridique au travers une catégorie spécifique de personnes : les filles publiques et les gens du voyage. Les trois autres s'intéressent plus largement au traitement juridique de la marginalisation par le biais d'une source particulière du droit : le *corpus iuris civilis*, les statuts urbains et la constitution italienne.

³⁴ Parmi ces populations volontairement marginales se trouvent en premier lieu les sociétés hors-la-loi comme les brigands ou les mafieux ou les communautés religieuses comme les mormons ou les amish qui, bien qu'entrant dans cet axe de recherche, sont quasi-inexistants en France. Toutefois, le cas des sectes en droit contemporain peut être envisagé.

Morgane Fortin s'intéresse aux populations regroupées à la marge de la ville de Salon au XIII^e siècle. L'auteure s'arrête spécifiquement sur le cas des prostituées, des juifs et des lépreux en s'intéressant aux raisons de leur mise à l'écart et aux manifestations de leur marginalisation. Les justifications à cette mise à l'écart du reste de la société sont diverses. Si, pour les lépreux, la raison est avant tout la peur de la contagion, la société médiévale considère que les prostituées transmettent également la maladie lors des relations sexuelles. L'association des juifs à ces deux catégories serait «le miroir de la *halakha*». Toutefois, l'auteure nuance l'idée d'une mise à l'écart totale, l'absence de signes distinctifs leur permettant de se mêler au reste de la population, malgré l'existence de quartiers dédiés à chacune des trois catégories.

Alexandre Karsenty explore l'expression de la marginalisation religieuse dans le *corpus iuris civilis*, et plus particulièrement dans sa relecture médiévale. Son article a l'originalité de ne pas s'intéresser au rapport entre les marges et le centre, mais entre différentes populations marginalisées. Il s'intéresse notamment à la non-différenciation faite entre les juifs et les hérétiques jusqu'au XIII^e siècle, puis à la façon dont la juridictionnalisation de l'identification entraîne une distinction entre ces deux catégories de personnes.

Samantha Pratali propose une étude du statut de la «fille publique» de 1791 à 1946. Durant cette période que l'auteure appelle «réglementariste», la prostitution, qui était sous l'Ancien régime prohibée par la morale chrétienne donc par le droit, est à nouveau reconnue par le droit pour des raisons sanitaires. Cette reconnaissance participe toutefois tout autant à la marginalisation que l'interdiction. Les prostituées déclarées, par demandes ou par mesure administrative, reçoivent une carte sanitaire qui remplace leur document d'état civil. Samantha Pratali souligne que cette carte fait sortir leur détenteur du corps social en en faisant des «filles publiques»³⁵. De cette identité sociale, actée par le droit, découle tout un processus de marginalisation qui a pu varier pendant la période, allant de la restriction d'accès à l'espace public à l'interdiction d'exercer une autre profession ou encore à l'obligation de vivre dans un périmètre déterminé.

Luigi Trisolino propose d'étudier la façon dont l'Assemblée constituante italienne a tenté de mettre fin à la marginalisation de certaines populations,

³⁵ Ces dernières peuvent néanmoins demander leur radiation, mais son acceptation dépend du service des mœurs.

dans le but notamment de venir à bout du brigandage, favorisé par la marginalisation des populations pauvres au XX^e siècle. Il relève de ce fait tous les éléments, dans les travaux préparatoires puis dans le texte même de la constitution, qui vont dans le sens d'une stricte égalité entre les individus, permettant d'atténuer la marginalisation de certaines populations.

Enfin, Natacha Paget-Blanc s'intéresse aux statuts des gens du voyage qui, par leur culture éloignée de la traditionnelle sédentarité occidentale, ont fait l'objet à travers les siècles de méfiance de la part de la société. Ces communautés ont pour spécificité de représenter une double marginalité. Par leur mode de vie, ils choisissent de se placer en marge de la société, mais par les contrôles et restrictions spécifiques dont ils font l'objet, ils subissent une marginalisation juridique. Si, au cours du XIX^e siècle, certaines populations comme les forains sont acceptées, d'autres continuent à subir un régime particulier. Le principe de non-discrimination encourage le législateur à revenir sur ce régime discriminatoire, ce qui est mis en application par la loi Égalité et citoyenneté de 2017. Natacha Paget-Blanc nuance toutefois cette apparence d'égalité, en relevant les cas persistants de normes contraignantes pour ces populations.

*Juifs, prostituées et lépreux :
Vivre à la marge dans la ville de Salon au XIII^e siècle*

Morgane Fortin

*Doctorante contractuelle en Histoire du droit et des institutions
(CHAD – Université Paris Nanterre)*

ABSTRACT

The thirteenth century statutes of the town of Salon, in Provence, has a vexatious paragraph that bounds Jews, prostitutes and lepers to buy the food they have touched on the market stalls. Beginning with the salonian corpus, and then theology and canon law, the concept of “marginality” as applied to these three groups is considered through the topoi implied by being sidelined, whether by choice or by necessity, in a medieval perspective. By “marginality” very diverse legal and political realities are hidden and will be highlighted by comparing the specificity of Salon with neighboring cities.

KEYWORDS

City institutions – Food Prohibitions – Meat Market

Dans son ouvrage de synthèse sur la situation des prostituées au Moyen-Âge, Jacques Rossiaud écrit : «Le terme réducteur de prostituée a longtemps contribué à faire entrer toutes les femmes vivant de leur corps dans la catégorie fallacieuse et commode de marginales. Elles y côtoyaient les lépreux – car elles ne devaient, croyait-on, pénétrer à leur guise dans l’espace commun –, les juifs – auprès desquels certaines d’entre elles se trouvaient confinées [...] – en une *infra*-société hétéroclite faite d’instabilité, de déracinement, de délinquance et de déviance. [...] Leur enfermement «en marginalité» était systématique et indiscuté, explicite ou suggéré ; il se perpétue encore aujourd’hui, ici et là, sous la plume d’honnêtes historiens toujours influencés par une abondante littérature, vieille de trente ou quarante ans, qui voyait en la société médiévale une grande productrice de marginaux. »¹

S’il est vrai qu’*a priori* le rapprochement entre prostituées, lépreux et juifs peut paraître ne pas aller de soi, toutefois, ces trois catégories symbolisent, avec d’autres, les défauts d’un «ordre de la chrétienté»². Les sources juridiques

¹ J. Rossiaud, *Amours vénales : la prostitution en Occident, XII^e-XVI^e siècle*, Paris, Aubier, Collection historique, 2010, p. 15.

² H. Martin, *Mentalités médiévales : XI^e-XV^e siècle*, Paris, Presses universitaires de France, Nouvelle Cléo, 1996, p. 428.

médiévales – statuts urbains³ et droit canonique – valident, dans un premier temps, la catégorie de marginalité qu’ont développée certains chercheurs⁴. Les statuts de la ville de Salon en sont un exemple. Ville agricole moyenne de Provence et intermédiaire privilégiée entre les grandes villes commerciales de la région telles que Marseille et Arles⁵, Salon avait la spécificité de faire partie des «Terres adjacentes» du comté de Provence et donc d’appartenir, non pas au comte de Provence, mais directement à l’Empire⁶. Salon entre définitivement sous l’autorité temporelle des archevêques d’Arles par une décision de l’empereur Conrad III de 1144⁷, qui en réalité ne fait que confirmer une situation antérieure⁸. À la fin du XIII^e siècle, l’archevêque d’Arles Rostang de Cabre⁹ fait réécrire les anciens statuts de la ville¹⁰. La nouvelle législation est adoptée le 8 mai 1293 et prévoit ce paragraphe étonnant : «*Item, statuimus quod nullus Judeus, meretrix vel leprosus, panem, pisces, carnes seu fructus quoscumque tangere praesumat nisi solum ea quae emerit. Vendentes autem praedicta vel aliquid eorum, si contrarium patientur fieri, in sex denarios puniantur, et ementes quae tetigerunt emere compellantur.*»¹¹

³ Les sources urbaines dépouillées pour la rédaction de cet article se trouvent dans les fonds suivants : Archives départementales des Bouches-du-Rhône, Archives municipales de Salon, Archives communales d’Arles, Archives municipales de Marseille, Archives départementales du Vaucluse, Bibliothèque municipale d’Avignon, et Bibliothèque nationale de France.

⁴ Nous faisons référence ici à la notion développée par les historiens médiévistes dans les années 1970, tel que le précise Jean-Claude Schmitt : <https://journals.openedition.org/gradhiva/3464>

⁵ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence d’après les actes notariés, 1391-1435*, Toronto, Pontifical institute of mediaeval studies, 1987, pp. XII-XIII

⁶ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge. La Vie économique. Le Régime seigneurial. Le Régime municipal*, Aix-en-Provence, Impr. universitaire de Provence, F. N. Nicollet, 5, rue Emeric-David, 1924, p. 98

⁷ L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon, depuis son origine jusqu’en 1792, adaptées à l’histoire par Louis Gimon*, Aix, Vve Remondet-Aubin, 1882, p. 41

⁸ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge...* cit., p. 87

⁹ L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon*, cit., p. 52

¹⁰ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 107

¹¹ *Statuts municipaux de la ville de Salon (1293)*, in C. Giraud (éd.), *Essai sur l’histoire du droit français au moyen âge*, Videcoq père et fils, 1846, II, p. 251

Louis Gimon en propose la traduction suivante : «2. De plus, nous avons statué qu’aucun juif, aucune courtisane, ni aucun lépreux ne se permettent de toucher pain, poissons, viandes ou fruits quelconques sans les acheter. Mais si les vendeurs desdits objets ont souffert qu’il en fût autrement, qu’ils soient condamnés à une amende de six deniers et les acheteurs contraints d’acheter les choses qu’ils auront touchées.», in L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon*, cit., p. 735

Ce paragraphe a jusqu'à présent servi à démontrer puis invalider¹² la peur de contamination qui existe dans les sociétés médiévales, en particulier à l'encontre des juifs¹³. Il invite à analyser la législation salonnaise dans son ensemble en l'interrogeant à l'aune des *topoi* habituels qu'implique le concept de marginalité. En l'absence de sources antérieures au XIII^e siècle pour la ville de Salon¹⁴, ce sont les statuts de la ville – anciens et nouveaux – qui constitueront le point de départ de l'examen des dispositions séculières. Quelques privilèges et recensements des XIII^e et XIV^e siècles viendront compléter ce premier tableau¹⁵. Du fait de son statut politique – la ville est dirigée par un archevêque – les sources théologiques et canoniques seront également mobilisées. Enfin, une perspective comparatiste a été envisagée avec les villes d'Arles et d'Avignon.

Cette contribution propose de vérifier la pertinence du concept de marginalité appliqué à l'histoire des institutions urbaines à l'époque médiévale. Il s'agira d'étudier si les statuts de Salon ont mis en place des mesures visant à reconnaître juifs, prostituées et lépreux pour préserver la *Christianitas* de la contagion (I), puis d'évaluer leur inclusion dans la vie économique et politique de la cité (II).

I. *Reconnaître juifs, prostituées et lépreux pour préserver la Christianitas de la contagion*

Les statuts de Salon paraissent avoir cherché à reconnaître les juifs, prostituées et lépreux dans un souci de contagion. La législation salonnaise apparaît, d'une part, comme la synthèse de deux objectifs de préservation de la cité en reflétant la crainte d'une endémie et agissant comme miroir de la loi juive (A). D'autre part, l'absence d'obligation de distinction vestimentaire dans le corpus salonnais dénote la limitation de son effectivité (B).

¹² Claire Soussen propose de nuancer et réconcilier les approches de Noël Coulet et de Maurice Kriegel en apportant une recontextualisation économique et politique qui s'appuie en particulier sur les sources hébraïques. C. Soussen, *Le «juif intouchable» dans les pays méditerranéens au bas Moyen Âge Postérité et validité d'un concept*, in «Revue de l'histoire des religions», III (juillet 2017), pp. 427-456

¹³ N. Coulet, *«Juif intouchable» et interdits alimentaires. Exclut et systèmes d'exclusion dans la littérature et la civilisation médiévales*, Presses universitaires de Provence, Aix-en-Provence, 2014, p. 117

¹⁴ L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon*, cit., p. VII

¹⁵ A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence, une société urbaine du bas Moyen âge*, Wrocław, Pologne, Ossolineum, 1982, pp. 10-11

A. Le reflet de la crainte d'une endémie et le miroir de la loi juive comme objectifs de préservation de la cité

Les lépreux, tantôt «*abiect[i]*»¹⁶ tributaires d'un châtement de Dieu donné par amour pour leur permettre de s'élever par la confession des péchés¹⁷, tantôt assimilés à la figure de Jean le Baptiste¹⁸ ou du Christ¹⁹, sont porteurs d'un bacille que les médecins médiévaux ignorent et dont on craint la contagion par-dessus tout. Françoise Bériac-Lainé explique que la littérature médiévale ne présente que très rarement les lépreux sous un jour favorable, ils sont généralement dépeints sous des traits négatifs ou ambigus²⁰, voire «malfaisants, haineux et inhumains»²¹.

La méconnaissance de la maladie de Hansen, considérée alors comme vénérienne, faisait des prostituées des suspectes de sa transmission. En effet, au Moyen-Âge, les médecins pensent que : «un homme peut attraper la lèpre en copulant avec une femme qui vient de coucher avec un lépreux, la femme restant indemne. [...] la matrice de la femme, froide, résiste à l'infection, tandis que le membre de l'homme l'attire»²². La lèpre est alors liée au «caractère vénéneux de la femme, corruptrice indemne, incitatrice au péché et source de maladie, [qui se] prêt[e] à une interprétation morale de la contamination vénérienne», et donc allégorie du péché de luxure²³. Cependant, c'est l'interdiction d'avoir des relations sexuelles avec une femme qui a ses règles²⁴ que l'on retrouve plus fréquemment²⁵. De la même façon, pour les juifs, les développements talmudiques et rabbiniques font de telles relations sexuelles un interdit catégorique, et assimilent les rapports avec une non-juive à celles-ci²⁶.

La pensée médicale et religieuse médiévale est donc teintée d'une ambivalence profonde. D'un côté, d'après Jacques Rossiaud, du milieu du XII^e siècle au milieu du XIII^e siècle, des transformations sociales

¹⁶ N. Bériou – F.-O. Touati, *Voluntate Dei leprosus: les lépreux entre conversion et exclusion aux XII^e et XIII^e siècles*, Spoleto, Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Testi, studi, strumenti, n° 4, 1991, p. 70

¹⁷ *Ibid.*, p. 72

¹⁸ *Ibid.*, p. 76

¹⁹ F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge : une société d'exclus*, Paris, Imago, 1988, p. 129

²⁰ *Ibid.*, p. 137

²¹ *Ibid.*, p. 140

²² F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 53

²³ *Ibid.*, p. 120

²⁴ Lévitique, XVI, 19-33

²⁵ F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 120

²⁶ C. Soussen, *Le «juif intouchable»*, cit., p. 439

s'amorcent y compris dans les domaines de la conjugalité et de la sexualité. En particulier, le concile du Latran IV modifie en 1215 l'aire d'interdiction des alliances qui passe du septième au quatrième degré de consanguinité²⁷, réduisant les possibilités d'union maritale qui est la seule sexualité tolérée. De l'autre, les régimes de santé médiévaux insistent sur la nécessité d'évacuer les déchets comme le sperme²⁸, la sexualité étant comprise comme «un moyen d'évacuation d'un produit de la troisième digestion»²⁹. Ce «déséquilibre de l'économie sexuelle»³⁰ fait de la présence des filles de joie une nécessité de paix sociale au sein des villes, surtout celles, comme Salon, vivant de l'artisanat tel le textile³¹. Il est en même temps un facteur de transmission d'une endémie redoutée. Interdire aux prostituées de toucher les aliments sur les étals du marché serait, outre une mesure vexatoire à l'encontre de femmes dont le péché de luxure est condamné, une règle de santé publique comme pour les ladres.

Si l'on peut comprendre que lépreux et prostituées soient associés pour des mesures d'hygiène, le recoupement avec les juifs est plus étonnant. On trouve chez certains Pères de l'Église un rapprochement entre juifs, ainsi qu'hérétiques et païens, et lépreux dans un sens imagé. Pour saint Ambroise, les juifs sont des «lépreux de l'âme» par leur refus du baptême, tandis qu'Isidore de Séville s'appuie sur le Livre des Nombres – Myriam, sœur de Moïse, rendue lépreuse – et sur le Livre de l'Exode – la femme de Moïse atteinte de lèpre – pour y voir une maladie de l'âme qui touche les juifs³². Seules certaines croyances populaires diffusent l'idée selon laquelle les juifs pourraient être, comme les femmes, immunes de la maladie³³ – idée assez proche de ce que l'on retrouvera pour la Peste noire. D'ailleurs, des accusations d'un complot juif et lépreux, accompagné d'exactions populaires à leur encontre, secoueront le Midi vers les années 1320. Mais elles sont limitées au Royaume de France dont la Provence ne fait pas encore partie, et la prétendue expulsion de 1321 n'aurait très certainement jamais eu lieu³⁴.

²⁷ J. Rossiaud, *Amours vénales*, cit., p. 25

²⁸ P. G. Sotres, *Les régimes de santé*, in M. D. Grmek – J. Agrimi – J.-N. Biraben – C. Crisciani – B. Fantini – M. L. Broso Bardinnet, *Histoire de la pensée médicale en Occident*, Paris, Éditions du Seuil, Science ouverte, 1995, pp. 274-275

²⁹ P. G. Sotres, «Les régimes de santé», cit., p. 276

³⁰ J. Rossiaud, *Amours vénales*, cit., p. 25

³¹ *Ibid*, p. 36

³² F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 99

³³ *Ibid*, p. 143

³⁴ V. Theis, *Jean XXII et l'expulsion des juifs du Comtat Venaissin*, in «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 1 (19 février 2012), p. 57

Du côté des réglementations locales, on trouve une disposition similaire à celle de Salon à Solsona, en Catalogne, en 1434, pour les prostituées et les juifs³⁵, ainsi qu'à Lérida et à Perpignan. Mais Claire Soussen explique ces mesures, d'une part en raison de la peste, d'autre part en raison de l'obligation de résidence dans la juiverie³⁶. Ces prescriptions tardives évoluent dans un contexte très différent car aucun de ces deux phénomènes – l'épidémie qui débute en 1348 et l'obligation de résider dans un quartier sur lequel nous reviendrons plus tard – n'existe à Salon à l'époque de la rédaction des statuts. Une législation comparable à celle de Salon existe toutefois à la même époque dans le Comtat voisin³⁷ : il s'agit de l'article 137 des statuts d'Avignon datés de 1243³⁸ qui associe prostituées et juifs. La thématique de la souillure du contact avec l'étranger³⁹ est également invalidée par le corpus salonais qui n'inclut jamais les juifs dans la catégorie des *extranei*⁴⁰. Ce n'est donc certainement pas une crainte de contamination qui paraît inclure les juifs à cette mesure vexatoire.

L'interdiction pour les juifs de toucher les aliments au marché pourrait s'expliquer par un jeu de miroir entre règles *halakhiques* et réactions chrétiennes. En effet, les sources hébraïques indiquent parfois que chrétiens et juifs s'excluent mutuellement, voire que la séparation qu'impose la *Christianitas* serait une réponse aux lois juives qui prescrivent l'exclusion⁴¹. L'abattage rituel relève, pour les chrétiens, des «*misteria judeorum*»⁴². En 1254, le concile d'Albi⁴³ que préside l'évêque d'Avignon énonce que les chrétiens ne peuvent consommer les aliments et boissons juives en guise de réponse aux interdits alimentaires juifs⁴⁴. Les statuts d'Avignon, déjà évoqués plus haut, précisent en leur article 84 que la viande abattue selon

³⁵ C. Soussen, *Le «juif intouchable»*, cit., p. 430

³⁶ *Ibid.*, pp. 434-436

³⁷ N. Coulet, «Juif intouchable» et interdits alimentaires», cit., p. 122

³⁸ «CXXXVII *Ne Judei vel meretrices tangant panes vel fructus. Item statuimus quod Judei vel meretrices non audeant tangere manu panem vel fructus qui exponuntur venales ; quod si fecerint, tunc emere illud quod tetigerint teneantur.*» in R. de Maulde-La Clavière (éd.), *Coutumes et règlements de la République d'Avignon au treizième siècle*, Paris, L. Larose, 1879, p. 200

³⁹ C. Soussen, *Le «juif intouchable»*, cit., p. 439

⁴⁰ L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon*, cit., pp. 52-53

⁴¹ C. Soussen, *Le «juif intouchable»*, cit., p. 429

⁴² N. Coulet, «Juif intouchable» et interdits alimentaires», cit., p. 121

⁴³ «§. 66. *Carnes quoque vendere non attentent; et quia in contemptum nostrum Judei aliquibus cibis nostris et potibus non utuntur, firmiter inhibemus, ne aliqui Christiani audeant uti suis.*» In S. Grayzel, *The Church and the jews in the XIIIth century*, Philadelphie, 1933, pp. 334-336

⁴⁴ N. Coulet, «Juif intouchable» et interdits alimentaires», cit., p. 121

le rite juif équivalait celle provenant d'animaux malsains⁴⁵. Les statuts de Salon comportent une disposition similaire assortie de la même peine de dix sous⁴⁶.

Les autorités chrétiennes n'auraient pas vu d'obstacle à la non-consommation de viande de porc par les juifs, cette même viande faisant partie des chairs les moins nobles pour les chrétiens. Cependant, ce que les sources nomment *carnis de lege* ou *carn de ley*, c'est-à-dire la viande conforme à la *halakha*, aurait «accentué l'isolement des juifs, accru assurément la méfiance des chrétiens à leur égard. Elle a suscité la confection d'ordonnances ecclésiastiques, interdisant aux chrétiens de manger de cette viande [...]»⁴⁷.

Pour des raisons évidentes de salubrité, la boucherie est une activité qui fait l'objet de réglementations en Provence. Chacun des statuts urbains pris au XIII^e siècle prévoit des réglementations de l'activité de boucher⁴⁸, la municipalité disposant parfois d'hommes chargés du contrôle des boucheries⁴⁹. Pourtant, Monique Wernham ne trouve pas dans les registres notariaux salonnais la présence d'un boucher juif à Salon comme le prescrit la *cacherout*⁵⁰. Les sources issues de la pratique analysées par Noël Coulet n'indiquent pas que cette mesure ait été appliquée⁵¹. De même, les jugements concernant la vente de viandes juives à des chrétiens ne condamnent pas la vente en tant que telle, mais le fait que la séparation entre les masels n'a pas

⁴⁵ «LXXXIV *De carnibus viciatis vel a judeis interfectis vel macellatis. Item statuimus quod carnes infirme morticine, vel tauri, vel verri vel arietes non vendantur crude vel cocte, in macello vicinis. Item statuimus de porco leproso et de vitulis, agnis et edis qui de ventribus matrum mortuarum extrahuntur. Item statuimus quod tauri et arietes et porci gravati vendantur in transversio cornilinarum. Item statuimus quod carnes de moria vendantur ante casale Urtice quondam et in ipso casali si venditoribus visum fuerit, et quod carnes a Judeis interfecte vel macellate infra nizatariam vendantur; et qui contra hoc fecerit vel aliquod istorum, in X sol. et in amissione carniū puniatur, cujus pene exacte accusator habeat quartam partem. Statuimus etiam quo Salvazine in macello vendi possint. [...]*» in R. de Maulde-La Clavière (éd.), *Coutumes et règlements de la République d'Avignon*, cit., p. 173

⁴⁶ «*Macellarii nullam carnem infirmam vel a judeis occisam vendant ullo modo, ex certa scientia sua, infra castrum vel extra [...]* Si habent transgressores, puniantur in decem solidis et nihilominus carnes amittant quotiens fregerint vel aliquid praedictorum; et ad hoc firmiter observandum omnes macellarii per sacramentum astringantur.» in C. Giraud (éd.), *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, cit., pp. 260-261

⁴⁷ L. Stouff, *Ravitaillement et alimentation en Provence aux XIV^e et XV^e siècles*, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2017, p. 144

⁴⁸ *Ibid.*, p. 126

⁴⁹ *Ibid.*, p. 128

⁵⁰ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., pp. 106-107

⁵¹ N. Coulet, «*Juif intouchable*» et *interdits alimentaires*, cit., p. 122

été respectée⁵². Les bouchers salonnais, qui, semble-t-il, auraient été organisés et fortunés⁵³, pourraient avoir été acteurs de la rédaction des statuts. Ils auraient alors souhaité s'assurer de la salubrité de leur activité et restreindre aux juifs la vente de leur viande dans un souci de concurrence. Une mesure proche se trouvait dans les anciens statuts de la ville⁵⁴.

En outre, un tempérament pour les juifs dans le paragraphe des statuts de Salon nous indique que ces derniers forment un groupe particulier, et dont l'association avec lépreux et prostituées est accidentelle. En effet, il existe plusieurs copies des statuts de la ville de Salon de 1293. Seule une copie contemporaine à la rédaction desdits statuts ajoute, à la suite du paragraphe initial, une disposition précisant «que les Juifs ne devaient pas être persécutés car ils représentaient le souvenir de la Passion du Christ et une restriction au règlement précédent leur permettait de toucher aux aliments sauf au pain et aux fruits»⁵⁵. Cette copie, éditée par Robert Brun⁵⁶, serait, d'après Noël Coulet, un remaniement de la main de l'archevêque d'Arles qui inclut dans les statuts de Salon la doctrine ecclésiastique concernant les juifs⁵⁷.

Ainsi, dans le cas de la lèpre, ce sont des impératifs sanitaires, à la mesure des connaissances médicales de l'époque, qui auraient été à l'origine du paragraphe «*Item statuimus quod nullus Judeus, meretrix vel leprosus*». Concernant les prostituées, il s'agirait tant de raisons d'hygiène que du maintien de l'ordre public en limitant le contact avec les femmes de mauvaise vie. Quant aux juifs, c'est davantage le miroir de la *halakha* qui nous paraît constituer une justification pertinente, à laquelle s'ajoutent des rapports de force d'ordre économique et politique. Pour que cette disposition soit appliquée, encore faut-il pouvoir reconnaître les juifs, prostituées et lépreux dans l'espace public.

⁵² *Ibid.*, p. 123

⁵³ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 71

⁵⁴ «I) *In primis ut macellarii non lucrentur nisi unum nummum in duodecim denariis ; et ut perdices vel aves non emant, ut revendant ; pisces in Quadragesima non emant, ut revendant, ante nonam ; tempore carnali, ante meridiem. Percudes que non cultello sed fatali morbo moriuntur nulla ratione in foro vendant. Carnes a judeis nulla ratione dilaniari*» in R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 287

⁵⁵ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 5

⁵⁶ «XI) *Ne judeus, meretrix, leprosus tangat victualia venalia. [...] Ut autem judeos, quos sancta romana ecclesia permittit inter nos vivere, quia reliquie Jerusalem salve fient, et propter memoriam dominice Passionis, non videamur persequi voluntarie seu gravare, permittimus quod vendentes impune possint judeis dare licenciam tangendi predicta, preter panem et fructus*» in R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 298

⁵⁷ N. Coulet, «*Juif intouchable*» et *interdits alimentaires*, cit., p. 119

B. *L'effectivité d'une mesure vexatoire limitée par l'absence d'obligation de distinction vestimentaire dans le corpus salonais*

Ulysse Robert affirmait que : «Depuis le commencement du XIII^e siècle, les Juifs, les Sarrasins, les hérétiques, notamment les Albigeois, furent soumis à l'obligation de porter sur leurs vêtements un signe extérieur destiné à les faire reconnaître. Plus tard, cette obligation fut, par une sage mesure, étendue aux lépreux ; ensuite elle le fut aux cagots et autres malheureux de la même catégorie et enfin aux filles publiques»⁵⁸. Ce *topos* est souvent repris par les chercheurs, il nous faut alors vérifier ce que prescrivent les statuts de Salon en la matière.

Les statuts prévoient un paragraphe traitant de la matière somptuaire⁵⁹, mais rien n'indique que les juifs, prostituées ou lépreux portent un vêtement dédié. En effet, contrairement aux statuts d'Avignon qui, malgré leur proximité avec les statuts d'Arles, innovent en leur article 116⁶⁰ en ce qu'ils donnent des indications sur la manière dont les filles publiques doivent se vêtir⁶¹, les prescriptions salonaises empêchent seulement les femmes de toutes conditions de porter des bijoux ou couvre-chefs d'une valeur supérieure à trente sous. Les prostituées n'étant pas réputées pour leur richesse, il est douteux que ce paragraphe soit une manière détournée de les empêcher d'attirer les clients. À ce stade de nos recherches, rien n'indique que les autorités salonaises avaient les moyens de reconnaître les prostituées au marché, mis à part par réputation.

Concernant les juifs, Robert Brun expliquait qu'ils devaient porter un

⁵⁸ U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge : Juifs, Sarrasins, hérétiques, lépreux, cagots et filles publiques*, Honoré Champion., Paris, 1891, p. 1

⁵⁹ «*Item, statuimus quod nulla mulier nobilis vel plebeia, seu alia quaecumque, in capite seu indumentis aurum seu argentum seu perlas, fermallos, rosetas, nec stacas dauratas seu argentatas, deinceps portare praesumat, nisi garlandam, usque ad valorem triginta solidorum coronatorum ; si qua vero mulier contrarium fecerit, aurum, argentum, fermallos, rosetas, stacas et res quas portaverit amittat et fisco nostro applicentur; et nihilominus mariti earum vel parentes in quibus potestate fuerunt, in quinquaginta solidos puniantur*» in C. Giraud (éd.), *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, cit., pp. 264-265

⁶⁰ «*CXVI. De mansione et habitu meretricum. Item statuimus quod publice meretrices et ruffiane seu destrales in contracta seu vicinia honestarum personarum nullatenus commorentur, nec vela defferre audeant : meretrices vero publice conjugate a tota civitate penitus expellantur et, si contrafecerint, arbitrio curie puniantur : utrum autem meretrices publice mantellum defferre audeant, sit in arbitrio potestatis*» in R. de Maulde-La Clavière (éd.), *Coutumes et règlements de la République d'Avignon*, cit., p. 191

⁶¹ L. L. Otis, *Prostitution in Medieval Society, The History of an Urban Institution in Languedoc*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, p. 18

signe distinctif⁶². La couleur du signe distinctif ou du vêtement des juifs aurait été le jaune⁶³, parfois le rouge associé ou non au blanc, et quelques fois encore le bleu et le vert⁶⁴. L'Église aurait été à l'origine des premières mesures demandant aux juifs de porter un signe distinctif⁶⁵ par le canon 68 du concile du Latran IV de 1215⁶⁶ qui exigeait des autorités séculières qu'elles mettent en œuvre le port d'un vêtement ou signe distinguant les sarrasins et juifs des chrétiens⁶⁷. Les évêques et archevêques reçoivent d'ailleurs, à la suite dudit concile, une bulle leur intimant d'appliquer les mesures décidées au Latran⁶⁸. Non loin de Salon et d'Arles, à Nîmes, l'évêque ajoute le port d'un signe distinctif dans les statuts de la cité⁶⁹. Certaines autorités séculières prescrivent à leur tour le port d'un signe distinctif pour les juifs comme à Toulouse – décision prise par le comte Raymond VII et le légat du pape – en 1232, à Avignon dans les coutumes de 1243⁷⁰, et à Marseille⁷¹ dans les

⁶² R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., pp. 257-260

⁶³ U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge*, cit., p. 20

⁶⁴ *Ibid*, p. 21

⁶⁵ *Ibid*, p. 7

⁶⁶ «*In nonnullis prouinciis a christianis Iudeos seu Saracenos habitus distinguit diuersitas, set in quibusdam sic quedam inoleuit confusio ut nulla differentia discernantur. Vnde contingit interdum quod per errorem christiani Iudeorum seu Saracenorum et Iudei seu Saraceni christianorum mulieribus commiscantur. Ne igitur tam dampnate commixtionis excessus per uelamentum erroris huiusmodi excusationis ulterius possit habere diffugium, statuimus ut tales utriusque sexus, in omni christianorum prouincia et omni tempore, qualitate habitus publice ab aliis populis distinguantur, cum et per Moysen hoc ipsum eis legatur iniunctum. (...) Illud autem districtissime inhihemus ne in contumeliam Redemptoris aliquatenus prosilire presumant. Et quoniam illius dissimulare non debemus opprobrium qui probra nostra deleuit, precipimus presumptores huiusmodi per principes seculares condigne animaduersionis adiectione compesci, ne crucifixum pro nobis aliquatenus blasphemare presumant.*

<http://telma.irht.cnrs.fr/outils/relmin/extrait30326/>

⁶⁷ D. Sansy, *Marquer la différence : l'imposition de la rouelle aux XIII^e et XIV^e siècles*, in «*Médiévales*», 20 (2001), p. 16

⁶⁸ D. Sansy, *Marquer la différence*, cit., p. 18

Par exemple, les archevêques et évêques de France reçoivent après le concile ceci (Salomon Grayzel précise que le reste de la lettre a été perdu) : «*Mandatur ut permittant Iudeos talem gestare habitum per quem possint inter Christianos discerni, nec ad talem portandum compellant, per quem possint vite dispendium sustinere.*» In S. Grayzel, *The Church and the jews in the XIIth century*, Philadelphie, 1933, p. 140

⁶⁹ D. Sansy, *Marquer la différence*, cit., p. 19

⁷⁰ «*CXXV. Quo tempore Iudei non exeant juzarariam. [...] Item statuimus quod Iudei portent in superiori veste signum rote bene apparentis per quod [a christianis] decernantur, et illud teneantur] portare in sinistra parte supra pectus et non alibi ; et quod omnes judee que conjufate sunt vel fuerunt deferant oralia*» in R. de Maulde-La Clavière (éd.), *Coutumes et règlements de la République d'Avignon*, cit., pp. 195-196

⁷¹ «*14. De signo quod debent portare Iudei. Statuimus quod omnes Iudei a septem annis supra*

statuts de 1255⁷².

L'inapplication du canon 68 du Latran IV dans les statuts de Salon est d'autant plus saisissante que le seigneur de la ville est l'archevêque d'Arles. Il nous faut alors passer en revue ce que prévoit le droit canonique. Ainsi, la prescription latéranienne est rappelée dans les conciles d'Arles de 1234⁷³ et 1260⁷⁴, en particulier les femmes juives doivent porter une *oralia*⁷⁵ sur la tête⁷⁶. Dès lors, l'absence de mention d'un signe distinctif dans les statuts urbains ne signifie pas que la mesure n'a pas été appliquée, bien que le fait qu'elle n'y soit pas rappelée pose question. D'ailleurs, Henri Gross explique dans son *Dictionnaire géographique* que le *Shevet Yehuda* de Salomon ibn Verga mentionne la ville de Salon : la communauté juive salonnaise est alors représentée par Salomon de Tarascon et Mordekhâï ben Joseph d'Avignon qui sont délégués par les communautés juives de la région pour demander l'abolition des nouvelles dispositions qui imposent le port d'un signe distinctif⁷⁷. Le fait que les délégués des communautés juives se soient opposés à la mesure et qu'elle ait été tout de même rappelée dans les statuts et conciles voisins de Salon, indiquerait que le port du signe distinctif a été appliqué à Salon, mais il semblerait avec souplesse par l'archevêque d'Arles.

Au contraire, on trouve peu de mentions de signe distinctif pour les lépreux, mis à part parfois le port d'un vêtement ressemblant aux ordres mendiants⁷⁸. Pour Ulysse Robert, «De la rareté des textes relativement à l'obligation pour les lépreux proprement dits de porter un signe sur

portent vel deferant calotam croceam, vel, si noluerint, portant in pectore unam rotam latam et magnam ad modum palme homonis, ita quod eam nullatenus cooperiant ; et similiter omnes Judee maritale undecumque sint portent orales. Et si quis contra fecerit, solvat proinde qualibet vice pro pena 5 s., vel plus ad libitum rectoris in R. Pernoud (éd.), *Les statuts municipaux de Marseille*, Monaco Paris, Archives du Palais A. Picard, Collection de textes pour servir à l'histoire de Provence, 1949, p. 171

⁷² U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge*, cit., pp. 13-14

⁷³ «*Item, decernimus quod Judei masculi a XIII. annis et supra, deferant extra domos, in superiori veste, in pectore, signum celle, latitudinis trium vel IIII digitorum, nisi sint in vingio constituti. Mulieres autem judee, a XII. annis et supra, oralia deferant extra domos. Si vero judei quicumque pretextu contrafecerint, christianorum eis participium denegetur*» in J. H. Albanès et U. Chevalier (éd.), *Gallia christiana novissima. Histoire des archevêchés, évêques et abbayes de France*. Arles, Imprimerie Valentinoise., Valence, 1899, t. III, col. 384

⁷⁴ U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge*, cit., pp. 11-13

⁷⁵ Notons que ce terme est repris *in extenso* dans les législations séculières avignonnaise et marseillaise.

⁷⁶ D. Sansy, *Marquer la différence*, cit., p. 24

⁷⁷ H. Gross, *Gallia Judaica. Dictionnaire géographique de la France d'après les sources rabbiniques*, Peeters, Paris-Louvain, 2011, p. 654

⁷⁸ U. Robert, *Les signes d'infamie au moyen âge*, cit., pp. 146-148

leurs vêtements, on peut en conclure que cette obligation fut loin d'être générale.⁷⁹ L'iconographie ne représente pas les lépreux avec un vêtement particulier, seule la cliquette, crécelle ou clochette, imposée à partir du XII^e siècle, qui leur permettait de signaler leur présence, est représentée⁸⁰. Les sources littéraires et picturales insistent sur l'aspect visible de la maladie – ulcères, déformations, rougeurs – de manière peu crédible et fantasmée, et évoquent rarement les symptômes plus réels et empiriques comme la perte de sensibilité que relèvent certains ouvrages médicaux⁸¹. On associe aussi aux ladres une chaleur corporelle plus élevée que la normale⁸². Dès lors, c'est seulement lorsque la maladie était visible que les lépreux pouvaient être reconnus.

Les statuts de Salon ne paraissent donc pas «marginaliser» juifs, prostituées et lépreux plus que dans d'autres cités. Au contraire, l'absence de mention de port d'un signe distinctif, par exemple, reste une hypothèse de recherche à approfondir. Enfin, ils regroupent tous les trois des réalités très diverses qui ne peuvent se résumer à une simple peur de la contagion et une volonté de marginalisation. Il faut donc évaluer le degré d'inclusion des juifs, prostituées et lépreux dans la vie économique et politique et l'éventualité d'une organisation communautaire pour envisager la pertinence de l'emploi du qualificatif de marge.

II. *Inclure juifs, prostituées et lépreux dans la vie économique et politique de la cité*

Les juifs, prostituées et lépreux auraient été inclus dans certains pans de la vie économique et politique de la ville de Salon. D'une part, la rationalité de l'organisation de l'espace urbain paraît invalider le schéma centre-marges qu'implique la présence de quartiers dédiés (A). D'autre part, l'existence d'*universitates* constitue un dernier indice d'inclusion politique de groupes dits «marginiaux» (B).

A. Salon, un exemple d'organisation rationalisée de l'espace urbain médiéval dépassant le schéma centre-marges

Un autre *topos* fréquent concernant les «marginiaux» est celui du quartier

⁷⁹ *Ibid.*, p. 158

⁸⁰ F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 187

⁸¹ *Ibid.*, pp. 67-68

⁸² *Ibid.*, p. 70

dédié voire de l'enfermement et de l'obligation de demeurer dans le lieu qui leur a été assigné. Les sources confirment d'ailleurs pour Salon la localisation d'une juiverie, d'un quartier de prostituées et d'une léproserie. Pourtant, il semblerait que l'organisation des villes en quartiers correspond, avant toute chose, à une volonté de rationaliser l'espace urbain. Ainsi, le développement des villes conduit-il les autorités municipales à excentrer les sources de pollutions, comme certains métiers, à partir des XII^e et XIII^e siècles⁸³.

Parmi eux, on retrouve de nombreuses professions de l'artisanat qui provoquent des nuisances – la tannerie, la métallurgie – ainsi que la boucherie et la poissonnerie⁸⁴. On demande alors à ces métiers que «leurs activités [soient] étroitement circonscrites pour que leurs nuisances restent limitées à certains quartiers de la ville»⁸⁵. Salon est une ville réputée pour ses activités de peausserie et liées au tissu⁸⁶. Les juifs y prenaient part en ayant le monopole de la vente de la cochenille, produit précieux qui donne aux vêtements une teinte écarlate, signe de richesse⁸⁷, qui leur a été concédé par l'archevêque d'Arles dès le XII^e siècle⁸⁸.

Si les juifs disposent d'un quartier spécifique, celui-ci doit leur permettre d'exercer leurs activités. Outre le commerce de la cochenille, au XIV^e siècle Anna Rutkowska-Płachcińska explique qu'ils sont aussi orfèvres et travaillent le corail⁸⁹. Ils sont également usuriers⁹⁰, Monique Wernham relevant toutefois que créanciers juifs et chrétiens ne travaillent pas ensemble⁹¹. À la lecture des registres notariés de Salon à la jonction des XIV^e et XV^e siècles, on estime que les juifs sont impliqués dans environ trente-cinq pour cent des transactions, preuve, selon Monique Wernham, de leur importance dans l'activité économique de la ville et de la région qui dépasse leur poids démographique⁹². Les débiteurs des juifs salonnais ne se trouvent d'ailleurs pas seulement dans l'enceinte de la cité, mais surtout dans les villes environnantes⁹³. On compte par ailleurs des médecins et chirurgiens –

⁸³ J.-P. Leguay, *La pollution au Moyen-Age: dans le royaume de France et dans les grands fiefs*, Paris, Ed. J.-P. Gisserot, Gisserot-Histoire, 1999, p. 52

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 11-12.

⁸⁵ C. Soussen, *Le «juif intouchable»*, cit., p. 446.

⁸⁶ A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence*, cit. p. 9.

⁸⁷ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., pp. 234-235.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁸⁹ A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence*, cit., p. 53.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 125.

⁹² *Ibid.*, pp. VIII-IX.

⁹³ A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence*, cit. pp. 54-57.

jusqu'à la moitié des médecins salonnais étaient juifs —⁹⁴, certains pratiquant la médecine dans d'autres villes comme Avignon⁹⁵.

Les juifs sont donc bien intégrés économiquement dans la ville de Salon. D'après les sources, la rue juive se situe dans le centre-ville, tandis que l'église Saint-Laurent derrière laquelle vivent les prostituées est à l'extérieur des fortifications, tout comme la maladrerie et la chapelle Saint-Lazare où se trouvaient les lépreux, au nord de la ville⁹⁶. Les sources indiquent, qu'au moins au début du XIV^e siècle, les juifs ne sont pas cantonnés à ce seul quartier⁹⁷, car ils ne sont pas obligés de s'y regrouper — on y trouve aussi des chrétiens —, un édit de Charles II de 1306 autorisant les juifs à habiter dans les mêmes quartiers que les chrétiens⁹⁸. La juiverie n'était pas close, témoignage du peu de débordements des chrétiens à l'encontre des juifs⁹⁹.

Un tempérament doit toutefois être apporté. Plusieurs activités artisanales et commerciales de la ville sont excentrées à partir du XIII^e siècle¹⁰⁰ — répondant certainement à la limitation de la pollution évoquée plus haut. On peut donc penser que ce regroupement répond davantage à des raisons pratiques propres à l'organisation communautaire des juifs sur laquelle nous reviendrons plus tard.

Dans les sources littéraires comme les fabliaux, les filles publiques ne sont pas exclues de la ville, mais de la famille¹⁰¹, elles font partie intégrante de l'économie des centres urbains et on craint leur cupidité¹⁰². Toutefois à Salon, si certaines femmes sont prêteuses — dont quelques juives, quoique peu nombreuses — il s'agissait de femmes mariées ou veuves, jamais de prostituées¹⁰³. Les statuts de Salon n'indiquent pas l'existence d'un quartier réservé aux courtisanes, contrairement à l'article 49 des statuts d'Arles¹⁰⁴ et

⁹⁴ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁵ H. Gross, *Gallia Judaica*, cit., p. 656.

⁹⁶ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 23.

⁹⁷ A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence*, cit., p. 22.

⁹⁸ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 22.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 184.

¹⁰⁰ A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence*, cit., p. 15.

¹⁰¹ M.-Th. Lorcin, *La prostituée des fabliaux est-elle intégrée ou exclue ?*, in *Exclus et systèmes d'exclusion dans la littérature et la civilisation médiévales. IIe Colloque du CUERMA, Aix-en-Provence, 4-6 mars 1977*, Paris - Aix-en-Provence, CUERMA, diffusion Honoré Champion, 1978, p. 67.

¹⁰² M.-Th. Lorcin, *La prostituée des fabliaux est-elle intégrée ou exclue ?*, cit., p. 65.

¹⁰³ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., pp. 136-137.

¹⁰⁴ «49. — *De Meretricibus. Item, statuimus quod nulla meretrix publica vel leno audeat morari in Arelate in carria proborum hominum, et si forte inveniuntur in dictis locis, quod quilibet illius contrate vel vicinie habeat potestatem expellendi de vicinia, sua auctoritate, et sine pena et contradictione curie*», in C. Giraud (éd.), *Essai sur l'histoire du droit français*

l'article 116 des statuts d'Avignon¹⁰⁵. D'autres sources attestent nonobstant qu'elles étaient regroupées en dehors de la ville, derrière l'église Saint-Laurent, au moins jusqu'au XV^e siècle¹⁰⁶. Seul un paragraphe des statuts de Salon condamnant femme ou homme adultère à l'exclusion de la ville¹⁰⁷ évoque le bannissement en cas de non-conformité aux mœurs, sans toutefois désigner les prostituées.

Le fait que les filles de joie soient mêlées au monde de la délinquance et des jeux d'argent constitue un problème d'ordre public dans les villes¹⁰⁸. Les statuts d'Avignon prohibent les jeux d'argent dans les lupanars¹⁰⁹. Quant aux statuts de Salon, ils interdisent les jeux de hasard à l'intérieur comme à l'extérieur de la ville¹¹⁰, désignant, il semblerait, sans les nommer, les maisons closes également. Les dispositions concernant les prostituées sont donc sévères pour encadrer strictement leur activité car il est impossible de les expulser définitivement¹¹¹, on les retrouve dans les faubourgs. Il semblerait qu'à Salon, ville de plus petite taille qu'Arles et Avignon, la législation ne fût pas aussi détaillée car les mesures coercitives étaient déjà suffisantes.

Pour Françoise Bériac-Lainé, l'encadrement des maladreries par l'Église à partir du milieu du XII^e siècle conduit «la plupart des villes épiscopales [à] dispos[er] d'un tel établissement et le cas contraire correspond surtout

au moyen âge, cit., p. 205.

¹⁰⁵ R. de Maulde-La Clavière (éd.), *Coutumes et règlements de la République d'Avignon*, cit., p. 191.

¹⁰⁶ L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon*, cit., p. 62.

¹⁰⁷ «*Item, statuimus quod quaecumque mulier diviserit virum suum non habitet infra muros castri Salonis, nec extra in suburbiis ; quod de mulieribus statuimus de hominibus praecipimus observari*» in C. Giraud (éd.), *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, cit., p. 258.

¹⁰⁸ J. Rossiaud, *Amours vénales*, cit., p. 41.

¹⁰⁹ «*LXXVII. De ludentibus in nocte post pulsationem campane. Item statuimus ne aliquis in tabernariis, vel trichariis, vel lupanaribus, vel domibus meretricum, seu albergariis, postquam campana nocte pulsata fuerit, ludum audeat exercere : quod si fecerit, quilibet lusorum in V sol. puniatur, et qui eos recepit in X sol., pro singulis vicibus quibus hoc fecerit, puniatur. Si vero non sit solvendo, proiciatur in vallatum cum vestibus quas portabit. Excipimus autem domos in quibus milites et probi homines conveniunt ad morandum et ludendum*» in R. de Maulde-La Clavière (éd.), *Coutumes et règlements de la République d'Avignon*, cit., p. 166

¹¹⁰ «*Item, statuimus ne aliquis famulus stans cum domino pro mercede audeat ludere ad taxillos vel eysaquetos, de die vel de nocte, infra villam vel extra ; et si luserit de die, det duos solidos et sex denarios curiae nostrae pro pena : si de nocte, det quinque solidos ; et qui tales ludentes in domo sua recolligerit, det decem solidos ; et illi qui ludentes ad taxillos vel eysaquetos et illos qui recolligerint ludentes curiae revelaverint habeant medietatem penae et curia aliam*» in C. Giraud (éd.), *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, cit., p. 261

¹¹¹ J. Rossiaud, *Amours vénales*, cit., p. 42

à l'absence de documentation»¹¹². Si l'on ne trouve des sources attestant de la présence d'un lazaret à Salon qu'aux XIV^e et XV^e siècles¹¹³, on peut donc penser que celui-ci existait déjà à l'époque de la rédaction des statuts où la maladie de Hansen était très virulente. La léproserie se trouvait à l'extérieur des fortifications, entre l'hôpital et le quartier des prostituées¹¹⁴. Aucune source ne témoigne d'une implication des lépreux dans la vie de la cité, la maladrerie était administrée par un recteur et vivait des dons et legs¹¹⁵. L'on s'assure de leur salut par la présence d'une chapelle Saint-Lazare, comme le prévoit le canon 23 «*Cum dicat Apostolus*» du concile du Latran III de 1179¹¹⁶, et de leur subsistance ; les lépreux étaient certainement mis à part de la société salonnaise. À Arles, les statuts interdisent aux hommes et femmes atteints de la lèpre l'accès à la ville, et c'est à la même époque qu'apparaissent des «legs *pro leprosis*»¹¹⁷. S'il n'y a jamais eu de séparation stricte des lépreux dans la pratique¹¹⁸, le fait de signaler qu'ils s'approvisionnent au marché en est la preuve, même si la volonté d'éloigner les malades des activités de la cité était réelle.

Juifs, prostituées et lépreux forment des groupes possédant chacun un quartier dédié à Salon. Toutefois, si pour les premiers, la résidence dans la juiverie, située au cœur même de la ville, est une volonté de la communauté, pour les filles publiques comme pour les ladres il s'agit, pour des raisons de mœurs et d'hygiène, de les écarter de la cité. Ils sont proches des autres lieux de pollution de la ville. Reste à savoir si les trois groupes ont véritablement formé des communautés institutionnalisées capables de défendre des droits et de participer à la vie de la cité.

¹¹² F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 162

¹¹³ L. Gimon, *Chroniques de la ville de Salon*, cit., p. 70

¹¹⁴ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 23

¹¹⁵ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 254

¹¹⁶ D. Le Blévec, *Les lépreux peuvent-ils vivre en société ? Réflexions sur l'exclusion sociale dans les villes du Midi à la fin du Moyen Âge*, in C. Carozzi – H. Taviani-Carozzi – D. Le Blévec (dir.), *Vivre en société au Moyen Âge : Occident chrétien VIe-XVe siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, Le temps de l'histoire, 2017, p. 288

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 287

¹¹⁸ C. Thomasset – D. Jacquart, *Sexualité et savoir médical au Moyen âge*, Paris, France, Presses universitaires de France, 1985, p. 252

B. *L'existence d'universitates, un indice d'inclusion politique de groupes «marginiaux»*

Les données fiscales sur lesquelles s'appuient les analyses démographiques sont de très utiles indices de l'implication politique des habitants. Elles permettent de mettre à jour l'existence d'*universitates*, parfois désignées sous le vocable *communitates*¹¹⁹, c'est-à-dire de collectivités formant une personne morale, comme nous dirions de nos jours, et reconnues comme telle, et non pas un simple agrégat d'individus.

D'après l'étude de Monique Wernham, la communauté juive est, au moins au XV^e siècle, très endettée et rencontre de grandes difficultés financières¹²⁰. D'après elle, cela serait dû à la forte pression fiscale, à la fois de l'archevêque d'Arles et du comte de Provence¹²¹. Elle précise en effet que, outre le cens décrit dans un document de 1304, les actes notariés de la fin du XIV^e siècle ajoutent des prêts obligatoires pour l'archevêque¹²² : à quelques exceptions près, l'administration salonnaise se caractérise par les difficultés de la gestion financière de la ville¹²³. Dès le début du XIII^e siècle, l'empereur de Germanie accorde à l'archevêque un péage à Salon pour qu'il règle ses dettes¹²⁴. Les redevances à destination du comte de Provence auraient quant à elles été exigées à partir de 1420, sous la forme de dons extraordinaires, que se seraient répartis entre elles les communautés juives d'Aix-en-Provence, d'Arles, de Marseille, de Tarascon, de Draguignan et d'Apt¹²⁵. Cette pression fiscale de la maison d'Anjou semble s'être alourdie tout au long du XV^e siècle¹²⁶.

Une telle fiscalité ne semble pas avoir été appliquée aux prostituées. Quant aux lépreux, plusieurs conciles les exemptent du paiement de la taille¹²⁷. Dans le Quercy et le Toulousain, certaines communautés de malades sont en autogestion et ont les capacités, au début du XIV^e siècle, de se regrouper pour demander, par exemple, au souverain la confirmation d'exemptions fiscales¹²⁸. Toutefois, des dispositions semblables ne sont pas

¹¹⁹ P. Michaud-Quantin, *Universitas, Expressions du mouvement communautaire au Moyen Âge latin*, Paris, 1970, p. 149-153

¹²⁰ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., pp. 60-61

¹²¹ *Ibid.*, pp. 62-64

¹²² *Ibid.*, p. 63

¹²³ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., pp. 179-181

¹²⁴ *Ibid.*, p. 90

¹²⁵ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 64

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 65-66

¹²⁷ F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 242

¹²⁸ *Ibid.*, p. 248

trouvées en Provence.

Les listes des marchandises soumises au péage et à la leude sont établies en 1304, la cochenille n'y figure pas, mais on ne peut en déduire l'exemption de taxe car ces listes n'étaient pas exhaustives¹²⁹. En 1304, paraît aussi une liste des cens dans laquelle est fait mention de l'*universitas Judeorum* qui évoque une organisation communautaire des juifs à cette époque¹³⁰. Cependant on ne peut véritablement parler d'*universitas Judeorum* qu'à partir de la fin du XIV^e siècle et du début du XV^e siècle¹³¹ où il est fait pour la première fois mention de spécificités pour les juifs en matière judiciaire¹³². En effet, «l'expression [*universitas Judeorum*] souligne que l[a] communaut[é] judaïqu[e] possèd[e] une structure interne ayant une organisation propre, qu'ell[e] agi[t] collectivement au nom de tous [ses] membres sur le plan intérieur comme à l'égard des chrétiens au milieu de qui s'est implanté le groupe.¹³³» Avant le XIV^e siècle, cette organisation communautaire semble avoir été restreinte à Salon même si la communauté choisissait déjà des représentants¹³⁴ et avait le privilège du service de la literie de l'archevêque¹³⁵. Les représentants de la communauté, qui correspondent à un cercle resserré d'individus aisés s'acquittant de la part la plus substantielle de l'impôt¹³⁶, auraient eu essentiellement des fonctions liées à la gestion économique et financière des juifs de la ville¹³⁷ en partageant l'assiette de la taille de la communauté¹³⁸. Ce n'est qu'en 1434 qu'un acte liste les édifices propres à la communauté juive, à savoir «une synagogue, un cimetière, une boucherie, un moulin, un four, un établissement de bains»¹³⁹. Le cimetière juif de Salon est l'édifice pour lequel les traces sont les plus anciennes car il est mentionné dans une source du début du XIV^e siècle¹⁴⁰, les bains juifs dans un acte du milieu du XIV^e siècle¹⁴¹, tandis que les autres datent du XV^e siècle.

Les lazarets de Nîmes, Marseille ou Avignon organisent rituellement l'entrée des lépreux dans la maladrerie, signe de l'instauration d'une

¹²⁹ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 179

¹³⁰ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 6

¹³¹ *Ibid.*, p. 42

¹³² R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 151

¹³³ P. Michaud-Quantin, *Universitas*, cit., p. 52

¹³⁴ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 263

¹³⁵ *Ibid.*, p. 265

¹³⁶ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit., p. 48

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 43-44

¹³⁸ *Ibid.*, p. 185

¹³⁹ *Ibid.*, p. 51

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 52

véritable *societas*¹⁴². Pierre Michaud-Quantin précise que : « Cette notion [de *societas*] concerne plutôt l'histoire économique ou le droit commercial du Moyen-Âge, elle ne joue pratiquement aucun rôle dans la conception de l'*universitas*, dont la réflexion juridique l'a distinguée »¹⁴³. Cette qualification de *societas* est certainement peu opportune pour Salon car, comme énoncé précédemment, la léproserie vit principalement des dons. D'autre part, l'absence de l'institution sur les registres du cens est certainement due au fait qu'elle en était exemptée en tant qu'œuvre de charité¹⁴⁴.

Les maladreries s'organisent aussi en communautés encadrées par l'Église¹⁴⁵, mais si elles deviennent parfois « des *coadunationes leprosororum* – communautés de lépreux – [elles] durent probablement ne jamais enfanter de véritables institutions fondées et autorisées, rester au mieux des *collegia*, auxquels en vérité un fort courant de la tradition décrétaliste ne dénie point la personnalité juridique. »¹⁴⁶. Pour être qualifiée de *collegium*, une collectivité, généralement religieuse, doit toutefois s'établir dans des conditions précises, comme le fait de pouvoir élire son recteur¹⁴⁷. Or, les seules sources fiscales et institutionnelles évoquant les lépreux à Salon sont celles qui signifient que la léproserie est administrée par un recteur choisi par les autorités municipales¹⁴⁸. Les ladres salonais ne furent donc jamais regroupés en une *universitas* capable de représentations et de pouvoirs politiques. Outre leur exclusion de la ville, Guibert de Tournai, franciscain, prescrivait également dans un sermon *ad status* l'interdiction pour les lépreux d'exercer un métier public¹⁴⁹. Le seul point sur lequel les malades ont donc une marge de manœuvre est qu'ils ne sont éloignés de la société qu'à partir du moment où un signe de l'infection est apparent¹⁵⁰. S'ils parviennent à cacher leur état, il leur est alors possible de ne pas vivre reclus.

Concernant les prostituées, Jacques Rossiaud explique que jusqu'à présent c'est plutôt la prostitution organisée qui a fait l'objet de recherche, mais il enseigne qu'il s'agit seulement d'un aspect de la pluralité des prostitutions qui a existé¹⁵¹. Nous ignorons si le commerce charnel salonais

¹⁴² D. Le Blévec, « Les lépreux peuvent-ils vivre en société ? », cit., p. 288

¹⁴³ P. Michaud-Quantin, *Universitas*, cit., p. 67

¹⁴⁴ M. Wernham, *La Communauté juive de Salon-de-Provence*, cit. p. 52

¹⁴⁵ F. Bériac-Lainé, *Histoire des lépreux au Moyen âge*, cit., p. 153

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 160

¹⁴⁷ P. Michaud-Quantin, *Universitas*, cit., p. 73

¹⁴⁸ R. Brun, *La Ville de Salon au moyen âge*, cit., p. 254

¹⁴⁹ N. Bériou – F.-O. Touati, *Voluntate Dei leprosus*, cit., p. 148

¹⁵⁰ S. N. Brody, *The Disease of the soul: leprosy in medieval literature*, Ithaca London, Cornell university press, 1974, p. 93

¹⁵¹ J. Rossiaud, *Amours vénales*, cit., p. 18

était véritablement organisé car seul le faubourg qui leur est dédié est mentionné. Comme expliqué précédemment, il paraît aussi peu probable que les prostituées aient fait partie des usurières à Salon. Par ailleurs, la situation économique des filles publiques ne les fait pas apparaître sur la liste des quelques femmes, souvent des veuves, soumises au cens par leur propriété foncière¹⁵².

Les statuts de la ville de Salon et les autres sources sur lesquelles s'est appuyée cette contribution indiquent que, contrairement à ce que notre regard d'hommes et de femmes du XXI^e siècle pourrait nous laisser penser à la première lecture des statuts, les juifs, prostituées et lépreux ne constituent pas un groupe homogène, mais des groupes difficilement comparables. Leur implication politique et économique dans la ville de Salon est différente. Si on peut parler de «marges» dans la manière dont les juifs, prostituées et lépreux sont répartis géographiquement – et dans des considérations différentes pour ces trois groupes – le qualificatif de «marge» ne saurait s'appliquer à tous les pans de leur vie quotidienne comparativement aux autres groupes tels qu'ils existent dans les sociétés médiévales. Ainsi cette qualification de «marge» nous paraît intéressante dans la mesure où elle donne un point de départ à une étude dynamique des institutions et du droit à l'échelle des villes, mais quelque peu anachronique et inopérante lors du prolongement de l'analyse.

¹⁵² A. Rutkowska-Płachcińska, *Salon-de-Provence*, cit., p. 20

«Juifs», «hérétiques» :
la différenciation des marges religieuses par la doctrine romaniste
(XIIIe-XIVe siècles)

Alexandre Karsenty
Doctorant en Histoire du droit et des institutions
(Université Paris I Panthéon-Sorbonne)

ABSTRACT

The Codex of Justinian opens with a *summa divisio* that contrasts the ‘centrality’ of Catholic Christianity with the ‘margin’ constituted by all other individuals including heretics, pagans, apostates, and Jews who suffered the infamy of heretical dogma (C., 1, 1, 1). Starting in the eleventh century, this textual heritage was the lens by which the *doctores legum* of rediscovered Roman law was obligated to view the legal universe. The purpose of this article is to expose the causes, and define the foundations, that allowed civil doctrine to evolve from indistinct non-legal thought to a concrete tradition of legal thought which highlighted the distinction between two groups that compose the ‘margin’: Jews and heretics.

KEYWORDS

Medieval Roman Law ; Jews ; Heretics

La réflexion actuelle liée au «statut juridique» ou aux «marges» paraît parfois fondre ces notions dans un discours fondé sur «l'égalité», avec une réflexion «inépuisable» – quoique parfois épuisante – sur le «principe de non-discrimination»¹. Suivant une approche réputée *tocquevillienne*, «l'amour de l'égalité» ferait «réagir chacun au regard de ce qu'il estime relever d'un traitement égal». Dans ces conditions, où l'égalité devient un «ressenti (sic)» présent en chaque homme, toute distinction semble suspecte. Les privilèges, abolis depuis la Révolution apparaissent comme immédiatement condamnables, *in limine litis* ; quant à la notion de statut personnel, son importance appartient désormais presque exclusivement au passé, en particulier depuis le processus de décolonisation.

Cette conception relativement nouvelle du monde juridique, produit de l'idéal démocratique des sociétés modernes, est susceptible de vicier la compréhension du juriste qui entend saisir un monde juridique passé,

¹ Les citations du présent paragraphe sont extraites de l'ouvrage de D. Tharaud, C. Boyer-Capelle, *Avant-Propos*, in Delphine Tharaud, Caroline Boyer-Capelle (dirs.), *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 4-5.

dépourvu de passion égalitaire, et au sein duquel les privilèges qui fondent un statut particulier sont avant tout un mode d'administration de la cité parmi d'autres².

Ainsi l'examen du statut des juifs et son rapprochement avec celui des hérétiques dans la doctrine civiliste médiévale doit-il être établi. Aussi doit-il être réalisé en se débarrassant autant que possible du fantôme de la législation occidentale sur les juifs avant et durant la Seconde Guerre mondiale. Cette législation hante – et sans doute est-ce chose normale – le chercheur *situé* au lendemain d'une période indubitablement traumatique dans l'histoire de l'Occident³. Pour autant, si le chercheur du premier lendemain a sans doute quelque motif à faire valoir, il nous semble que cet écueil doit désormais être condamné avec force, en tant que le fantôme constitue aussi un brouillard rendant plus difficile l'approche de la vérité historique. Aussi, les compilations justiniennes du VI^e siècle, conçues comme base de travail des juristes de ce droit romain redécouvert à partir du XI^e siècle, doivent-elles être analysées en ce sens. En un mot, il s'agit de restituer dans leur unicité et leur logique propre, les fondements et l'évolution de la doctrine civiliste au sujet du lien qu'elle établit entre les juifs et une autre catégorie juridique, celle des hérétiques.

Il va sans dire que le droit romain n'est pas fondamentalement mû par un idéal égalitaire. Il s'efforce au contraire de distinguer différentes populations selon des critères qui varient en fonction des époques et des domaines du droit. Singulièrement, le *Corpus iuris civilis* compilé par l'empereur Justinien dans les années 530 consacre une inégalité paradigmatique inaugurale. Elle se traduit par l'intégration de l'édit impérial *Cunctos populos* à une place de choix : dans le premier livre du *Codex*, il constitue le premier texte du premier titre *De summa trinitate et de fide catholica*. Initialement promulgué en 380 sous l'empereur romain Théodose I^{er}, l'édit inaugure ainsi l'œuvre justinienne :

«Nous ordonnons que ceux qui suivent cette loi [l'enseignement des apôtres, la doctrine de l'Évangile, une divinité unique, et une

² F. Saint-Bonnet, V^o «Privilège», in Denis Alland, Stéphane Rials (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, pp. 1209-1212, spéc. 1209.

³ Sur l'importance de considérer le statut juridique des juifs dans l'histoire en se gardant de plaquer des catégories nées du traumatisme particulier en Europe au cours du XX^e siècle, nous nous inspirons de la démarche de Capucine Nemo-Pekelman, *The Ambiguous Notions of Jewish Legal «Statutes» and «Status» in Blumenkranz's Work*, in Philippe Buc, Martha Keil, and John Victor Tolan (dirs.), *Jews and Christians in Medieval Europe, The historiographical legacy of Bernhard Blumenkranz*, Turnhout, Brepols, 2016, pp. 23-34.

Sainte Trinité] soient rassemblés sous le nom de chrétiens catholiques ; quant aux autres, insensés et fous, nous jugeons qu'ils doivent supporter l'infamie attachée au dogme hérétique [...]»⁴.

Telle est donc la *summa divisio* à laquelle les *doctores legum* du bas Moyen-Âge ne peuvent échapper au cours de leur cursus : une centralité composée des chrétiens catholiques d'un côté ; une marge qu'il convient de rattacher au dogme hérétique de l'autre. Une telle opposition, vigoureusement exprimée, n'invite pas véritablement l'expert du droit romain redécouvert à concevoir de façon subtile les différences entre des situations distinctes (juifs, hérétiques, païens, apostats) au sein de cette catégorie générique faite de «fous» et d'«insensés», définie négativement, puis rattachée au dogme hérétique par la constitution *Cunctos populos*.

Surtout, cette *summa divisio* inaugurale du *Codex* conforte tout à fait la façon dont l'hérésie médiévale est *inventée* à partir du XI^e siècle : en effet, comme le révèle André Vauchez, et ce au moins jusqu'à la fin du XIII^e siècle, l'orthodoxie agit telle une «idéologie dominante» et le «christianisme polysémique» n'a plus de sens⁵. Dès lors, «l'hérésie n'est pas une sorte particulière d'expérience subjective, mais bien la conséquence d'un jugement porté par l'institution ecclésiastique sur une option religieuse alternative ou susceptible de le devenir»⁶. Autrement dit, l'*auctoritas Corporis* concorde avec l'époque au sein de laquelle évoluent les *doctores legum*.

Par-delà ce positionnement historiographique, le présent exposé n'entend pas s'insérer directement dans la dialectique centre-marge. Il entend plutôt mettre au jour la façon dont les *doctores legum* se sont confrontés à cette incitation à la non-différence présentée par la constitution *Cunctos populos*. Autrement dit, notre réflexion sur la différence ne portera pas sur celle qui gouverne le centre des marges, mais bien les marges entre elles.

Plus précisément, le processus de différenciation que nous visons ici est celui consistant à distinguer les juifs des hérétiques, et non l'inverse. Autrement dit, le fait que les hérétiques ne sont pas juifs n'est pas discuté ; l'inverse, l'est. Enfin, notre travail entend se focaliser sur l'originalité de la

⁴ C., 1, 1, 1. trad. J. Rougé et R. Delmaire, *Les lois religieuses des empereurs romains, de Constantin à Théodose II (312-438), v. I, Code théodosien, Livre XVI*, Paris, Cerf, coll. «Sources chrétiennes», 2005, p. 116. Il s'agit d'une traduction de la version théodosienne du texte (*C. Th.*, 16, 1, 2), quasiment repris à l'identique dans le *Codex* de Justinien, et parfaitement identique pour ce qui concerne le passage cité.

⁵ A. Vauchez, *Orthodoxie et hérésie dans l'Occident médiéval (X^e-XIII^e siècles)*, in S. Elm, É. Rebillard, A. Romano (dirs.), *Orthodoxie, Christianisme, Histoire*, École française de Rome, 2000, pp. 321-332, spéc. p. 332.

⁶ *Ibid.*, p.327.

pensée que dévoilent les sources de la doctrine civiliste médiévale, excluant de notre documentation les sources canoniques. En effet, d'une façon générale, l'historiographie s'est plutôt intéressée aux juifs dans le champ canonique des droits savants⁷ ; en outre, la comparaison des différentes catégories d'infidèles a déjà fait l'objet de travaux en droit canonique⁸. Ainsi, l'approche romaniste est tout à fait originale en tant que travail doctrinal réalisé à partir du *Corpus iuris civilis* mis à disposition des *doctores legum*. Le contenu du *Corpus* est logiquement plus pauvre que celui des compilations canoniques sur le plan théologique, et ne révèle qu'un rapport ambigu entre juifs et hérétiques.

Dès lors, malgré la *summa divisio* inaugurale, malgré la pauvreté apparente des dispositions du *Corpus iuris civilis* sur le sujet, et enfin malgré un contexte historique d'affirmation de l'orthodoxie susceptible d'entraîner une négation des différences au sein de ce qui n'est pas orthodoxe, les *doctores legum* parviennent-ils à différencier clairement les juifs des hérétiques ? En partant des premiers civilistes du droit romain redécouvert, des écoles provençale, bolonaise, puis orléanaise, il s'agit de montrer qu'une claire différenciation est le fruit d'une longue évolution doctrinale, entre le XII^e siècle et le XIV^e siècle. Au départ, et ce sans doute en raison de la pauvreté des dispositions du *Corpus iuris civilis* sur le sujet, il faut se contenter d'une pensée non juridique de l'indifférenciation entre juifs et hérétiques (I) ; c'est seulement à partir de la seconde moitié du XIII^e siècle qu'une première différenciation opère, jusqu'à l'élaboration d'une doctrine juridique de la différenciation entre juifs et hérétiques (II).

I. Une pensée non juridique de l'indifférenciation entre juifs et hérétiques

Les premiers glossateurs paraissent mal distinguer juridiquement les juifs des hérétiques. Cela semble s'expliquer par une conception large de l'hérésie (A). En effet, insistant sur une conception large de l'hérésie, les juifs finissent même par être tenus par Azon († 1225), pour une espèce d'hérétiques (B).

⁷ W. Pakter, *Medieval Canon Law and the Jews*, Ebelsbach, Gremer, 1988, 379 p., spéc. sur la différenciation du régime juifs-hérétiques, pp. 179, 186, 204.

⁸ H.-J. Becker, *Die Stellung des kanonischen Rechts zu den Andersgläubigen : Heiden, Barbaren, Juden*, in L. Grenzmann (dir.), *Wechselseitige Wahrnehmung der Religionen im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit*, Berlin, De Gruyter, coll. "Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-Historische Klasse", 2009, vol.1 : Konzeptionelle Grundfragen und Fallstudien, pp. 101-124.

A. Une conception large de l'hérésie à l'origine de la conception romaniste du judaïsme

Pour comprendre la façon dont les premiers glossateurs envisagent le rapport entre juifs et hérétiques, il faut recourir à un examen de la définition de l'hérésie telle qu'ils la rapportent. Il semblerait de fait qu'en fonction du sens plus ou moins large conféré à l'hérésie par les romanistes, le rapport entre juifs et hérétiques diffère.

Nous l'avons vu, la définition de l'hérésie se pose rapidement avec l'édit *Cunctos populos* (C., 1, 1, 1). Par cette *divisio* inaugurale, l'hérésie, plus qu'elle ne se pose fortuitement, s'impose inéluctablement à ceux qui glosent. Autrement dit, par sa position dans le *Codex*, l'hérésie est une porte d'entrée inévitable afin d'accéder au sens du *Corpus*. Les glossateurs ne peuvent y échapper. Mais ce n'est que quelques constitutions impériales plus loin que les rédacteurs de *Summae* la définissent, lors de l'examen du cinquième titre de ce premier livre, de *Haereticis et Manicheis, et Samaritanis* (C., 1, 5).

Ainsi, le juriste provençal Géraud (XII^e siècle), en respectant l'esprit de la constitution *Cunctos populos*, rattache clairement l'hérésie au contexte chrétien. Pour cela, le juriste opère par raisonnement analogique : puisque la foi désigne implicitement celle de la vraie religion, alors l'hérésie doit désigner celle qui se positionne contre la vraie religion, c'est-à-dire contre la foi catholique⁹. Pourtant, ce raisonnement analogique ne masque que partiellement un aspect dont le juriste a semble-t-il conscience : si l'hérésie a certes quelque chose à voir avec une centralité chrétienne, elle est aussi susceptible d'échapper à cette articulation logique «religion catholique» *versus* «hérésie». L'articulation ne permet de renvoyer qu'à une définition spécifique de l'hérésie. Cette conception de l'hérésie (comme opposition à la religion catholique) doit être présumée, nous dit l'auteur. Mais l'hérésie trouve aussi une acception large (*generaliter*) : «généralement toutes les fois lors desquelles on se trompe»¹⁰. Un glossateur postérieur tel que Placentin († 1192) n'hésite pas à mentionner l'étymologie grecque du terme¹¹.

⁹ Géraud, *Summa codicis*, I, 5 (De hæreticis) : «set tamen hic non de omni errore, set de eo qui contra catholicam fidem est loquitur. ut cum audis sine adiectione fidem, summa intelligere debemus, ita cum heresim audis, ea accipienda est que contra ueram religionem sit» (éd. Fitting, *Die Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, pp. 10-11). Sur l'attribution de la *Summa Trecensis* à Géraud le Provençal (et non à Irnerius), A. Gouron, *Qui était l'énigmatique maître G. ?*, in «Journal des Savants», III (1990), pp. 269-289, spéc. p. 271.

¹⁰ Géraud, cit. : «Heresis quidem est generaliter, quotienscumque in aliquo erratur».

¹¹ Placentinus, *Summa codicis*, I, 5 (De hæreticis) : «Hæresis græce ualeat diuisio, inde hæretici quasi diuisi, id est separati a fide catholica, a religione orthodoxa. Inde herciscunde uerbum trahitur». (éd. Moguntiae, 1536, p. 11).

Or, il nous semble que cette double conception de l'hérésie, tenue par les premiers civilistes constitue le facteur essentiel d'une possible confusion entre juifs et hérétiques. En effet, tant pour ce qui concerne le sens large qu'en ce qui concerne le sens plus restreint conféré à l'hérésie par les premiers glossateurs, aucune rupture logique ne peut strictement exclure les juifs du champ des hérétiques : les juifs se trompent quant à leur lecture de l'Ancien Testament (sens large), laquelle erreur les place en opposition à la vraie foi, catholique (sens strict)¹².

Cette conception de l'hérésie comme erreur prend son origine dans la littérature patristique, laquelle trouve un prolongement médiéval grâce aux lexicographes contemporains de l'époque des juristes. Sans retracer exhaustivement toute la chaîne menant des origines patristiques à la réception romaniste, une voie possible est celle commençant avec Isidore († 636), reprise dans le *Liber Glossatorum* (VIII^e-IX^e siècles), lui-même largement utilisé par Papias le Lombard (XI^e siècle)¹³.

De ces œuvres lexicographiques, nous soulignons – à visée principalement didactique – trois grandes conceptions de l'hérésie et des hérétiques. Elles ne sont pas pour autant contradictoires, mais mettent l'accent sur différents aspects : l'hérésie est entendue dans un sens restreint et symptomatique, comme un éloignement de l'Église ; elle est aussi considérée comme une erreur ; et d'autres fois comme un choix. L'hérésie comme éloignement de l'Église est mentionnée par Isidore¹⁴. C'est l'approche la plus commune de l'hérésie : celle d'un chrétien qui dévie de la doctrine orthodoxe. À ce titre, il est évident que les juifs ne peuvent être tenus pour hérétiques. En revanche, les deux autres dimensions sont susceptibles de concerner les juifs, ainsi que nous invite à le relever Céline Martin, dans le contexte wisigothique. Par une approche étymologique, Isidore voit en l'hérésie un choix :

«L'hérésie vient de "choix" en grec, de ce que chacun choisit pour lui-même ce qui lui paraît le mieux, comme les philosophes péripatéticiens, académiciens, épicuriens et stoïciens, ou comme

¹² E. Bain, *Aux sources du discours antihérétique ? Exégèse et hérésie au XII^e siècle*, in F. Mercier, I. Rosé (dirs.), *Aux marges de l'hérésie*, Presses universitaires de Rennes, 2017, pp. 53-83, spéc. pp. 58-59.

¹³ Sur la présence de l'œuvre d'Isidore de Séville au sein de l'université médiévale, voir J. Verger, *Isidore de Séville dans les universités médiévales*, in J. Fontaine et C. Pellistrandi (dirs.), *L'Europe héritière de l'Espagne wisigothique*, Madrid, Casa de Velázquez, Collection de la Casa de Velázquez, 2018, pp. 259-267.

¹⁴ Isidorus Hispalensis, *Etymologiae*, VIII, 5, 1 : «*Quidam etiam haeretici, qui de Ecclesia recesserunt*» ; cité par C. Martin, *Les juifs wisigothiques, un peuple hérétique*, in «Revue de l'histoire des religions», t. 234 (2017), p. 324.

ceux qui, méditant un dogme pervers, sont sortis de l'Église de leur propre chef. C'est pourquoi l'hérésie est désignée par le mot grec traduit par «choix», car par elle chacun choisit soi-même, de sa propre décision, toute chose qu'il veut établir ou adopter pour soi¹⁵.

Les juifs, en faisant le choix de méditer un «dogme pervers», peuvent ici facilement être assimilés à des hérétiques. Enfin, Isidore, dans les *Sententiae*, tout en distinguant judaïsme et hérésie, considère que l'idolâtre qui passerait vers l'un ou l'autre ne fait que passer d'une erreur de l'infidélité à une autre erreur¹⁶. Ainsi, le judaïsme et l'hérésie apparaissent l'un et l'autre comme des erreurs. Ces définitions sont largement reprises, de façon plus concise dans les lexicographes médiévaux comme l'*Elementarium* de Papias le Lombard.

Or, nous savons que dès la renaissance du droit romain en Occident, ces œuvres sont connues des juristes qui précèdent et suivent Irnérius. Ainsi, Pepo, considéré comme le premier acteur de cette renaissance n'ignorait pas Isidore. Lucas Loschiavo n'hésite pas à représenter la «méthodologie» de Pepo ainsi : «if it is by now certain that Pepo was truly a teaching lawyer, it is equally beyond doubt that he taught holding Justinian in one hand and Isidore in the other». Et l'auteur de pointer la persistance de l'influence isidorienne parmi les juristes postérieurs tels que Placentin, Jean Bassien († 1197), et, plus tard, Accurse († 1263) et Odofrède († 1265)¹⁷. De même, le lexicographe Papias est connu des premiers civilistes, et notamment des juristes provençaux comme Placentin¹⁸. Or, Papias définit l'hérésie selon des termes largement inspirés d'Isidore, en réunissant les trois dimensions précitées de l'hérésie (déviance, choix, erreur) de façon concentrée aux termes des entrées «heresis», «heretici» ou «hereticum» de son *Elementarium*¹⁹.

¹⁵ *Ibid.*, VIII, 3, 1 : «*Haeresis Graece ab electione vocatur, quod scilicet unusquisque id sibi eligat quod melius illi esse videtur, ut philosophi Peripatetici, Academici, et Epicurei et Stoici, vel sicut alii qui perversum dogma cogitantes arbitrio suo de Ecclesia recesserunt*» ; cité et traduit par Céline Martin, cit., p. 324.

¹⁶ *Id.*, *Sententiae*, I, 16, 15 : «*Qui ab idolatria ad iudaismum uel heresem transeunt, iuxta prophetam de malo ad malum labuntur, et Dominum non cognouerunt, quia de infidelitatis errore, in errorem alium transierunt*» ; cité par Céline Martin, cit., p. 325.

¹⁷ Luca Loschiavo, *Isidore of Seville and the construction of a common legal culture in early medieval Europe*, in *Clio@Themis* [En ligne], t. 10, 2016, s. p., §. 16-17.

¹⁸ J.-M. Carbasse, *De verborum significatione quelques jalons pour une histoire des vocabulaires juridiques*, in «Droits», t. 39 (2004), p. 9.

¹⁹ Papias, *Elementarium*, V° «heresis» : «*graece ab electione dicitur, quod scilicet unusquisque id sibi eligat, quod melius ei esse videtur*» ; V° «heretici» : «*dicuntur qui de Deo vel creatura, sive de christo, vel ecclesia prave sentiunt, ac de hinc conceptam noui erroris perfidiam pertinaci prauitate defendunt*» ; V° «hereticum» : «*autem facit aut dum scripture sacre figurata minus intelliguntur misteria adque historice ueritatis et spiritualis sensus,*

Ce rapide examen des sources lexicographiques confirme la propension des premiers civilistes à reprendre – directement ou indirectement – l’approche isidorienne. Si la seule approche visant à définir l’hérésie se résumait à mentionner ceux qui dévient de la doctrine de l’Église, alors il n’y aurait sans doute pas lieu de postuler une ambiguïté : les juifs n’ont jamais suivi *la voie*, ils n’ont donc aucune raison d’en dévier. Mais puisque l’hérésie apparaît comme une *erreur* dans la foi, alors le judaïsme peut directement être concerné, par son rejet de la *Lex nova*. Il nous semble que la prééminence de l’hérésie comme erreur, dans le discours civiliste, est à l’origine d’une ambiguïté concernant le judaïsme et qui se confirme au cours de la génération suivante des glossateurs.

B. *L’assimilation azonienne des juifs aux hérétiques*

Les civilistes provençaux, malgré une approche de l’hérésie plus large que la simple déviance chrétienne, n’ont pas assimilé les juifs aux hérétiques. Pour preuve, Géraud, lors de son résumé du titre *De Iudæis et Cælicolis*, assimile expressément les cælicoles aux hérétiques, mais ne précise rien sur les juifs à ce sujet. Le défaut d’une mention expresse s’agissant des juifs, conjugué à la mention expresse s’agissant des cælicoles laisse penser que Géraud ne conçoit pas les juifs comme hérétiques, à la différence des cælicoles²⁰. Placentin poursuit une analyse identique²¹.

Il nous importe donc d’expliquer comment, en l’espace d’une génération de glossateurs, le rapport entre juifs et hérétiques est clairement revisité. En fait, tout semble montrer que la génération précédente, tout en ne procédant pas elle-même à une assimilation des juifs aux hérétiques, a comme préparé le terrain pour la génération suivante, du fait de l’héritage isidorien.

Ainsi, Azon, dans la *Summa* qu’il rédige durant les années 1210, en vient

non consideratur differentia, aut dum pro curiositate animus cupidus, delectatur scire latentia» (BNF, ms. lat.7622A, f° 90vb). Contrairement à ce que mentionne la notice de la Bibliothèque Nationale, le manuscrit ne présente pas le *Vocabularium* d’Huguccio, mais bien l’*Elementarium* de Papias, voir à ce sujet G. Dahan, *Éléments philosophiques dans l’Elementarium de Papias*, in Haijo Jan Westra (dir.), *From Athens to Chartres : Neoplatonism and Medieval Thought*, Leyde, Brill, 1992, p. 226.

²⁰ Géraud, *Summa codicis*, I, 9 (De iudæis et cælicolis) : «*Celicole quoque uanam superstitionem sibi uendicant : ideo et de his apponit. Nisi enim errorem suum reuocauerint, hereticorum penis subiciuntur*», (éd. Fitting, *Die Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 13). Notons ici qu’il ne s’agit pas d’une assimilation par la définition, mais d’une assimilation par la peine encourue.

²¹ Placentinus, *Summa codicis*, I, 9 (De iudæis et cælicolis) : «*cælicolæ dicuntur qui cælum colunt & cæli lumina. Hi nisi sana habere desierint, tanquam summi heretici astringentur*» (éd. Moguntia, 1536, p. 11).

clairement à tenir les juifs pour hérétiques :

«Au-dessus [C., 1, 5], les hérétiques sont traités comme genre [*in genere*], ils sont maintenant présentés en espèce [*in specie*]. Ou alors, il est dit au sujet des chrétiens qu'ils honorent d'une manière complète [*plenissime*] la religion divine. Maintenant, étudions le cas des juifs, qui révèrent et honorent Dieu *ad litteram* et d'une manière semi-complète [*semi plenissime*], et se trompent plus légèrement que les autres hérétiques»²².

Ces quelques phrases méritent que l'on s'y attarde un instant pour relever l'assimilation des juifs aux hérétiques et le fondement de cette assimilation. Les juifs et les hérétiques sont articulés par Azon selon les catégories logiques de *genre* et d'*espèce* : ayant traité auparavant des hérétiques comme *genre*, à l'occasion de la rubrique C., 1, 5, il présente celle sur les juifs et les cælicoles (C., 1, 9) comme une occasion de traiter une *espèce* d'hérétiques, en l'occurrence les juifs. En réalité, l'articulation *genus / species* avait déjà été mobilisée par Azon au sujet des hérétiques. Sous la rubrique consacrée, Azon relève au sujet de son titre complet *De haereticis et manichaeis et samaritis*, que le *Corpus* comporte régulièrement la mention du genre suivie ensuite de l'espèce. Et le célèbre juriste, à cette occasion, d'étayer son affirmation par des exemples²³. Ceci appelle deux remarques. D'abord, Azon ne cite pas *De iudaeis et caelicolis* comme exemple, alors que le titre se trouve à proximité de celui des hérétiques et concerne aussi les questions religieuses. Nous en déduisons que les cælicoles, bien qu'accolés aux juifs par les codificateurs ne sont pas tenus comme une espèce de juifs par Azon. Et surtout, en considérant sous la rubrique C., 1, 5, l'hérétique comme *genus* et les manichéens et les samaritains comme *species*, puis, plus tard sous la rubrique C., 1, 9, l'hérétique comme *genus* et les juifs comme *species*, Azon semble donc ranger les juifs dans la catégorie des hérétiques au même titre que les samaritains ou les manichéens. L'expression «les autres hérétiques» finit de nous convaincre : les juifs figurent donc parmi les «autres hérétiques».

²² Azo, *Summa codicis*, I, 9 : «*De haereticis in genere dictum est supra, modo ponit in specie. Vel sic, supra dictum est de Christianis, qui plenissime diuinam religionem colunt : nunc videamus de Iudaeis, qui semiplene, & ad litteram Deum reuerentur, & colunt, & leuius errant, quam alii haeretici*» (éd. Lugduni, 1596, p. 24).

²³ *Ibid.*, I, 5 : «*Dictum est supra de ministris catholicae fidei : nunc audiamus de aduersariis eius, id est, de haereticis in genere, et specialiter de Manichaeis, et Samaritanis : qui perfidiores haereticis sunt, et maiori et speciali poena digni, ut infra dicemus : et similiter ponitur De servitutibus et de aqua [C., 3, 34]. Saepe enim posito genere, ponitur species : praemissa specie supponitur genus : ut ff. Ad legem Aquiliam, l. Si servus servum §. Inquit [D., 9, 2, 27, 13]*» (éd. cit., p. 21).

Quant au fondement de cette assimilation des juifs aux hérétiques, les termes employés par le juriste bolonais rappellent ceux énoncés par ses prédécesseurs au sujet de l'erreur²⁴. Ces termes, nous l'avons vu, étaient eux-mêmes tirés de l'approche isidorienne. Aussi les juifs honorent-ils Dieu de manière «semi-pleine», et se trompent (*errant*). Dès lors, c'est cette persistance dans l'erreur – dont Azon reconnaît qu'elle est moindre que celle des autres hérétiques – qui permet au juriste de ranger les juifs parmi les hérétiques.

Néanmoins, l'instauration de cette appartenance des juifs au genre des hérétiques ne saurait être seulement expliquée par l'héritage isidorien. Pour preuve, les prédécesseurs d'Azon ont davantage énoncé les différentes dimensions de l'hérésie, sans pour autant franchir explicitement le pas d'assimiler les juifs aux hérétiques. Il s'ensuit que cet héritage a probablement été «réactivé» par des considérations contemporaines de l'époque azonienne. Nous ne pouvons les énoncer ici de façon exhaustive, et devons hélas nous contenter de restituer un contexte général de la rédaction de la *Summa* d'Azon, autour de 1210.

Dans un moment d'affirmation de la *christianitas*²⁵, c'est précisément durant la seconde moitié du XII^e siècle et au début du XIII^e siècle que la polémique anti-juive trouve une place particulière au sein de la polémique antihérétique. Il existait une forme de tolérance ancienne à l'égard des hérétiques, avec l'espoir qu'*in fine* ils se convertissent. Mais à partir de la seconde moitié du XII^e siècle, une nouvelle vision émerge : celle de sauver les fidèles du danger des brebis malades. Par ce biais, les juifs (comme les sarrasins), finissent par être considérés comme une menace pour l'intégrité de la foi, et placés sur le même plan que les déviationnistes hérétiques. Ainsi, en se fondant sur le célèbre verset biblique *littera enim occidit, spiritus autem vivificat*²⁶, on reproche aux juifs comme aux hérétiques une interprétation

²⁴ La reprise de l'hérésie-erreur par Azon sous la rubrique *De iudaeis et caelicolis* (C., 1, 9) est d'autant plus intéressante qu'elle n'est pas celle privilégiée sous la rubrique consacrée aux hérétiques (C., 1, 5), Azon préférant l'acception plus commune de l'hérésie-déviance, et de la division, cf. *Ibid*, n°1 : «*Et quidem haereticus est, qui vel leui argumento a iudicio et tramite catholicae religionis detectus fuerit deuiare, ut infra eodem, l. ij. in finali* [C., 1, 5, 2, 1]. *Vel qui non est membrum sanctae catholicae ecclesiae, vel qui est diuersarum haeresim, ut in authentiqua, De priuilegiis dotis haereticis mulieribus non praestandis, collatione 8, nouella 119 (sic)* [Auth., 109 = Nov. 114]» (éd. cit., p. 21).

²⁵ Le présent paragraphe emprunte à l'analyse de ce moment charnière par R. Manselli, *La polémique contre les juifs dans la polémique antihérétique*, in M.-H. Vicaire et B. Blumenkranz (dir.), *Juifs et judaïsme de Languedoc : XIII^e siècle-début XIV^e siècle*, Toulouse, Privat, 1977, pp. 251-267.

²⁶ 2 Co. 3, 6.

trop littérale de la Bible²⁷. Et le thème de l'erreur dans la foi apparaît clairement comme dénominateur commun. Tel est par exemple le cas dans l'œuvre du théologien italien Joachim de Flore († 1202) : «les écoles des hérétiques et les synagogues des juifs enseignent leur erreur à leur fils et se hâtent de les promouvoir, comme maître de leur «perfidie», sous prétexte de piété»²⁸.

Une hypothèse additionnelle mérite d'être mentionnée comme à l'origine de l'assimilation des juifs aux hérétiques. Comme l'a démontré le Professeur Marie Bassano, l'approche civiliste de l'hérétique de la fin du XII^e siècle passe d'abord par une réflexion sur la peine et leurs incapacités²⁹. Or, il est vrai que ces deux populations marginales trouvent logiquement des points communs dans leurs incapacités. Ainsi, l'ambiguïté atteint son paroxysme lorsqu'Azon, pour fonder l'interdiction d'accéder à la fonction publique des hérétiques, utilise la constitution *Hac victura* (C., 1, 9, 18) laquelle ne mentionne en fait que les juifs³⁰.

Finalement, l'assimilation azonienne des juifs aux hérétiques n'est donc ni une complète rupture, ni une complète continuité avec la tradition civiliste : la génération précédente des glossateurs, tout en ne franchissant pas le pas d'assimiler les juifs aux hérétiques, a transmis un appareil doctrinal ayant permis à Azon de le faire. Cette assimilation semble donc reposer sur la réactivation d'une conception de l'hérésie-erreur, liée au contexte d'affirmation de la *christianitas* au début du XIII^e siècle. Reste alors à se demander si cette assimilation a été poursuivie par les générations postérieures des civilistes, et notamment le plus illustre d'entre eux, Accurse.

II. Une doctrine juridique de la différenciation entre juifs et hérétiques

Après le paroxysme azonien de l'assimilation des juifs aux hérétiques, succède une volonté des juristes postérieurs de les différencier. D'abord

²⁷ R. Manselli, cit., p. 254.

²⁸ Ioachim Florensis, *Liber Concordiae* IV, 26 ; cité par Raoul Manselli, cit., p. 255.

²⁹ M. Bassano, *Normativer l'anormal : l'esprit juridique des normes anti-Vaudois de la fin du XII^e siècle*, in «Revue de l'histoire des religions», t. 228, 2011, pp. 509-539, spéc. pp. 550-551. Cette approche davantage fondée sur les peines que sur la définition (au sens aristotélien du terme) s'explique largement par l'influence de la constitution *Cunctos populos*.

³⁰ Azo, *Summa codicis*, I, 5 : «*Item ad regimen reipublica creari non debent ut infra, De iudaicis. l. ultima. [C., 1, 9, 18]*» (éd. cit., p. 22).

timide parmi la génération de juristes suivant directement Azon (A), il faut attendre le renouveau initié par l'École d'Orléans, afin qu'une véritable doctrine de la différence émerge (B).

A. Une première différenciation timide liée à la pensée azonienne

Accurse, rédacteur de la Glose Ordinaire du *Corpus iuris civilis* et ancien étudiant d'Azon semble plus explicite que son maître quant à la différenciation des juifs et des hérétiques. Néanmoins, et c'est aussi le cas de son «rival» bolonais Odofrède, cette différenciation nous semble trop aléatoire et non suffisamment fondée juridiquement pour trancher explicitement avec l'assimilation azonienne.

Ainsi, dans la Glose, le juriste florentin commence par relever l'interdiction aux hérétiques de se rassembler, telle que la mentionne la constitution impériale *Nullus haereticis* (C., 1, 1, 2). Glosant le terme *obstinatio*, Accurse explique que si les hérétiques avaient le droit de se rassembler, alors sans doute cela les encouragerait-ils à perdurer dans leur dureté³¹. Accurse relève alors une apparente contradiction avec la constitution *In synagoga* (C., 1, 9, 4), autre texte du *Codex*. En effet, alors que la constitution *Nullus haereticis* interdit aux hérétiques de se rassembler, comment se fait-il que les juifs voient leur lieu de rassemblement protégé par le droit romain en vertu de la constitution *In synagoga* ? Si l'auteur de la Glose Ordinaire avait clairement différencié les juifs des hérétiques, alors sans doute aurait-il pu se contenter de mentionner que les juifs ne sont pas des hérétiques, ce qui expliquerait la différence de régime quant au lieu de culte.

Mais là encore, reprenant une rhétorique azonienne, Accurse considère qu'«il en est différemment au sujet des juifs qu'au sujet des autres hérétiques»³². Les juifs sont donc bien une espèce sans doute particulière d'hérétiques, mais des hérétiques tout de même. Jusque-là, rien ne diffère donc du raisonnement d'Azon. Néanmoins, il complète son propos et ce complément révèle une ambiguïté, pour ne pas dire une contradiction avec ce qui précède : si une différence existe, c'est «parce que les juifs ont reçu la loi du Seigneur, mais pas les hérétiques»³³. Ainsi, au moment d'expliquer

³¹ Accursius, *Gl. ord. ad C.*, 1, 1, 2, pr., *Nullus haereticis*, V^o *Obstinatoris* : «*id est durioris futuri ob hoc si eis licet conuenire, et facit infra eodem (sic) l. in finali [C., 1, 1, 2] et infra De haereticis et manichaeis et samaritis l. iii [C., 1, 5, 3] et in authentica De interdictis collegiis haereticorum, § I, collatione VIII (sic) [Auth., 9, 12 = Nov. 132], sed contra De iudaeis, In synagoga [C., 1, 9, 4], sed aliud est in iudeis quam alijs hereticis, quia et ipsi legem acceperunt a domino. Sed heretici non*» (*Glossa in Codicem*, Venetiis, 1490, f^o 4rb).

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

la cause de l'assimilation azonienne, Accurse pose le premier jalon d'une différenciation, avec la disparition du terme *aliis*.

Une telle ambiguïté se retrouve également dans l'œuvre d'Odofrède, au moment de faire le lien entre les différentes rubriques au commencement du *Codex*. Nous l'avons vu, ce dernier est magistralement inauguré par la constitution *Cunctos populos*. Mais rapidement sont mentionnés les cas de personnes qui se situent en dehors de la foi catholique. Dans ce contexte, les hérétiques sont traités (C., 1, 5), puis les juifs (C., 1, 9). Et Odofrède de dresser une typologie fondée sur la bonté de chacun : l'épiscopat et les clercs sont qualifiés de *boni homines*, et les hérétiques de *mali homines*. Quid alors des juifs ? Odofrède répond que «les juifs ne sont pas totalement bons»³⁴. De même, lorsqu'il s'agit de traiter de questions techniques relatives à l'héritage, Odofrède n'hésite pas à mettre sur le même plan le collège juif et le collège hérétique, qu'il considère tous deux comme des *collegia illicitum ratione sectae*³⁵.

Ainsi, la position médiane des juifs dans «l'échelle» des bons hommes d'une part et la qualification identique du collège juif et du collège hérétique, tous deux considérés comme illicites pour motifs de secte, sont symptomatiques de cette différenciation timide opérée par Odofrède : il y a certes une différence en ce que les juifs ne sont jamais compris comme une sorte d'hérétiques, mais cette différenciation est atténuée par la mise en évidence de traits communs, que ceux-ci soient de l'ordre du fait (la bonté) ou du droit (le statut juridique des *collegia iudaeorum haeticorumque*).

En ce milieu du XIII^e siècle, cette première différenciation timide paraît suivre la trame dessinée par Raoul Manselli dans le champ polémique, mais aussi pratique : les juifs semblent disparaître de l'horizon des controverses contre les hérétiques au milieu du XIII^e siècle, lorsque paraissent les deux plus grands polémistes contre les cathares et les vaudois, Jacques de Capellis et Moneta de Crémone († 1238). Ainsi la polémique contre les cathares et les vaudois finit-elle par tout absorber. De même, sur le plan de la pratique, si les Inquisiteurs surveillent les juifs, eux-mêmes les excluent de la catégorie des hérétiques, limitant seulement leurs préoccupations liées aux juifs au retour de convertis vers le rite judaïque, et aux complices éventuels³⁶.

³⁴ Odofredus, *Com. ad C.*, 1, 9, De iudaeis, super rubr. : «*Rubricam istam continuabitis supra De episcopis et clericis [C. 1, 3] habuitis de bonis hominibus. Postea de hereticis id est de malis hominibus. Et quia iudei non sunt omnino boni, ideo ponit de iudeis [...]*», (*In primam Codicis partem*, Lugduni, 1552, f° 33ra).

³⁵ *Id.*, *Com. ad C.*, 1, 2, 1, *Habeat unusquisque*, n° 4 : «*cum collegium est illicitum ratione sectae : ut quia est hereticorum, val iudeorum, non potest relinqui collegio*» (*Ibid.*, f° 7rb).

³⁶ R. Manselli, cit., pp. 264-265. Sur la Bulle *Turbato corde* (Clément IV, 1267), voir

Ainsi, en proposant une première différenciation entre les juifs et les hérétiques, les civilistes actifs au milieu du XIII^e siècle semblent suivre la tendance polémique et pratique précitée. Les occurrences relatives à l'erreur des juifs se font plus rares et l'héritage isidorien se dissout dans l'articulation du discours post-azonien. Enchaînée dans la tradition d'Azon, la première génération suivant le maître bolonais n'opère qu'une différenciation timide. Il faut attendre la fin du XIII^e siècle pour qu'une véritable pensée juridique ne se forme au sujet de la différence entre juifs et hérétiques.

B. L'élaboration d'un fondement juridique à la différence théologique par l'École d'Orléans

Bien que l'Université d'Orléans ne soit créée qu'en 1306 sous le pontificat de Clément V, l'enseignement du droit à Orléans lui est bien antérieur³⁷. Ainsi devient-elle, durant la seconde moitié de ce siècle un lieu d'enseignement marquant un renouveau avec la tradition bolonaise, et particulièrement la Grande Glose. Comme le souligne le Professeur Marie Bassano, la Glose d'Accurse est connue dès les premières générations professorales des années 1235-1260, bien qu'ils ne l'allègent que très rarement de façon expresse³⁸. Ce n'est qu'à partir des années 1260 que la citation expresse devient la norme, sans pour autant devenir systématique³⁹. En somme, tout en étant un «élément incontournable», la Glose Ordinaire n'acquiert jamais le statut d'*auctoritas*⁴⁰. Jacques de Révigny († 1296), arrivé à Orléans dans les années 1250, commence à enseigner au milieu des années 1260⁴¹. Et comme le souligne le Professeur Georges Chevrier, Jacques de Révigny «n'est ni un adversaire systématique ni un opposant passionné. Il se sert sans cesse d'elle, souvent d'une manière occulte et sans la citer, la reproduisant sans vergogne, la simplifiant, la clarifiant, l'émondant

Projet RELMIN, Notice n°268771, *Le statut légal des minorités religieuses dans l'espace euro-méditerranéen (V^e- XV^e siècle)*, [en ligne].

³⁷ R. Feenstra, *L'école de droit d'Orléans au treizième siècle et son rayonnement dans l'Europe médiévale*, in «Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique», t. 13 (1992), pp. 2342, spéc. pp. 25-26.

³⁸ M. Bassano, «*Dominus domini mei dixit...*». *Enseignement du droit et construction d'une identité des juristes et de la science juridique. Le studium d'Orléans (c.1230-c.1320)*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2008, t. 1, pp. 282-284.

³⁹ *Ibid.*, p. 285.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 290.

⁴¹ F. Soetermer, M. Bassano (additions), V^{is} «Révigny (*de Ravenneio, de Ravigneio*) Jacques de», in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dirs.), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Quadrige, pp. 867-870, spéc. p. 867.

ou à l'inverse la complétant»⁴².

Il nous semble que cette grille d'analyse permet de mieux comprendre la façon dont Jacques de Revigny enrichit la conception du rapport entre juifs et hérétiques à l'appui des dispositions du *Corpus iuris civilis*. Il la développe, comme Accurse, à l'occasion de son commentaire sur la loi *Nullus haereticis* (C., 1, 1, 2) dont nous proposons une traduction, avant d'en examiner les termes :

«Est opposé à cette loi. [la loi *Nullus haereticis*] affirme ici que les hérétiques ne peuvent avoir un lieu dans les villes, à l'intérieur duquel ils exerceraient leur hérésie. Contre cette loi, il est affirmé que les juifs peuvent avoir des synagogues dans les villes, d'après la loi *In synagoga* [C., 1, 9, 4]. Je réponds qu'il en va différemment des juifs des hérétiques, car le raisonnement est différent. Je réponds que les juifs ont reçu la Loi *ab initio*, d'où le fait qu'ils ne se tiennent pas éloignés de la vérité à l'origine. Au contraire, on ne voit pas [le tout] comme totalement faux. Car en effet, on ne voit pas comme totalement faux ce qui ne se tient pas éloigné de la vérité à l'origine, d'après la loi *Cum filius* [D., 31, [1], 76, 3]»⁴³.

D'abord, le juriste orléanais semble s'inscrire dans la tradition bolonaise en faisant référence à la Grande Glose. À l'instar des maîtres qui le précèdent à Orléans, la référence est implicite. Ainsi rappelle-t-il l'*oppositio* entre l'interdiction faite aux hérétiques de s'assembler en vertu de la loi *Nullus haereticis*, et la protection des synagogues des juifs en vertu de la loi *In synagoga*. De même, l'auteur semble élucider cette contradiction en établissant «qu'il en est différemment des juifs et des hérétiques», les premiers ayant reçu la Loi, ce qui n'est pas le cas des seconds. À ce stade du raisonnement, Jacques de Révigny ne se distingue donc pas de la Glose.

Pour autant, il faut constater une légère différence dont l'importance

⁴² G. Chevrier, *Jacques de Révigny et la Glose d'Accurse*, in Guido Rossi (dir), *Atti del convegno internazionale di studi accursiani : Bologna, 21-16 ottobre 1963*, Milan, Giuffrè, vol. 3/3, 1968, pp. 979-1004, spéc. p.982.

⁴³ Jacobus de Ravanis, *Lectura ad C., 1, 1, 2, Nullus haereticis* : «*Opponitur ad legem istam. Dicit hic quod heretici non possunt habere locum in ciuitatibus in quas exerceant suam heresim. Contra lex dicit quod iudei possunt habere synagogas in ciuitatibus, infra De iudaeis. l. In synagoga [C., 1, 9, 4]. Respondeo aliud in iudeis, aliud in hereticis. Quia est ratio diuersitat. Respondeo. Iudei ab initio acceperunt legem, unum non carent primordio veritatis. Immo non videtur in toto esse falsum. Nam non videtur in toto esse falsum quod non caret primordio veritatis, argumento ff. De legatis et fideicommissis l. Cum filius. § Heres [D., 31, 76, 3]*» (Petri de Bellapertica...*Lectura...super prima [-secunda] parte Codicis*, Parrhisiis, 1519, réimp. anast., *Lectura super Codice*, Bologne, Opera Iuridica Rariora, 1967, f° 2va).

est inversement proportionnelle : la disparition totale de l'expression *aliis haereticis*. À l'origine mentionnée par Azon, l'expression avait été reprise par Accurse, lequel avait pour autant clairement différencié les juifs des hérétiques. Cette disparition semble s'inscrire dans une démarche, non de contradiction, mais de clarification de la Glose⁴⁴. L'ambiguïté accusienne tenait au fait qu'en reprenant l'idée que les juifs s'inscrivent comme une espèce parmi les autres hérétiques, Accurse prenait pour autant soin de les différencier. Avec Révigny, la conception du rapport entre juifs et hérétiques est désormais pleinement déliée de la matrice azonienne : «il en va différemment des juifs des hérétiques».

Par la suite, le maître orléanais, se fondant sur la tradition bolonaise expurgée de son ambiguïté, peut alors approfondir la particularité des juifs. Aussi est-il le premier à proposer une pensée fondamentalement juridique de la différence. Il cherche en effet à «décliner» juridiquement, la vérité historique ou théologique. La vérité historique est que «les juifs ont reçu la Loi *ab initio*, d'où le fait qu'ils ne se tiennent pas éloignés de la Vérité [sous-entendu, la Vérité du christianisme] à l'origine». Comment alors fonder juridiquement une différence de traitement entre les assemblées de juifs et les assemblées d'hérétiques ? Jacques de Révigny introduit pour cela le principe suivant : ne pas tenir pour totalement faux ce qui, à l'origine n'est pas éloigné de la vérité. Ce principe est tiré d'un fragment de Papinien extrait du titre relatif aux legs et aux fidéicommiss du Digeste (*D.*, 31, 76, 3). Le cas envisagé par le fragment est le suivant : Sempronius lègue quelque chose en vertu d'un testament, puis le légataire rédige à son tour un testament par lequel il demande à l'héritier de donner à Titius ce que Sempronius lui a légué. Entre temps, le légataire devenu à son tour testateur effectue une novation par laquelle le legs ne lui est plus dû en vertu du testament. À la question de savoir si cette novation devait porter préjudice au légataire final (Titius), Papinien répond que non, car on ne saurait voir comme totalement faux ce qui était originellement vrai.

Ici, le maître orléanais révèle, par-delà le principe, une analogie tout à fait pertinente pour différencier les juifs des hérétiques. Les juifs se retrouvent dans la fonction d'intermédiaire, représentée par le légataire-testateur du fragment de Papinien. Le legs qu'ils ont reçu à l'origine et qu'ils ont transmis, notamment aux chrétiens, a certes depuis fait l'objet d'une «novation» avec l'avènement du Christ. Il n'empêche qu'on ne saurait voir la Loi qu'ils ont reçue *ab initio* comme désormais totalement fautive alors qu'elle était vraie à l'origine. Et puisque les juifs sont au moins partiellement

⁴⁴ G. Chevrier, cit., p. 984.

proches de la vérité, alors il y a lieu de les distinguer des hérétiques, dont l'erreur est *a contrario* supposée totale.

Le parcours des sources civilistes du XII^e au XIV^e siècle révèle un véritable travail interprétatif afin de dépasser la marge indifférenciée, telle qu'établie par la *summa divisio* inaugurale du *Corpus*. Cette *summa divisio*, selon une dialectique «centre» (constituée des chrétiens catholiques) *versus* «marge» (constituée des catégories juridiques résiduelles), n'invitait pas spontanément à une telle différenciation au sein de la marge. Pour autant, tout en conservant l'orthodoxie au centre de leur raisonnement, les civilistes parviennent progressivement à penser la marge juridique, et à distinguer clairement en son sein les juifs des hérétiques.

Notre approche diachronique révèle, nous l'espérons, la façon dont le rapport au texte du *Corpus* fonde la pensée : structurées par la *summa divisio* du *Corpus* d'une part et l'héritage isidorien, les premières générations de glossateurs, tout en ayant toujours conscience de la singularité du judaïsme, entretiennent le matériau initial à travers une approche large de l'hérésie. Cela permet à Azon de considérer les juifs parmi «les autres hérétiques». Il faut attendre le renouveau orléanais pour qu'une véritable doctrine de la différenciation soit consacrée, grâce à une volonté d'éclaircissement de la Glose d'une part, et la recherche d'un fondement véritablement juridique d'autre part. Et puisque le motif de différenciation repose sur la transmission de la Loi et donc de son héritage, alors le droit des successions du *Digeste* apparaît comme un outil somme toute pratique au service de la différenciation.

Notons enfin qu'en dépit de ce changement doctrinal indubitable, l'évolution ne repose pas tant sur des ruptures, mais bien sur une logique d'empilement, avec le *Corpus* comme *auctoritas* constante, typique du monde de la connaissance médiévale. Cette fabrique du droit peut évoquer à bien des égards la fabrique d'un autre système juridique... celui du judaïsme rabbinique.

La fille publique, un agent social marginalisé (1791 – 1946)

Samantha Pratali

Maitre de conférence en Histoire du droit à l'Université catholique de Lille

ABSTRACT

From 1791 to 1946, the French government tolerated the practice of prostitution on the national territory. Prostitutes therefore had normative recognition of their activity and a singular legal status. These women can nevertheless be qualified as subjects of amputated rights, since they cannot move freely in the public space and the exercise of their activity - admittedly in the heart of the city - is limited to geographical areas. The abolition of prostitution regulations in 1946 is hardly a social progress since prostitutes are no longer agents of the social body and are sent back to a kind of non-humanity cloistering them in a victim status.

Dans l'imaginaire collectif, la prostituée est une marginale¹, or durant la période réglemendariste la prostituée est au cœur du droit et donc au cœur de la société puisqu'il existe des normes non répressives de la prostitution. La marginalité de la prostituée doit dès lors s'entendre comme celui d'un statut singulier. Alors que les civilisations antiques, mésopotamienne², grecque³ ou romaine⁴ donnaient un statut privilégié – et donc certes marginal, ce privilège étant aussi une mise à distance – à ces femmes, l'expansion de la pudicité chrétienne marque un point de rupture théorique avec ces civilisations antiques⁵.

Ce point épistémique a donc des conséquences juridiques puisque la pudeur est inhérente aux concepts juridiques de moralité publique et de bonnes mœurs. Ils vont être les mots d'ordre, et la justification, de l'intervention des pouvoirs de l'État en matière de prostitution, car, au fil du temps, la notion de bonnes mœurs, qui a pénétré le droit dans un ensemble

¹ M. Dottin-Orsini, D. Grojnowski, Paris, 2017.

² J. Bottéro, *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, Folio, Histoire, Saint-Amand, 2012, pp. 342-359.

³ C. Landau, *Les courtisanes dans la Grèce classique : entre réalité et représentation. Approche prosopographique, philologique et rhétorique*, Th. de doctorat en sciences de l'antiquité – philologie classique, Strasbourg, 2018 ; C. Mossé, *La femme dans la Grèce antique*, Paris, 2014, pp. 62-77.

⁴ F. Dupont, *La matrone, la louve et le soldat : pourquoi des prostitué(e) "ingénues" à Rome*, in : Clío. Histoire, femmes et sociétés, 2003-17, pp. 21-44.

⁵ M. Foucault, *Histoire de la sexualité, 4. Les aveux de la chair*, Paris, 2018.

de textes, apparaît comme un référent régulateur⁶. Durant l’Ancien Régime, la prostituée est un agent transgressif du droit car il y a, durant cette période, la mise en œuvre d’un dispositif répressif à l’égard de ces femmes⁷ mais à la Révolution, le discours médical au sujet des maladies vénériennes devient suffisamment normatif pour être intégré dans le discours du pouvoir. Le glissement d’une politique prohibitionniste, où la prostitution est interdite et réprimée, à une politique où la prostitution est tolérée entraîne une délégation de compétence à l’autorité locale qui doit désormais apporter des réponses aux problèmes de la prostitution, notamment sanitaires en organisant, régulant et en surveillant l’activité prostitutionnelle⁸. En effet, à partir de 1791, la prostitution n’est plus considérée comme mauvaise par nature, mais comme une activité qui occasionne des atteintes à l’ordre public. Le dispositif de tolérance, dit «réglementariste», qualifie la prostitution de «plaie chronique de l’humanité»⁹, car celle-ci nuit à la société et à l’individu, mais elle est, dans le même temps, «une nécessité résultant de l’organisation sociale»¹⁰. Ainsi, par quel procédé le droit réintroduit-il les prostituées au sein du corps social dès 1791 ?

La prostitution et par suite les prostituées sont mises en administration grâce à toute une architecture de lois et règlements structurant l’exercice de ce métier¹¹. La prostitution est donc tolérée dans un espace délimité, les maisons de prostitution, par voie réglementaire¹². La polarisation des vices dans un espace fermé afin de protéger la population n’entraîne pas relégation des espaces de débauche à l’extérieur de la ville, ils sont au contraire en plein

⁶ B. Lauvaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, 2005.

⁷ S. Pratali, *Droit et prostitution du XVII^e siècle à nos jours : interactions entre pouvoir national et locale. Études à partir des archives départementales des Bouches-du-Rhône*, Th. de doctorat en histoire du droit, 2020, pp. 41-76.

⁸ Loi des 19-22 juillet 1791, Titre I, art. 10, J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois...*, t. 3, Paris, 1824, p. 137.

⁹ J.-F. Jeannel, *De la prostitution dans les grandes villes au XIX^e siècle et de l’extinction des maladies vénériennes*, Paris, 1868, p. 138.

¹⁰ «À la société, car elle blesse sa morale et ses intérêts, en procurant au vice l’apparence du luxe et du bien-être, et en arrachant à une vie utile et laborieuse quelques-uns de ses membres qui, au plus tard, tombent à sa charge ; À l’individu, parce qu’elle compromet sa vie et son avenir, et qu’elle le voue toujours à l’infamie, et presque toujours à la misère». A. Le Rat de Magnitot - M. Victor Huard-Delamarre, *Dictionnaire de droit public et administratif*, Paris, 1841, art. Prostitution, p. 418.

¹¹ Si l’activité prostitutionnelle est appréhendée en dehors de toutes problématiques morales et sur le strict plan juridique, l’intervention de l’administration publique afin de réglementer cette activité permet de l’assimiler à un métier.

¹² Décret des 19-22 juillet 1791 relatif à l’organisation d’une police municipale et correctionnelle, J.B. Duvergier, *Collection complète des lois*, cit., pp. 132-144.

cœur de la commune, confrontant les riverains aux prostituées (II). Même si le dispositif réglementariste réintroduit les prostituées dans le corps social par la reconnaissance normative de leur activité au sein de la cité, la manière dont cette réintégration est faite relève de la stigmatisation, notamment par le processus de l'étiquetage (I).

I. *L'étiquetage des prostituées*

La reconnaissance officielle de la prostitution passe par le recensement. Pour cela, sont créés, par les pouvoirs locaux, les registres des mœurs sur lesquels les filles dites «publiques» doivent se faire inscrire. En principe, l'adjectif «public» signifie «qui concerne le peuple, qui appartient à l'État»¹³ ; ces femmes, auxquelles s'appliquent les règlements, seraient collectives, à l'usage de tous, voire la «chose de l'administration»¹⁴. Dans le cas particulier de la prostitution, le sens «connu de tous» est le plus acceptable puisque le dispositif réglementariste a pour objectif d'identifier et comptabiliser celles qui se prostituent. Les arrêtés municipaux sont rédigés dans des termes assez larges et donnent une définition extensive «des filles publiques»¹⁵. Néanmoins, seuls deux genres de prostituées officielles sont tolérées : celles qui sont en maisons et celles qui sont isolées. Les femmes se prostituant en maison se placent sous la dépendance d'une maîtresse¹⁶, elles y sont «logées et nourries et restent d'une façon constante, sous la surveillance de la police»¹⁷. Celles qui sont isolées ont quant à elles un domicile particulier¹⁸, distinct du lieu où elles se livrent à la prostitution – il peut s'agir par exemple d'une maison de rendez-vous¹⁹.

¹³ A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 3, 2 000, pp. 3001-3002.

¹⁴ H. Mireur, *La prostitution à Marseille : histoire administration et police, hygiène*, Paris, 1882, p. 140.

¹⁵ Cependant, la cour de cassation dans un arrêt du 23 avril 1898 reconnaît l'illégalité d'un arrêté municipal dont les articles «seraient conçus en termes trop généraux, susceptibles d'être invoqués contre des personnes ne rentrant pas dans la catégorie des filles publiques», Cass., crim., 23 avril 1898, Bull. n°169, p. 309.

¹⁶ ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 14-3°.

¹⁷ ADBdR, 5 W 398, Arr. portant sur la prostitution du 18 octobre 1940, art. 11.

¹⁸ ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 2.

¹⁹ L'autorité municipale considère comme maisons dites de passe ou de rendez-vous celles où les femmes louent, à l'heure ou à la nuit, des chambres pour se livrer à la débauche, celles où les femmes sont réunies dans une pièce dans l'attente des clients, ou encore plus largement, tout lieu où ces filles se rendent momentanément.

Il n'en demeure pas moins que celle qui souhaite se prostituer doit obligatoirement faire une demande d'inscription sur le registre des mœurs auprès de l'autorité compétente : le maire ou le préfet²⁰. À défaut d'inscription, la prostituée dite «clandestine» est passible d'une contravention de deuxième classe punie d'une amende de six à dix francs²¹.

Lorsqu'une femme souhaite se faire inscrire sur les registres, elle doit remettre à l'autorité publique son acte de naissance, ou tout autre document attestant non seulement de son identité, mais surtout de son âge puisque les mineurs de seize ans ne peuvent être inscrits sur les registres²².

Ces documents sont conservés par l'autorité publique qui remet en échange une carte sanitaire.

Cette carte, qui remplace les documents d'état civil, comporte outre le numéro de matricule et les informations d'identification, les résultats des visites sanitaires qu'elle doit subir deux fois par semaine.

Par cette nouvelle identité administrative, la femme qui se livre officiellement à la prostitution change d'état, elle n'est plus une femme du corps social, elle devient une «fille publique». En revanche, il serait contraire à la justice et aux bonnes mœurs de retenir dans les voies de la prostitution, les filles publiques qui manifestent l'intention d'en sortir²³ ; ces femmes ont

ADBdR, 4 M 890, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 20 novembre 1878, art. 20 ; ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 14-2° ; ADBdR, 4 M 899, Lettre du commissaire de sûreté de Marseille du 14 mai 1928.

²⁰ ACA, D2-15, Règlement concernant les filles publiques du 23 avril 1831, art. 1^{er} ; Bibliothèque Méjanes, Aix-en-Provence, Aff. 1854.05.20, Règl. de police concernant les filles publiques et les maisons de tolérance du 20 mai 1854, art. 1^{er} ; ACA, D2-23, Arr. concernant les filles soumises du 25 novembre 1886, art. 1^{er} ; ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 3 ; ACA, I1-44, Arr. portant règlement sur le service des mœurs du 19 octobre 1907, art. 2 ; ADBdR, 5 W 398, Arr. portant sur la prostitution du 18 octobre 1940, art. 2 et 3 ; ADBdR, 4 M 890, Arr. de police relatif concernant les femmes livrées à la prostitution du 22 juillet 1821, art. 1^{er} ; ADBdR, 4 M 890, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 20 novembre 1878, art. 2 ; ADBdR, 4 M 891, Arr. portant Règl. général du service des mœurs du 8 juillet 1907, art. 2 ; ADBdR, 5 W 398, Arr. préfectoral des Bouches-du-Rhône portant réglementation générale de la prostitution et du contrôle sanitaire des prostituées du 10 juin 1942, art. 4.

²¹ Code pénal 1810, art. 475.

²² ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 21 ; ADBdR, 4 M 890, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 20 novembre 1878, art. 15 ; ADBdR, 4 M 891, Arr. portant règl. général du service des mœurs du 8 juillet 1907, art. 15 ; ADBdR, 5 W 398, Arr. préfectoral des Bouches-du-Rhône portant réglementation générale de la prostitution et du contrôle sanitaire des prostituées du 10 juin 1942, art. 24.

²³ A. Parent du Châtelet, *De la prostitution dans la ville de Paris, considéré sous le rapport de l'hygiène publique, de la morale et de l'administration*, t. 2, Paris, 1836, p. 420.

le droit d'exiger leur radiation²⁴ en faisant la demande auprès de l'autorité qui les ont inscrites, donc la radiation n'est pas systémique, ce qui contraint certaines d'entre elles à fuir. En cas d'autorisation de suppression du registre, l'autorité rend à la demanderesse ses documents officiels en échange de la carte sanitaire²⁵.

Le recensement sur les registres n'est pas seulement volontaire, c'est-à-dire à la demande de l'intéressée, il peut être le résultat d'une mesure administrative²⁶.

La tolérance de la prostitution passe donc par la reconnaissance normative des filles publiques, en créant une catégorie juridique exceptionnelle²⁷. Les filles publiques ont des obligations spécifiques, mais ces mesures particulières sont prises dans l'intérêt de la sécurité, de l'ordre et de l'hygiène publique²⁸.

L'existence même du registre des mœurs produit des effets pratiques et symboliques²⁹. Les prostituées sont recensées dans un document à part de la population et une administration spéciale en a la charge : le service des mœurs. Il est composé à la fois de la police des mœurs, bureau spécial de la police municipale qui a pour attribution directe la surveillance de la prostitution³⁰, et du médecin des mœurs désigné par l'autorité municipale ou préfectorale pour faire les visites sanitaires³¹.

La tolérance de la prostitution par le droit construit une identité sociale

²⁴ ACA, D2-15, Règl. concernant les filles publiques du 23 avril 1831, art. 19.

²⁵ ACA, D2- 25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 3.

²⁶ Afin de procéder à l'enregistrement d'office, il doit exister une certitude que la fille se livre manifestement à la débauche. Le pouvoir local prévoit un faisceau d'indices : fréquentation habituelle de femmes reconnues comme débauchées ; arrestation en récidive sur la voie publique pour conduite contraire aux bonnes mœurs, ou propos et actes licencieux, communication du mal vénérien, la nature des relations, lorsqu'elles causeront du scandale ou provoqueront des plaintes.

²⁷ La Cour de cassation parle de classement parmi un ensemble d'individu contrevenant tous à l'ordre public, Cass., crim., 6 avril 1894, Bull. n°82, p. 123.

²⁸ Cass., crim., 28 septembre 1849, D.P 1849-5-26.

²⁹ D.l Lochak, *La race : une catégorie juridique*, in *Actes du colloque «Sans distinction de race»*, Revue «Mot», n° 33, p. 302.

³⁰ Pour plus de précision quant à son organisation et à son fonctionnement à Marseille se rapporter à H. Mireur, *La prostitution à Marseille*, cit., pp. 234-239, mais aussi pour une comparaison avec la ville de Paris à l'ouvrage de J.-M. Berlière, *La police des mœurs sous la III^e République*, Paris, 1992, ou encore à L. Fiaux, *La police des mœurs en France et dans les principaux pays de l'Europe*, Paris, 1888, et à E. Raynaud, *La police des mœurs*, Paris, 1934.

³¹ S. Pratali, *Droit et prostitution du XVII^e siècle à nos jours*, cit., pp. 105-107.

de la fille publique à partir de laquelle se déclenche un processus de marginalisation lié au contrôle du lieu de travail, du lieu de vie qui affine l'écart entre vie au travail et vie privée.

Dans les Bouches-du-Rhône, l'autorité publique s'intéresse à la distribution interne des maisons de tolérance. Chaque fille doit avoir une chambre séparée, sur laquelle, à l'instar des portes de prison ou d'hôpital, est inscrit, à l'intérieur, comme à l'extérieur, en chiffres très visibles, le numéro de la chambre³². Les filles publiques vivent dans la maison, leur lieu d'habitation étant alors contigu au lieu de travail. La chambre où elles reçoivent les clients est celle où elles ont leurs effets personnels et où elles dorment. De plus, elles ne peuvent se mouvoir en toute liberté dans le bâtiment les rares fois où elles ne sont pas au travail, les maisons de tolérance sont aussi vulgairement appelées «maison d'abattage».

À l'extérieur de l'établissement, leur circulation est aussi limitée, voire interdite. En effet, pendant plus d'un siècle, cette catégorie de la population, en raison de son activité professionnelle³³, s'est vu restreindre l'accès à l'espace public.

Les limitations d'accès à l'espace public concernent principalement les filles publiques isolées. Les filles publiques n'ont donc pas le droit de se balader sur les places et promenades publiques³⁴, ni même de fréquenter les lieux publics, car ceux-ci sont entièrement dévolus à la rencontre et constituent un cadre éminemment favorable aux interactions sexuelles vénales facilitant la mise en relation de la demande et de l'offre prostitutionnelle. Les filles publiques ne peuvent donc pas se rendre au théâtre, aux fêtes de bal, au café, au cabaret, à la brasserie, aux buvettes, café-concert, et autres débits de boisson³⁵, encore moins aller au cinéma³⁶, dans les cabarets³⁷, assister à des spectacles³⁸, ou à des réunions publiques³⁹. L'interdiction de fréquenter ces lieux est absolue et met les filles publiques dans une situation de solitude.

³² ADBdR, 5 W 398, Arr. préfectoral des Bouches-du-Rhône portant réglementation générale de la prostitution et du contrôle sanitaire des prostituées du 10 juin 1942, art. 20-3.

³³ La Cour de cassation assimile les arrêtés municipaux réglementant la prostitution à une réglementation de métier, Cass., crim., 26 mai 1900, Bull. n°195, p. 311.

³⁴ ACA, D2-15, Arr. mun. 23 avril 1831, art. 8.

³⁵ ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 10-8 ; ACA, I1-44, Arr. portant règlement sur le service des mœurs du 19 octobre 1907, art. 9.

³⁶ ADBdR, 4 M 892, Règl. général du service des mœurs du 15 décembre 1939, art. 15.

³⁷ ACA, D2-15, Règl. concernant les filles publiques du 23 avril 1831, art. 10.

³⁸ Bibliothèque Méjanès, Aix-en-Provence, Aff. 1854.05.20, Règl. de police concernant les filles publiques et les maisons de tolérance du 20 mai 1854, art. 7.

³⁹ ACA, D2-23, Arr. concernant les filles soumises du 25 novembre 1886, art. 6.

Elles ne peuvent exister en dehors des lieux de prostitution et ne sont guère considérées comme des individus pouvant se divertir.

Les rares cas où l'autorité publique laisse la possibilité aux filles publiques d'être dans l'espace public, ces dernières doivent être invisibles. Pour cela elles ne doivent pas être reconnaissables par leurs vêtements⁴⁰. Ces exigences ont une fonction idéologique d'homogénéisation, de normalisation de la représentation des corps, dans un souci du maintien du bon ordre, et sociale dans la mesure où, dans cet espace, la fille publique doit pouvoir être assimilée aux autres femmes, notamment issues de la bourgeoisie. Par exemple, au milieu du XIX^e siècle elles ne peuvent sortir «coiffées en cheveux»⁴¹, c'est-à-dire sans coiffe. Si de manière générale les autorités n'imposent pas de ségrégation par le vêtement, elles légifèrent néanmoins sur des coutumes vestimentaires en exigeant la décence des mises. En cas de tenue considérée comme provocante, la fille publique peut être détenue plusieurs jours au commissariat de police par mesure disciplinaire⁴². En effet, à une époque où la pudeur du corps est prépondérante, le dévoilement outrancier du corps de la femme est indécent. Nous supposons dans notre cas que l'indécence ne vient pas du bas de costume, mais au dévoilement de la poitrine.

D'autres espaces de la vie sont modifiés par l'appartenance au corps des filles publiques. Tout d'abord du point de vue médical, elles ne jouissent pas du secret médical⁴³. Les informations sur leur état sanitaire circulent entre les différentes institutions administratives, policières et hospitalières.

Du point de vue de l'emploi, l'autorité locale n'autorise pas la fille publique à exercer une autre activité. Cette interdiction n'est pas directement établie à l'égard des filles soumises, mais à l'égard des gérants d'établissement. Ces interdictions poursuivent un double objectif. D'une part, prévenir les abus de prostitution clandestine, en exigeant des débitants de boissons d'employer uniquement les femmes munies d'un certificat de bonne vie et de bonnes mœurs, délivré par l'autorité administrative⁴⁴. D'autre part,

⁴⁰ ACA, D2-25, Arr. mun. 28 novembre 1898, art. 10, al. 4.

⁴¹ Bibl. Méjanès, Aix, Aff. 1854.05.20, Règl. de police concernant les filles publiques et les maisons de tolérance du 20 mai 1854, art. 5.

⁴² ADBdR, 4 M 890, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 20 novembre 1878, art. 9.

⁴³ S. Pratali, *Droit et prostitution du XVIIe siècle à nos jours*, cit., p. 255.

⁴⁴ Arrêté de la ville d'Alger du 12 juillet 1884, art. 1^{er}, citée par la Cour de cassation 23 mai 1885, Bull. n°157, p. 263 ; Dans une jurisprudence ultérieure la Cour de cassation a considéré comme illégal l'arrêté municipal qui impose indistinctement à toutes personnes du sexe féminin, employées au service personnel des débitants, de justifier de leur bonne conduite antérieure, et interdit aux débitants de prendre à leur

il s'agit de protéger les femmes «honnêtes» de celles qui se livrent au vice en limitant leur contact avec le monde «normal».

Et enfin, en ce qui concerne le logement des isolées, à partir de la fin du XIX^e siècle, toutes les filles publiques sont contraintes, à Marseille comme à Aix, de vivre dans un périmètre déterminé par le pouvoir local, le quartier réservé⁴⁵, afin de parquer ces femmes dans un seul territoire clairement identifié.

II. *La neutralisation de la prostitution dans l'espace public*

Le Neutre, nous dit Barthes, est ce qui déjoue le paradigme, à savoir toute production de sens procédant par opposition de deux termes virtuels, nous incitant à choisir l'un ou l'autre⁴⁶, par exemple «débauche» ou «vertu». À la fin du XIX^e siècle, les autorités locales marseillaises cherchent à imposer officiellement une zone de différenciation entre débauche et vertu au sein même du centre urbain et une certaine distance doit être respectée entre les filles publiques et les gens ou activités «honnêtes». Or, cette frontière est poreuse car le quartier réservé est implanté en plein centre-ville ; cela traduit donc aussi une volonté d'imposer une cohabitation entre les riverains et une pratique sexuelle vénale. Le quartier administratif qu'est le Panier est aussi celui réservé à la prostitution. Aux bornes de ce quadrilatère prostitutionnel se trouvent non seulement l'Hôtel-de-Ville où s'exerce le contrôle administratif de la prostitution, mais aussi l'hôpital HôtelDieu où les filles publiques sont enfermées et traitées contre les maladies vénériennes. Cette organisation est apparue aux autorités comme idéale pour la concentration des «classes dites dangereuses»⁴⁷ ; c'est sûrement pour ces raisons que le quartier n'a jamais fait l'objet de modification de frontière⁴⁸.

Le quartier réservé n'est pas seulement occupé par des maisons de tolé-

service personnel des femmes ou filles non munies d'un certificat de bonne vie et mœurs, Cass., crim., 20 avril 1901 Bull. n° 126, p. 223.

⁴⁵ ADBdR, 4 M 890, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 20 novembre 1878, art. 11 ; ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 10.

⁴⁶J. Guittard et E. Nicolas, *Barthes face à la norme. Droit, pouvoir, autorité, langage(s)*, 2019, p.157.

⁴⁷ La notion de classes dangereuses est empruntée à Louis Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses*, Perrin, 2002.

⁴⁸ ADBdR, 4 M 892, Lettre du préfet des Bouches-du-Rhône du 11 juillet 1933.

rance et les habitants du quartier ne sont pas que des filles publiques⁴⁹. Par exemple, la rue de l'Araignée située en plein cœur du quartier est résidentielle. La proportion de ménages, c'est-à-dire de couples avec enfants, est majoritaire. Le nombre d'enfants par foyer varie d'un à cinq, ce qui signifie que le nombre d'enfants côtoyant des prostituées au quotidien est important⁵⁰. Dès lors, la violence symbolique de la frontière entre "débauche" et "vertu" qui s'y exerce passe quasi inaperçue⁵¹. Pour autant, les structures spatiales de la prostitution tendent à créer des structures mentales puisque le quartier réservé tient par sa fonction la réputation de haut lieu de débauche. La population a pris l'habitude de nommer ce quartier réservé de *Batagouni*, soit bidonville⁵². Cela nous donne un indice de la perception de ce territoire par le reste de la population. De plus, certains auteurs ont analysé le quartier réservé de Marseille comme un ghetto puisque c'est un espace dans lequel un groupe d'individus se trouve dans un état d'isolement imposé par rapport à l'ensemble de la population⁵³. Tout comme les ghettos, le quartier réservé n'est pas forcément clos, il n'y a pas de contrôle à l'entrée du quartier.

Et dans le même temps, la visite du quartier est présentée comme une aventure indispensable aux vacanciers, l'itinéraire à suivre est indiqué dans un ouvrage *Marseille curieux* destiné à l'usage des touristes français et étrangers⁵⁴. Un autre guide, le *Guide Rose* publié en 1933, vendu également de façon clandestine, suggère les bonnes adresses de ce quartier⁵⁵. L'existence de ces guides intègre de fait le quartier réservé dans l'économie touristique de la ville. La prostitution et donc les prostituées sont conformes aux mœurs et aux valeurs de l'époque considérée.

En ce qui concerne l'exercice de la prostitution dans le quartier, les filles publiques peuvent travailler soit dans les maisons de tolérance, dans les magasins, ou encore dans les cafés, mais ces structures prostitutionnelles concentrent toutes les techniques coercitives de comportement et ont certaines caractéristiques qui leur sont propres en raison des liens entre morali-

⁴⁹ Le numéro des immeubles correspondant à une maison de tolérance ne fait pas l'objet de recensement de la population.

⁵⁰ ADBdR, 6 M 426, Liste nominative, 1^{er} Canton, Hôtel-de-Ville, Rue de l'Araignée, 1911.

⁵¹ P. Bourdieu, *La misère du monde, effets des lieux*, Paris, Seuil, 1993, p. 163.

⁵² Bibl. Méjanès, JX042, *Le mémorial d'Aix* du 1^{er} janvier 1903.

⁵³ M.-F. Attard-Maranninchi, *Prostitution et quartier réservé à Marseille au début du XX^e siècle*, in : Y. Knibiehler, Catherine Marand-Fouquet et (al.) (dir.), *Marseillaises, les femmes, la ville*, pp. 174-186.

⁵⁴ P. d'Agramon, *Le Marseille curieux*, Marseille, 1922.

⁵⁵ *Annuaire guide rose des maisons (closes) de France et de salons de société*, s. l, 1933.

té, sexualité et pouvoir. La maison de tolérance qui est un lieu d'expression de la sexualité, et même si l'autorité administrative régule son existence, cela révèle aussi un paradoxe : la prostitution est acceptée, mais certaines pratiques sexuelles sont interdites, par exemple le voyeurisme, ou encore la diffusion de films pornographiques⁵⁶.

Toujours dans ce double jeu entre l'inacceptable et le tolérable, l'agencement externe de la maison doit préserver la morale publique. Pour cela, les fenêtres doivent être constamment fermées et garnies de rideaux ou de verres dépolis ou peints⁵⁷. Les persiennes des maisons de tolérance donnant sur la voie publique doivent être cadenassées⁵⁸. Les façades ne doivent en aucun cas arborer le drapeau national, être illuminées⁵⁹, avoir des plaques ou inscriptions publicitaires permettant d'attirer l'attention des passants⁶⁰.

Cet ensemble d'interdictions lié à l'aménagement extérieur de l'établissement entraîne une dissimulation de la prostitution dans l'espace public. Pour autant cet espace est toléré, connu et surveillé. Les maisons doivent être invisibles aux yeux du public afin de préserver les bonnes mœurs. Les passants ou habitants ne doivent pas subir de nuisance visuelle quant à l'existence de ces lieux. La maison marginalise à l'extrême les filles publiques ; en sus de l'obligation d'être enfermées dans la maison, il est interdit à ces femmes d'être aux fenêtres ou aux portes de façon à être aperçues de l'extérieur⁶¹. Il y a un réel désir d'empêcher toute communication avec l'extérieur.

Cette politique contribue à domestiquer le jour et la nuit afin de mieux contrôler ces deux espaces-temps de prostitution. De jour comme de nuit, la maison de tolérance est plongée dans une semi-pénombre permanente et oblige à éclairer l'intérieur du lieu sans interruption.

Les pensionnaires et les habitants de la maison de tolérance ont un rapport au temps différent du reste de la population. Le contrôle du temps est un instrument pour l'autorité publique afin de relayer sa politique : dissimulation de l'extérieur et contrôle de l'intérieur, en réglementant l'agencement de la maison, et ses ouvertures.

⁵⁶ ACA, I1-44, Arr. portant règlement sur le service des mœurs du 19 octobre 1907, art. 19 ; ADBdR, 4 M 891, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 25 novembre 1918, art.15 ; 4 M 892, Règl. général du service des mœurs du 15 décembre 1939, art. 39.

⁵⁷ Bibliothèque Méjanès, Aix-en-Provence, Aff. 1854.05.20, Règl. de police concernant les filles publiques et les maisons de tolérance du 20 mai 1854, art. 17.

⁵⁸ Arr. relatif à la surveillance des maisons de tolérance et des filles publiques du 12 février 1855, art. 3, cité par H. Mireur, *La prostitution à Marseille*, cit., p. 383.

⁵⁹ ACA, D2-25, Arr. concernant les filles publiques du 28 novembre 1898, art. 28.

⁶⁰ ADBdR, 4 M 892, Règl. général du service des mœurs du 15 décembre 1939, art. 43.

⁶¹ ADBdR, 4 M 890, Règl. général du service des mœurs de Marseille du 20 novembre 1878, art. 15-8.

Conclusion

Ce dispositif d'inclusion et d'exclusion de la prostitution et des prostituées dans l'espace public perdure jusqu'en 1946⁶². La diffusion des théories abolitionnistes depuis la fin du XIX^e siècle en faveur de la suppression de la réglementation notamment en raison de l'illégalité du système de tolérance remporte d'adhésion du législateur français qui dépossède les pouvoirs locaux de leur compétence sur la prostitution. Le triomphe de l'abolitionnisme est marqué par la mise en place d'un régime de droit commun, intégrant les prostituées sous la protection des droits de l'homme, à la limite près que perdure le contrôle sanitaire par la création d'un fichier sanitaire et social dédié⁶³.

À partir de 1952, la communauté médicale milite en faveur de la suppression du fichier sanitaire⁶⁴ qui aboutit à l'ordonnance de 1960. Dans le rapport présenté au président de la République, Charles de Gaulle, par le Premier ministre, Michel Debré, le garde des Sceaux, Edmond Michelet, le ministre de l'Intérieur, Pierre Chatenet et le ministre de la Santé publique et de la population, Bernat Chenot, le pouvoir politique admet pour la première fois que les mesures à l'égard des prostituées sont marginalisantes et inefficaces⁶⁵.

En réalité l'ordonnance du 25 novembre 1960, supprimant à la fois le fichier sanitaire et social et intensifiant la répression du proxénétisme, est prise afin de rendre la législation française conforme aux dispositions de la Convention internationale des Nations Unies de 1949⁶⁶. Cette convention d'après-guerre est le révélateur d'un changement de regard global sur l'individu qui entraîne un changement de regard sur la prostitution. Précédemment, la société était protégée contre l'homme, le groupe social

⁶² Loi n°46-685 du 13 avril 1946 tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, art. 5, Loi n°46-685 du 13 avril 1946 tendant à la fermeture des maisons de tolérance et au renforcement de la lutte contre le proxénétisme, *JO* du 14 avril 1946, p. 3138-3139.

⁶³ Ordonnance n°60-1246 du 25 novembre 1960 modifiant et complétant les dispositions du chapitre I^{er} du titre II du livre III du code de la santé publique, *JO* du 27 novembre 1960, p. 10606.

⁶⁴ C. Amourette, *Prostitution et proxénétisme en France depuis 1946 : étude juridique et systémique*, cit., p. 211.

⁶⁵ Ordonnance n°60-1246 du 25 novembre 1960 modifiant et complétant les dispositions du chapitre I^{er} du titre II du livre III du code de la santé publique, Rapport au président de la République, cit., p. 10606.

⁶⁶ Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui du 2 décembre 1949, Préambule.

était protégé des prostituées notamment par des dispositifs sanitaires coercitifs ; désormais il s'agit de protéger la personne humaine contre la société : les prostituées doivent, par principe, être protégées contre ceux qui vivent de la prostitution⁶⁷.

Ce processus de changement paradigmatique initié en 1946, qui se poursuit en 1960 modifie les croyances sur les prostituées. Désormais, la prostituée doit être protégée dans sa dignité, non pas pour elle-même mais pour la dignité de la société dont elle est membre. À partir de cette date, reconnaître la prostituée comme partie de la société n'est donc possible qu'au seul prix de l'en faire disparaître, afin que sa «souillure» ne contamine pas la société ; aussi n'est-elle qu'une victime. La normalisation d'un cas marginal se fait au prix d'une destruction de sa nature, et non pas à celui de son intégration en tant que tel. La prostituée est acceptée au sein de la société à condition qu'elle ne soit plus une prostituée. Dans la mesure où la prostitution est incompatible avec «la valeur de la personne humaine»⁶⁸; la sphère des valeurs est instituée par des organisations politiques internationales. Les personnes se livrant à la prostitution, après avoir été considérées comme responsables de la propagation vénérienne, sont désormais considérées comme des victimes⁶⁹.

De plus, dans un monde cartésien où il existe des dualités, la personne humaine induit aussi l'idée de personne inhumaine⁷⁰. La Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui des Nations Unies, en date de 1949, considère dans son préambule que «la prostitution [...] [est] incompatible avec la dignité et la

⁶⁷ C'est en ce sens que l'ancien conseiller de la Haute Cour d'appel du Caire Mégalos Caloyanni considère, qu'au-delà du souci de la morale et de l'hygiène sociale : «la personne humaine doit être protégée de façon telle que sa dignité soit sauvegardée envers elle-même et dans la société dans laquelle elle vit, que cela soit au point de vue spirituel, moral, social et même politique, car faire de la personne un moyen de trafic, c'est fausser fondamentalement l'ordre qui doit régner dans tous les domaines de la vie de l'individu», M. Caloyanni, *Fermeture des maisons de tolérance, proxénétisme-souteneurs*, in : «Revue de droit pénal et de criminologie», 1940-46, pp. 463-466.

⁶⁸ Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui des Nations Unies du 2 décembre 1949.

⁶⁹ Arnaud Casado considère que la doctrine de la victimisation tient son apparence scientifique de la mobilisation de concept juridique tel que l'indisponibilité du corps humain, l'indignité, la rupture d'égalité entre les hommes et les femmes, la violence intrinsèque à l'activité de prostitution, A. Casado, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, Paris, 2015, pp. 81-108.

⁷⁰ Notons qu'au XXI^e siècle, les revendications féministes se réfèrent parfois à des penseurs non cartésiens tel que Jacques Derrida dont les efforts sont justement le dépassement par la dialectique ou la reconstruction de ces normes binaires.

valeur de la personne humaine». La personne qui se prostitue serait alors, par raisonnement logique, inhumaine car l'horizon de rationalité dont est investie la dignité devient un seuil en deçà duquel la vie humaine est renvoyée à une sorte de non-humanité. L'ensemble des dispositions législatives postérieures, notamment celle d'avril 2016⁷¹ participe du rejet de l'humanité de la prostituée.

⁷¹ Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, *JO* du 14 avril 2016.

La constitutionnalisation des égalités : un défi contre les exclusions

Luigi Trisolino

Doctorant en Histoire du droit et des institutions

ABSTRACT

Cet article propose une lecture transversale des sensibilités politiques qui se sont historiquement affrontées sur le principe d'égalité, lors des travaux de l'Assemblée constituante visant à formuler l'article 3 de la Constitution italienne de 1948. Les principes d'égalité formelle et d'égalité substantielle sont examinés et révisés en fonction des exigences de rééquilibrage social, et de lutte contre les exclusions, dans une vision libérale et démocratique attentive au bien-être des individus, dans le respect de la diversité et des besoins émergents.

KEYWORDS

Égalité – lutte contre l'exclusion – constitutionnalisme libéral

La Constitution de la République italienne, née de la victoire de la Résistance sur le fascisme¹, est tout à la fois une Constitution programmatique² et normative. À la différence des prétendues Constitutions-garanties comme celle des États-Unis, la Constitution italienne a de tous temps cherché, y compris de nos jours³, à mettre en œuvre un programme directement normatif, qui protège et promeut la dignité humaine, le travail, la lutte contre l'exclusion sociale et juridique.

Le terrain sur lequel les principes constitutionnels d'égalité et de liberté développent leurs propres équilibres est avant tout l'histoire. Au cœur de l'historicité, la loi ordinaire et les actes ayant force de loi représentent les instruments les plus à même – mais pas les seuls – pour adopter les principes

¹ Cfr. P. Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia 1963 ; I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milan 2007 ; F. Colao, "Hanno perduto il diritto di essere ancora considerati figli d'Italia". I fuoriusciti' del Novecento, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 38 (2009) ; G. Speciale, *Alfredo Rocco*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Appendice VIII, Rome 2012 ; I. Stolzi, *Fascismo e cultura giuridica*, in "Studi storici. Rivista trimestrale dell'Istituto Gramsci", Vol. LV, n. 1/2014, pp. 139-154.

² P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Turin 2007 ; P. Ridola, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Turin 2018.

³ Cfr. A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Bari 2002 ; Id., *I diritti umani oggi*, Rome-Bari 2005.

généraux de la Constitution.

Entre 1946 et 1948, après la chute du régime autoritaire fasciste⁴, le travail paradigmatique de l'Assemblée constituante a institutionnalisé les valeurs de liberté⁵ et d'égalité propres au modèle d'État libéral⁶ et social.

Le premier article de la Constitution de 1948 a établi que l'Italie est une République démocratique fondée sur le travail. Un simple utilitarisme à la Bentham⁷, en vertu duquel le droit et le devoir de travailler auraient simplement été reconnus pour maintenir et accroître la production nationale⁸, n'était pas la seule idée à la base de cette démocratie de travailleurs. En réalité, on y retrouvait également le projet d'une civilisation républicaine qui souhaitait combattre l'exclusion sociale et économique, en évitant la répétition ou la perpétuation des brigandages du XIX^e siècle. Le droit à la liberté syndicale, en opposition à la centralisation corporative fasciste⁹, éviterait aussi le brigandage, les désobéissances, les désordres du désespoir et autres déviations sociales.

Si, dans le deuxième alinéa de l'article 1, il est posé que la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce dans les formes et les limites de la Constitution¹⁰, ce dernier se compose d'individus pouvant s'émanciper par le travail, ainsi que par l'exercice libéral de la démocratie¹¹ représentative.

⁴ Cfr. M. Caravale, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Rome-Bari 2012 ; Id., *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologne 2017.

⁵ Cfr. M. Caravale, *Magna Carta Libertatum*, Bologne 2020 ; M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le Costituzioni del Novecento*, Turin 2021.

⁶ Cfr. V. Zanone, *Il liberalismo moderno*, in L. Firpo (éd.), *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, Vol. IV, Turin 1972.

⁷ Cfr. J. Bentham, *Tracts on Poor Laws and Pauper Management* [1797], in J. Bowring (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. III, New York 1962, pp. 369 ss. ; Id., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, E. Lecaldano (dir.), trad. de S. Di Pietro, Turin 1998.

⁸ Sur les diverses manières d'aborder ces questions, dans des perspectives libéral, socialiste, utilitariste ou solidariste, cfr. M. Sandel, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milan 2020.

⁹ Cfr. U. Spirito, *La libertà e l'individuo*, Milan 1942 ; U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologne 1989. Sur les études de l'individualisme en opposition à l'organicisme, y compris de caractère fasciste et corporatif, cfr. P. Alvazzi del Frate, *Individuo e comunità. Considerazioni storico-giuridiche sull'individualismo*, Turin 2019.

¹⁰ Cfr. N. Bobbio, *Letà dei diritti*, Turin 1990 ; G. Zagrebelsky, *Diritti di libertà e diritti di giustizia*, in G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Turin 1992.

¹¹ Cfr. G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologne 1957 ; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Turin 1984 ; N. Bobbio-C. Offe-C. Lombardini, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bologne 1981 ; J. Dunn (éd.), *La democrazia. Storia di un'idea politica dal VI*

Le travail, instrument de réalisation de la personne prise isolément ou au sein de formations sociales, doit garantir au travailleur une existence libre et digne¹².

Aux termes de l'article 4, la République italienne reconnaît à tous les citoyens le droit au travail, et promeut les conditions rendant ce droit effectif. En effet, la Constitution historique a établi que chaque citoyen a le devoir d'exercer une activité ou une fonction qui concourt au progrès matériel ou spirituel de la société, selon ses possibilités et son choix personnel. L'égalité sous-entendue dans l'expression «chaque citoyen» peut ainsi être lue dans une perspective individualiste valorisant l'autodétermination. Le progrès matériel et spirituel de la société, et par conséquent le progrès de ce tout, se mesure aux possibilités et aux choix de chaque individu. Du concept constitutionnel de progrès transparaît une autodétermination calibrée selon une réalité incontournable : le constituant a en effet pris en compte le choix, et donc la volonté individuelle, autant que les possibilités concrètes de réalisation de ce à quoi aspiraient les individus.

Dans une optique libérale, l'État de droit constitutionnel n'absorbe ni ne plie l'individu à un égalitarisme organiciste abstrait. Le programme constitutionnel de la lutte de la République contre l'exclusion sociale, économique, culturelle et juridique se montre réaliste, progressif, personnalogue. L'individualisme par le biais duquel nous pouvons lire les litiges et les prescriptions solennelles de la Constitution est un individualisme social, par opposition aux expériences corporatives, organicistes et autoritaires du fascisme. Dans le même temps, l'inspiration individualiste et personnaliste au sein de la Constitution permet à ses interprètes de lire le principe de solidarité de manière libérale, non pas collectiviste ou niveleuse.

L'article 36 de la Constitution se réfère au «travailleur» en employant le singulier ; il ne mentionne pas les travailleurs en tant que groupe d'individus impossibles à isoler séparément. Dans l'égalité devant la loi, chaque travailleur, chaque individu, est titulaire de droits en tant que personne et non en tant que membre d'une corporation, ou d'un ensemble de groupes corporatifs dirigé par un État¹³ omniprésent. L'article 36 établit ainsi que le travailleur a droit à une rétribution proportionnelle à la quantité et à la qualité du travail fourni, et dans tous les cas à une rétribution suffisante

secolo a.C. a oggi [1992], Venise 1995.

¹² Cfr. C. Crosato, *L'uguale dignità degli uomini. Per una riconsiderazione del fondamento di una politica morale*, Assisi 2013.

¹³ Sur la relation entre individu et dimension étatique, cfr. J. Maritain, *L'uomo e lo Stato*, Rome 1963.

pour lui assurer, ainsi qu'à sa famille, une existence libre et digne.

L'article 2 établit que la République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, autant comme individu isolé que dans les formations sociales où se révèle sa personnalité propre. Outre cette reconnaissance et cette garantie, ce même article prévoit que la République puisse exiger l'accomplissement des devoirs inaliénables de solidarité politique, économique et sociale.

En 1948, lorsqu'entra en vigueur la Constitution italienne, la toute jeune République coïncidait le plus souvent, d'après la sensibilité juridique dominante, avec l'État¹⁴. La réforme de la loi constitutionnelle numéro 3 de 2001 a modifié l'article 114 de la Constitution, établissant que la République est constituée de l'État, des régions, des Villes métropolitaines, des provinces et des communes. À la fin des années 1940, c'était principalement l'État qui reconnaissait et garantissait les droits inaliénables. À la moitié du XX^e siècle, l'État social de droit, plus que les subdivisions régionales de l'Italie, aurait dû être l'artisan centralisé des grandes réformes sociales contre l'exclusion.

Pour comprendre le sens historique des principes d'égalité formelle et d'égalité substantielle établis dans la Constitution, il convient d'étudier les travaux préparatoires de l'Assemblée constituante faisant référence à l'article 3.

Il a été observé que dans l'article 2, sur le principe de solidarité sociale, le concept d'«homme» est mentionné, dans le sens d'être humain, tandis que le texte définitif de l'article 3 sur le principe d'égalité parle de «citoyen». D'un concept universaliste¹⁵ on en arrive ainsi au domaine linguistique typique du droit.

¹⁴ Cfr. V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Rome 1949, p. 25, où les auteurs, dans leurs commentaires de l'article 3 de la Charte constitutionnelle, ont rappelé que : «L'art. 2 e questo articolo cominciano avendo per soggetto «la Repubblica». Altrove si parlerà di «Stato». fra le due parole corre, nel chiaro intendimento dei costituendi, una netta differenza giuridica». *Con la parola Stato ci si riferisce all'ordinamento centrale, con intento discriminatore dall'ordinamento regionale (nel quale sono compresi poi quelli provinciale e comunale) ; con la parola Repubblica si intende comprendere così lo Stato come le Regioni (nonché le Provincie e i Comuni)*. Appunto nell'articolo in esame l'on. Arata propose di sostituire «Stato» a «Repubblica». Il presidente della Commissione si oppose (e l'Assemblea concordò) : «La Commissione unanime ha ritenuto di designare con l'espressione Repubblica l'insieme di tutte le attività e funzioni sia dello Stato come tale sia delle Regioni e degli altri enti pubblici».

¹⁵ V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 24.

C'est dans le premier alinéa de l'article 3 que le principe d'égalité¹⁶ formelle a été constitutionnalisé, étant reconnu que tous les citoyens ont la même dignité sociale et sont égaux devant la loi, «sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de situations personnelles et sociales». De nos jours, le sens commun du progressisme juridique et politique préfère employer le terme «ethnie» plutôt que «race».

Le principe d'égalité substantielle ou matérielle est quant à lui constitutionnalisé dans le second alinéa de l'article 3. Il est du devoir de la République de lever les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le plein développement de la personne humaine et la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays. Une interprétation évolutive du deuxième alinéa pose que les citoyens sont titulaires de leur propre liberté et doivent bénéficier d'une égalité logique, autrement dit en êtres humains. Les citoyens sont également considérés comme des travailleurs, c'est-à-dire des détenteurs de positions dynamiques grâce auxquelles ils participent à l'organisation politique, sociale et économique du pays.

Dans les travaux préparatoires de l'Assemblée, le principe selon lequel la loi est la même pour tous, énoncé dans le premier alinéa de l'article 3, a été défini comme «égalité de droit»¹⁷ mais a aussi été salué en tant qu'«égalité de fait»¹⁸ en raison de sa référence à une dignité sociale identique pour chacun. Il était clair aux yeux des pères fondateurs que le second alinéa constituait un développement du premier. Les lignes relatives aux valeurs en vogue n'étaient plus centrées sur l'État libéral classique du XIX^e siècle¹⁹, mais étaient évolutives, en avance sur la socialité.

Dans le second après-guerre italien, la nécessité de socialiser les libertés de la personne, en tant qu'individu et en tant qu'associée de diverses formations sociales, s'est fait sentir.

Le rapporteur Lelio Basso, homme de gauche²⁰ et fondateur de la revue

¹⁶ Cfr. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* [1951], Milan 1967 ; V. Frosini, *Teoria e pratica dei diritti umani*, Naples 1988.

¹⁷ V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 24.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Cfr. G. L. Mosse, *La cultura dell'Europa occidentale nell'Ottocento e nel Novecento* [1974], Milan 1986.

²⁰ Sur l'utilisation dualiste des catégories politologiques de la gauche et de la droite au XX^e siècle, cfr. M. Cacciari, *Sinisteritas*, in *Il concetto di sinistra*, Milan 1981 ; D. Cofrancesco, *Destra e sinistra. Per un uso critico dei due termini chiave*, Vérone 1984 ; R. Dumont, *Homo hierarchicus. Il sistema delle caste e le sue implicazioni*, Milan 1991 ;

*Il Quarto Stato*²¹, expose sa vision critique envers une égalité qui resterait au stade purement formel.

Ce socialiste avait en effet soutenu que :

«Non basta l'eguaglianza puramente formale, come quella caratteristica della vecchia legislazione, per dire che si sta costruendo uno Stato democratico. (...) L'essenza dello Stato democratico consiste nella misura maggiore o minore del contenuto che sarà dato a questo concreto principio sociale»²².

Le principe social concret auquel Basso se réfère était celui d'«égal traitement social»²³. Mais la majorité de l'Assemblée préféra à cette formulation de principe celle, plus humaniste et moins étatiste²⁴, d'«égale dignité sociale».

En ce qui concerne l'article 3, le président de la commission à l'Assemblée, Meuccio Ruini, avait soutenu des positions de rééquilibrage égalitaire entre les sexes. Dans son rapport sur le projet, il écrivait :

“Il principio della eguaglianza di fronte alla legge, conquista delle antiche Carte costituzionali, è riaffermato con più concreta espressione, dopo le recenti violazioni per motivi politici o razziali; e trova oggi nuovo e più ampio sviluppo con l'eguaglianza piena, anche nel campo politico, dei cittadini indipendentemente dal loro sesso”.

L'attention manifeste de Ruini sur la question du genre²⁵ était une manifestation progressiste de son histoire politique. Dans sa jeunesse, Ruini²⁶ avait adhéré au Parti Socialiste Italien, était militant au Parti Radical

N. Bobbio, *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Rome 1994 ; M. Gauchet, *Storia di una dicotomia. La destra e la sinistra* [1992], Milan 1994.

²¹ Sur les contributions de Lelio Basso au cours des travaux de l'Assemblée constituante italienne, cfr. Fondazione Lelio e Lisli Basso, G. Monina (éd.), *La via alla politica. Lelio Basso, Ugo La Malfa, Meuccio Ruini protagonisti della Costituente*, Milan 1999.

²² V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 24.

²³ *Ibid.*

²⁴ Cfr. N. Bobbio, *Quale socialismo?*, Turin 1976 ; R. A. Dahl, *La democrazia e i suoi critici* [1989], Rome 1990.

²⁵ Cfr. V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, III, 1958, pp. 861 ss. Cfr. aussi AA.VV., *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, Milan 1987, surtout le premier livre de Diotima, communauté philosophique composée uniquement de femmes, entre 1984 et 1986 à l'Université de Vérone.

²⁶ Cfr. P. Bagnoli, *L'istituzione del dialogo*, in «Nuova Antologia», juillet-septembre 2008, pp. 90 ss.

Italien, puis à l'Union Nationale de Giovanni Amendola. Par la suite, il fut membre de la Démocratie du Travail (rebaptisée Parti Démocratique du Travail) avant de parvenir à une position de politicien indépendant.

L'honorable Fanfani, favorable à l'adoption de la formulation d'«égale dignité sociale» dans l'article 3, avait donné son avis à l'Assemblée en disant :

«Noi partiamo dalla constatazione della realtà, perché mentre prima, con la rivoluzione dell'89, è stata affermata l'eguaglianza giuridica dei cittadini membri di uno stesso Stato, lo studio della vita sociale in quest'ultimo secolo ci dimostra che questa semplice dichiarazione non è stata sufficiente a realizzare tale eguaglianza».

La référence de Fanfani à la révolution française de 1789²⁷, ainsi qu'aux besoins sociaux apparus au siècle suivant et ceux à venir, font de cette intervention à l'Assemblée l'une des plus fortes et des plus sensibles sur le plan des évolutions historiques. La passion qu'Amintore Fanfani nourrissait envers l'histoire de l'économie était évidente pour tous durant le débat sur l'article 3. Cette même passion s'était fait sentir dans l'article 1 de la Constitution italienne, où Fanfani avait glissé l'expression «L'Italie est une république démocratique fondée sur le travail». Pour l'article 1, il avait transigé entre la proposition du célèbre représentant du Parti Démocratique du Travail Mario Cevolotto²⁸ («L'Italie est une république démocratique»), et celle du communiste Palmiro Togliatti²⁹ («L'Italie est une République démocratique de travailleurs»).

Au cours des travaux de l'Assemblée constituante, certains soutinrent l'utilité d'insérer dans le premier alinéa de l'article 3 l'interdiction de violer l'égalité, notamment à cause de la diversité des aptitudes ou de la nationalité. Lors de la révision formelle, le Comité de rédaction supprima la référence à la diversité d'aptitudes et à la nationalité, et remplaça l'expression «les hommes» par «les citoyens». En revanche, il ajouta l'interdiction de violer l'égalité en raison de différences de conditions personnelles³⁰.

²⁷ Cfr. A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milan 1975 ; F. Furet-R. Halévi, *La monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris 1996 ; L. Lacché, *L'Europe et la révolution du droit : brèves réflexions*, in «Annales historiques de la Révolution française», n° 328, 2002 ; M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, IX éd., Paris 2006.

²⁸ Cfr. V. Gnocchini, *L'Italia dei Liberi Muratori*, Rome 2005, pp. 70 ss.

²⁹ Cfr. G. Fiocco, *Togliatti, il realismo della politica. Una biografia*, Rome 2018.

³⁰ V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 25, où les auteurs, à propos de l'interdiction de violer l'égalité en raison de différences de conditions personnelles, ont spécifié que «a spiegare

D'intenses confrontations et de nombreuses critiques résonnèrent à l'Assemblée, y compris sur le devoir de la République de lever les obstacles économiques et sociaux. L'honorable Epicarmo Corbino du Parti Libéral Italien aurait voulu lire dans l'article 3 de la Constitution qu'«il est du devoir de l'État de rendre possible l'épanouissement complet de la personne humaine». Il soutenait que :

“Che cosa significa rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale? Potrebbe significare eventualmente togliere qualsiasi ostacolo di ordine giuridico, economico e sociale, togliere allo Stato la sua natura di Stato. Se l'obiettivo che noi vogliamo raggiungere è quello dello sviluppo della personalità umana, affermiamolo»³¹.

Assigner à la République la tâche d'éliminer les obstacles économiques et sociaux qui, en limitant de fait la liberté³² et l'égalité des citoyens, empêchent le total développement de la personne ainsi que la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale de l'Italie, n'était pas qu'une prérogative socialiste. Même la pensée libérale pure³³ se basait sur la garantie de l'égalité formelle pour promouvoir l'égalité matérielle et l'égalité des chances pour tous. La méthode libérale pure s'occupait de la socialité politique sans l'aide des fétiches collectivistes

questo concetto è sufficiente richiamare l'esempio che si fece in Comitato: la cecità, che non deve essere motivo di *deminutio*, alla pari del sesso, della razza, ecc».[pour expliquer ce concept, il suffit de rappeler l'exemple qui fut fait au sein du Comité : la cécité, qui ne doit pas être un motif de *deminutio*, de même que le sexe, la race, etc.]

³¹ *Ibid.*, dans lequel les auteurs ont rapporté la suite du discours du libéral Corbino qui déclarait : “Identifichiamo questo fine della attività dello Stato con qualche cosa che sia meno materializzato di questo *rimuovere gli ostacoli*, che potrebbe dare l'idea di una squadra di operai intenti a levare dei massi, a togliere dalla strada qualche cosa per far passare l'uomo: quell'uomo al quale noi, con il primo comma dell'articolo, garantiamo tutti i diritti di fronte alla legge”. [Nous identifions cette fin de l'activité de l'État avec quelque chose qui est moins matériel que la *suppression des obstacles*, qui pourrait donner l'idée d'une équipe d'ouvriers en train de soulever des rochers, de dégager la route pour permettre à l'homme de passer : cet homme auquel nous, dans le premier alinéa de l'article, garantissons tous les droits devant la loi.]

³² Cfr. N. Bobbio, *Libertà*, in *Enciclopedia del Novecento*, Rome 1978 ; I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà* [1969], Milan 1989 ; H. Arendt, *Tra passato e futuro* [1961], Milan 1991 ; J. S. Mill, *Saggio sulla libertà* [1859], Milan 1993 ; M. Dorato, *Futuro aperto e libertà*, Rome-Bari 1997.

³³ Cfr. A. de Tocqueville, *La democrazia in America* [1835 et 1840], Vol. II, Turin 1969 ; K. Popper, *La società aperta e i suoi nemici* [1945], Rome 1974 ; J. Rawls, *Teoria della giustizia* [1971], Milan 1993 ; R. Dahrendorf, *La libertà che cambia* [1979], Rome-Bari 1994.

de la statolâtrie. Cette méthode authentique souhaitait préserver les libertés individuelles dans le parcours institutionnel du réformisme social et populaire. L'objectif social de la suppression des obstacles ne pouvait (et ne devait) pas se réaliser au moyen d'une répression autoritaire des individus.

Ruini, avec ses diverses facettes politiques, socialiste puis libéral, radical avant de devenir indépendant, affirma que même un libéral radical pouvait juger nécessaire de lever les obstacles, ceux-ci étant vus comme un frein à la libre concurrence. Ruini voulait se poser en médiateur entre les orientations socialistes et libérales de son époque, s'appuyant sur la souplesse de ses remarquables capacités d'homme politique³⁴.

Concernant la doctrine de l'article 3, l'égalité est devenue histoire en se liant à l'affirmation des droits constitutionnels concrets³⁵.

Dans les années 1940, lors des travaux de l'Assemblée constitutionnelle, le socialiste Lelio Basso préconisait une formulation du principe d'égalité allant au-delà du simple formalisme juridique. Comme le rappelle la doctrine faisant autorité³⁶ au début des années 1970, Basso avait par la suite affirmé qu'il voulait l'article 3 car celui-ci aurait pu contredire toutes les affirmations de la Constitution qui posaient pour accompli ce qui en réalité ne l'était pas encore : la démocratie et l'égalité³⁷. Le caractère *démocratique* de la République, selon Basso, ne pouvait être réel tant que l'article 3 ne serait pas concrétisé, et donc tant que les inégalités économiques et sociales subsisteraient³⁸.

D'après une importante orientation doctrinale, l'égalité constitutionnelle résidait également dans l'engagement de la République à «rendre égaux ou plus égaux les sujets, en réduisant les asymétries potestatives, économiques, sociales et culturelles de ses membres»³⁹.

³⁴ V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, cit., p. 25, où les auteurs rapportent les propos célèbres de Ruini qui, durant les travaux de l'Assemblée sur la formulation de l'article 3, avait soutenu que : «Io riconosco lo spirito che anima la proposta dell'onorevole Corbino [...], ma osservo che nella proposta Fanfani-Amendola il testo forma ormai un tutto organico e ha un valore che verrebbe alterato con altri ritocchi». [Je reconnais l'esprit qui anime la proposition de l'honorable Corbino (...), mais j'observe que dans la proposition Fanfani-Amendola le texte forme désormais un tout organique et a une valeur qui serait altérée par d'autres retouches.]

³⁵ G. Azzariti, *Portata rivoluzionaria dell'uguaglianza: tra diritto e storia*, in C. Giorgi (dir.), *Il progetto costituzionale dell'uguaglianza*, Rome 2014, pp. 30 ss.

³⁶ M. Dogliani-C. Giorgi, *Costituzione italiana: articolo 3*, Rome 2017, p. 89.

³⁷ Ivi, p. 90.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ P. Costa, *Uguaglianza e diritti: attualità o inattualità della Costituzione?*, in C. Giorgi (dir.), *Il progetto costituzionale dell'uguaglianza*, Rome 2014, p. 176.

Le chemin vers la suppression des injustices sociales et économiques n'est pas une droite ligne, et l'effondrement ultérieur des idéologies politiques a conféré à la science juridique une charge importante, y compris dans la gestion des attentes de chaque individu en termes de bien-être social, quel que soit le moment de la vie ou le contexte.

L'«histoire de la lutte des classes» s'est muée en histoire des équilibres pragmatiques, qui regroupent au mieux les valeurs constitutionnelles fondamentales que sont la liberté et l'égalité.

Dans la crise des valeurs politiques des vingt premières années du second millénaire se sont dégagées la profondeur et la franchise dialectique des libéraux, des partisans du libérisme, des socialistes et des communistes du XX^e siècle. Au-delà du risque d'anachronisme politique, relire les travaux préparatoires de l'article 3 de la Constitution républicaine nous fournit encore aujourd'hui l'occasion réaliste de construire une méthode de valeurs idéales, sans la placer sous des drapeaux idéologiques si faciles à brandir.

Dans la lutte institutionnelle contre les discriminations déraisonnables et dans la bataille civilisationnelle pour surmonter les injustes exclusions sociales⁴⁰, les travaux de l'Assemblée constituante italienne sur le principe d'égalité dans l'article 3 représentent une page d'histoire non négligeable. De nos jours encore, ces travaux préparatoires dessinent une voie méthodologique serpenteant au milieu de tant d'autres chemins. Cette voie en particulier est un instrument précieux, connu et disponible pour tous : pour les juges chargés d'interpréter et d'appliquer les normes, pour les législateurs de tout niveau qui doivent former le droit objectif, pour les intellectuels et les militants politiques qui cherchent à faire avancer l'opinion publique sur les questions d'exclusion. L'étude critique de l'histoire des libéraux et des socialistes, dans leurs tentatives concrètes de vaincre l'exclusion, nous guide dans la civilisation post-idéologique du XXI^e siècle, dans la petite enfance de ce millénaire. Les conflits économiques de socialisation d'une part, et les conflits libertaires d'autre part, s'entremêlent dans un équilibre démocratique en devenir, toujours fragile et requérant des précautions, des soins, des élans novateurs. Les politiques actuelles peuvent tirer beaucoup d'enseignements des vertus de ces pères et maîtres constituants. Les politiques du droit d'aujourd'hui devraient également apprendre des erreurs et des limites de chaque pensée politique considérée de manière autoréférentielle et solipsiste.

Lire les débats des pères constituants à propos du principe large d'égalité et de la lutte contre l'exclusion sociale de l'article 3 aide le chercheur dans ses

⁴⁰ Sur le rapport entre droits humains et promotion de la culture de la dignité, cfr. S. Cotta, *I diritti dell'uomo: una rivoluzione culturale*, in "Persona y Derecho", 1990, n° 22, pp. 14 ss.

recherches critiques, de même qu'une réflexion sur ces travaux préparatoires peut éviter au citoyen de tomber dans les pièges médiatiques de ceux affirmant avoir aboli la pauvreté sans jamais avoir analysé les causes, structurelles et changeantes, de ces précarités qui marginalisent transversalement les peuples et les individus, selon les périodes et les milieux sociaux.

Face aux diverses sensibilités politiques compatibles des pères constituants italiens, qui ont longuement délibéré sur la formulation de l'article 3, l'historien du droit peut mettre en évidence les évolutions particulières du principe d'égalité, du XIX^e siècle statutaire au XX^e siècle de l'après-guerre républicaine.

L'article 3 de la Constitution représente un des principes fondamentaux⁴¹ du constitutionnalisme⁴² républicain d'Italie. Il cristallise l'égalité sans l'immobiliser dans un carcan de concessions juridiques. Le souffle nouveau que la valeur de l'égalité pleine revêt dans la Constitution du XX^e siècle ne pouvait exister un siècle auparavant, quand le *Statuto* fut accordé par Charles-Albert de Savoie.

L'article 24 du *Statuto*⁴³ établissait que «Tous les régnicoles, quel que soit leur titre ou leur grade, sont égaux devant la loi. Tous jouissent des mêmes droits civils et politiques, et sont admissibles aux charges civiles, et militaires, sauf exceptions déterminées par les Lois».

La terminologie adoptée dans la Charte accordée en 1848 raconte une civilisation libérale classique basée sur le concept de monarchie, avec ses régnicoles, et sur la légitimité des différenciations de grades de ses sujets. Les lois prévoyaient des exceptions à l'égalité des droits civils et politiques. Le

⁴¹ Cfr. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milan 1952, pp. 10 ss.

⁴² Cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Turin 1995.

⁴³ Cfr. T. Arabia, *Trattato di diritto costituzionale ed amministrativo*, Naples 1881 ; W. R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, Oxford 1892 ; D. Zanichelli, *Lo Statuto di Carlo Alberto secondo i verbali del Consiglio di Conferenza*, Rome 1898 ; G. Mosca, *Appunti di diritto costituzionale*, Milan 1908 ; P. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milan 1986 ; L. Mangoni, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in A. Mazzacane (dir.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Otto e Novecento*, Naples 1986 ; P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milan 1987 ; S. Merlini, *Il governo costituzionale*, in R. Romanelli (dir.), *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Rome 1995 ; M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milan 1997 ; C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia. 1848/1994*, Bari-Rome 2002 ; P. Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, cit. ; P. Ridola, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, cit. ; Y. M. Citino, *Lo Statuto albertino fra lettera e spirito: i mutamenti costituzionali nell'instaurazione del parlamentarismo statutario*, in «Nomos. Le attualità del diritto», 1/2020.

Statuto, mis à part l'acte de promulgation, était une Charte constitutionnelle flexible, et ses dispositions pouvaient être dérogées par de nouvelles lois ordinaires sans avoir recours à des procédures législatives lourdes.

En revanche, dans l'article 3 de la Constitution républicaine du siècle suivant, rigide et non-modifiable, aucune limite à l'égalité n'est expressément posée. Les seules implicitement exprimées dans l'ensemble du document et de la Constitution tout entière sont celles découlant de l'interdiction d'abus de droit et de l'obligation de traiter de manière différente les diverses situations qui se présentent, selon le principe de proportionnalité.

Les limites que la Constitution impose à l'égalité formelle du premier alinéa se retrouvent en réalité dans le paradigme réformiste de l'égalité substantielle établie dans le second alinéa. Les limitations admises dans l'ère républicaine visent donc un rééquilibrage entre les disparités sociales injustes et injustifiables provenant des stratifications sociales par grades et titres héréditaires sur lesquelles reposait la civilisation du XIX^e siècle de l'article 24 mentionné ci-dessus.

Dans un ordre libéral et démocratique, qui reconnaît en général tous les comportements non-interdits comme libres, les normes issues en amont de la constitutionnalisation et en aval des législations ordinaires doivent rester générales et abstraites, en particulier dans les pays de *civil law*. Dans la reconnaissance légale d'une pleine égalité formelle et dans l'édification d'une égalité substantielle, les œuvres jurisprudentielles, doctrinaires⁴⁴, culturelles qui s'opposent à la marginalisation sont plus qu'opportunes : elles sont nécessaires.

Le rayon d'action de l'égalité ne peut se restreindre à des catégories individuelles d'utilisateurs strictement déterminées par une loi à laquelle peuvent échapper les nouveautés qui, entre-temps, apparaissent et se développent dans la société, année après année, mois après mois. L'égalité peut et doit rester ouverte à la légitimation des droits, des intérêts et des attentes de tous ceux qui réussissent à démontrer l'existence, et l'importance juridique, d'une faille qui les lèse injustement dans la jouissance de leurs libertés.

L'histoire de l'article 3, qui remonte à plusieurs décennies, a également été jonché d'importants arrêts de la Cour constitutionnelle italienne⁴⁵. Cette

⁴⁴ Cfr. M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milan 1982.

⁴⁵ Cfr. V. Crisafulli, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in «Diritto del Lavoro», I, 1954, pp. 73 ss. ; Id., *Ancona in tema di eguaglianza*, in «Giurisprudenza Costituzionale», II, 1959, pp. 745 ss. ; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano (Gli ordinamenti giuridici – Stato e costituzione – Formazione della Repubblica italiana)*, II éd., Padoue, 1970.

dernière a puisé le principe fondamental et systématique de raisonnable⁴⁶ de sa lecture problématique de l'article 3.

Dans le croisement de ses pans formel et substantiel, le principe d'égalité demeure une norme constitutionnalisée de manière générale et abstraite en vue d'être appliquée de manière individuelle et concrète, selon le canon juridique et culturel de la raisonnable. Dans une République libérale-démocratique fondée sur le travail, chaque cas de marginalisation sociale remet en question l'efficacité et l'efficience des politiques de *Welfare State*.

Toutes les tentatives démocratiques de matérialiser la dignité par les applications légales des égalités formelles et substantielles, n'ont jamais été vaines. L'histoire du constitutionnalisme républicain d'Italie nous livre une certitude irréductible : la constitutionnalisation des indissociables égalités formelle et substantielle lance un défi contre toute forme de marginalisation.

⁴⁶ Cfr. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padoue 2002 ; L. D'Avack-F. Riccobono (dir.), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Naples 2004 ; L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milan 2005 ; B. De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Naples 2015.

La marginalité et la sédentarité : le statut juridique des gens du voyage

Natacha Paget-Blanc

*Doctorante contractuelle en Droit public
(Université Paris I Panthéon-Sorbonne)*

Perçu comme un «*déviant-type*»¹, un «*étranger*»², voire un «*ennemi de l'intérieur*»³ dont la coexistence avec le reste de la population constituerait un véritable problème de sécurité publique⁴, le nomade, qu'il soit citoyen ou non, tsigane ou non, est une figure inspirant traditionnellement le soupçon des autorités publiques. Ce sentiment singulier s'enracine dans l'attachement de l'État moderne à la sédentarité, à la prise en compte des citoyens sur une base territoriale et à leur division en fonction du domicile⁵. Assimilant la citoyenneté à la sédentarité, le droit français a ainsi précocement soumis les populations tsiganes à des règles spécifiques les séparant des citoyens de droit commun, et faisant de ceux-ci des citoyens de second rang, voire des «*dénationaux*»⁶. Les populations tsiganes sont ainsi apparues comme une population doublement marginalisée : par leur mode de vie, elles ont été situées en marge de la norme sédentaire, mais elles ont également subi une forme de marginalisation juridique, dans la mesure où leur statut juridique les séparait des citoyens de droit commun. Avec le développement du principe d'égalité et de non-discrimination, ainsi que la reconnaissance progressive de la nécessité de protéger les minorités et la diversité culturelles, cet état des choses a sensiblement évolué. C'est à la lumière de ces nouveaux

¹ D. Lochak, *Espace et contrôle social*, in *Centre, périphérie, territoire*, PUF, p. 162.

² V. «Ils veulent en finir avec le livret de circulation», *Le Parisien*, 23 avr. 2013, cité par M.F.-R. Stefanini, *QPC et personnes vulnérables : le cas des gens du voyage en France*, in H. Alcaraz, C. Severino (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Confluence des droits, 2021, p. 385.

³ C. Robert, *Les groupes tsiganes en France : éternels étrangers de l'intérieur*, Université de Paris X, 2006, p. 144.

⁴ M. Waline, *Un problème de sécurité publique : les Bohémiens*, in «Revue internationale de criminologie et de police technique», 1950, n° 4, pp. 263-273.

⁵ D. Lochak, cit.

⁶ E. Filhol, *Le discours républicain sur les «nomades» (1908-1912) : les cas d'Étienne Flandin et de Marc Réville*, in «Ethnologie française», octobre 2018, n° 4, p. 687.

objectifs que doit être analysée la question du statut juridique de ceux que l'on désigne désormais par l'expression «*gens du voyage*».

L'expression «*gens du voyage*», consacrée dans la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage⁷, est une appellation administrative désignant l'ensemble des personnes dont le mode d'habitat traditionnel est la résidence mobile⁸. Sur un plan ethnographique, les personnes que l'on appelle des gens du voyage sont d'origines diverses. Certaines sont d'origines Rom, tels les Manouches, Gitans, Tsiganes ou Roms de l'Europe de l'Est, alors que d'autres ne sont pas Rom, tels les Yenniches. Ces populations, dont la présence sur le territoire français remonte au XVI^e siècle, ont longtemps été essentiellement nomades, avant qu'elles ne deviennent pour beaucoup sédentaires ou semi-sédentaires⁹. À la différence d'autres populations qualifiées de Roms, les personnes appartenant à la catégorie juridique des gens du voyage sont citoyennes françaises. Or, précisément parce qu'elles bénéficient de la nationalité française sans correspondre au mode de vie sédentaire, elles sont souvent appréhendées comme des «*minorités insondables*»¹⁰, voire inclassables. Dans cette perspective, la politique publique liée aux populations nomades ou quasi-sédentaires a été précocement marquée par un double objectif : inciter à la sédentarisation et contrôler ces populations.

Dès la fin de l'Ancien régime, les pouvoirs publics ont fait preuve de rigueur à l'égard des vagabonds, mendiants, et individus itinérants, en autorisant notamment leur enfermement dans les prisons générales¹¹. La Révolution prolongea cette politique répressive et incitative à l'égard des nomades. Ainsi, alors qu'ils avaient érigé la mendicité en délit social et y voyaient la marque d'une activité antisociale, les révolutionnaires réservaient un sort spécifique aux mendiants non domiciliés, puisque ceux-ci devaient être ramenés dans leur village d'origine, et étaient susceptibles d'être emprisonnés. La justification avancée à ce traitement spécifique était l'idée

⁷ Bien qu'elle soit déjà mentionnée à l'article 28 de la loi du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement.

⁸ Art. 1^{er} de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage ; P. Hérisson, *Gens du voyage : pour un statut proche du droit commun*, Rapport au Premier ministre, juillet 2011, pp. 6 et s.

⁹ Défenseur des Droits, «*Les gens du voyage* », accessible à l'URL : <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/outils/gens-du-voyage>.

¹⁰ A. Bachert-Peretti *et al.*, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in «*RFDC*», novembre 2020, n° 4, p. 905.

¹¹ Sur l'ensemble de cette question, v. D. Roman, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, 2002, pp. 310 et s.

que ces individus souhaitaient se soustraire «à la vie habituelle du citoyen»¹². Le XIX^e siècle a vu se multiplier les mesures de surveillance et de répression à l'égard des nomades et vagabonds. Un moment charnière dans l'évolution du statut juridique des populations nomades est la loi du 16 juillet 1912 relative à l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades. Libérale à l'égard des ambulants et forains¹³, cette loi institue un véritable «régime d'exception contre toute une race» en dégageant un régime juridique spécifique aux nomades¹⁴. Ils sont assimilés à des personnes sans domicile ni profession, par opposition aux forains et ambulants, et soumis à un régime policier musclé et stigmatisant. Comportant différentes restrictions à la liberté d'aller et venir des gens du voyage, ce régime institue un fichage généralisé, une identification systématique des individus sur la base de critères criminologiques¹⁵, et l'obligation pour les nomades de détenir un carnet anthropométrique devant être visé dans chaque commune où ils séjournent, même pour des déplacements transitoires¹⁶. Cette loi fulmine également de lourdes peines pour les personnes se déplaçant sans la possession de ce carnet, notamment au titre du délit de vagabondage¹⁷. Par la suite, la loi du 3 janvier 1969, tout en maintenant le régime policier applicable aux nomades, en atténue la rigueur. Pour l'essentiel, cette loi conduit à l'institution d'un régime préventif pour l'exercice de la liberté d'aller et venir des nomades, ceux-ci devant faire viser périodiquement leur titre de circulation par l'autorité administrative, lequel se substitue au carnet anthropométrique. Dans le même temps, cette loi pose les premiers jalons d'une politique sociale à l'égard des populations tsiganes en leur permettant d'accéder à différentes prestations sociales et politiques grâce au mécanisme de la commune de rattachement.

¹² F. Chanteau, *Vagabondage et mendicité*, Pédone, 1899, cité par D. Roman, cit., p. 150.

¹³ F. Bernard, *Les développements récents du droit français en ce qui concerne les populations non sédentaires*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 248.

¹⁴ M. Waline, *Un problème de sécurité publique : les Bohémiens*, cit. ; toutefois, cette observation avait moins pour objet de dénoncer que de valider l'objet de cette loi, v. E. Aubin, *Les ambiguïtés de la doctrine française relative aux nomades*, in «LPA», 1995, n° 126, p. 12.

¹⁵ Ainsi, le carnet mentionnait la hauteur de «la taille, celle du buste, l'envergure, la longueur et la largeur de la tête, le diamètre bizygomatique, la longueur de l'oreille droite, la longueur des doigts médius et auriculaire gauches, celle de la coudée gauche, celle du pied gauche, la couleure des yeux», v. P. Hérisson, cit., p. 6.

¹⁶ Article 8 du décret du 16 février 1913.

¹⁷ Articles 12 à 22 du décret du 31 juillet 1970.

Il faudra attendre la loi Égalité et citoyenneté du 27 janvier 2017 pour que, suite aux recommandations émanant de la HALDE¹⁸ et de certains parlementaires¹⁹, la loi du 3 janvier 1969 soit abrogée et que disparaissent les dispositions relatives aux titres de circulation et à la commune de rattachement. Aujourd'hui, tout semble donc indiquer que le statut juridique des gens du voyage se rapproche progressivement du droit commun, et qu'ils tendent à devenir des «citoyens à part entière»²⁰. Certaines tendances du droit positif permettent toutefois de douter de la pleine portée de leur intégration. Se situant en marge de l'idéal-type du citoyen sédentaire, les gens du voyage demeurent-ils appréhendés comme des marginaux dans le droit positif ? De plus en plus attentif à la vulnérabilité et à l'inclusion des populations marginalisées, le droit français parvient-il à traiter les gens du voyage de manière identique aux citoyens de droit commun ? La condition juridique des gens du voyage a connu de véritables progrès depuis le début du XXI^e siècle, leur mode de vie tendant à être protégé par le droit européen et interne (I). Dans le même temps, une tendance au renforcement de la réponse sécuritaire à l'égard des gens du voyage se dessine, alors que la politique d'accueil continue de révéler ses insuffisances ainsi qu'une forme de réticence de certaines collectivités à s'acquitter de leurs obligations. *In fine*, le statut juridique des gens du voyage, s'il se rapproche du droit commun, demeure spécifique, et exprime la gêne de l'État à l'égard des populations tsiganes (II).

I. *L'amélioration de la condition juridique des gens du voyage*

Les orientations récentes du droit positif traduisent le souci croissant des pouvoirs publics de garantir le mode de vie traditionnel caractéristique des gens du voyage. Ainsi, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, un droit à mener un mode de vie traditionnel a commencé

¹⁸ Dans une délibération du 17 décembre 2007, la HALDE avait ainsi estimé que «les différences de traitement visant les voyageurs, tziganes ou autres, doivent être considérées comme des discriminations fondées sur l'origine» et invité les pouvoirs publics à refondre le régime institué par la loi du 3 janvier 1969 ; de même, elle recommandera une abrogation totale de cette loi par une délibération n° 2009-316 du 14 septembre 2009.

¹⁹ P. Hérisson, cit., p. 37. ; v. aussi, Assemblée nationale, *Proposition de loi du 15 décembre 2010 visant à mettre fin au traitement discriminatoire des gens du voyage*, déposée par le député J-M. Ayrault.

²⁰ F. Aumond, *Le statut des gens du voyage saisi par la loi Égalité citoyenneté*, in «AJDA», 2017, 991.

à émerger, impliquant un changement de paradigme dans la politique publique relative aux gens du voyage (A). Cette nouvelle approche, davantage axée sur l'intégration des gens du voyage, s'est traduite par une refonte de leur statut juridique et par l'élaboration d'obligations d'accueil à la charge des collectivités territoriales (B).

A. La timide émergence d'un droit à mener un mode de vie traditionnel

Jusqu'à la fin du XX^e siècle, la politique publique relative aux gens du voyage était marquée par la recherche de la sédentarisation de ces populations et par un paradigme sécuritaire justifiant leur surveillance administrative. La première loi relative à l'inclusion des populations du voyage fut la loi du 31 mai 1990 tendant à la mise en œuvre du droit au logement. Amorçant l'amélioration de la condition juridique des gens du voyage, ce texte était toutefois d'une portée limitée, et la doctrine le qualifiait volontiers «d'amendement voyage»²¹. Au début des années 2000, la reconnaissance progressive d'un droit à mener un mode de vie traditionnel par le droit européen a conduit à un approfondissement de leurs droits fondamentaux. Jusqu'alors, ils étaient dépourvus face aux mesures prises par les autorités publiques, parfois de nature à menacer leur mode de vie et l'exercice de leurs droits. Progressivement, la jurisprudence européenne a reconnu que différentes pratiques et modes de vie pouvaient être protégés au titre du droit au respect de la vie privée et familiale, établissant un lien entre ceux-ci et la capacité pour les individus à réaliser leur identité²². La Cour européenne des droits de l'homme voit désormais dans le droit à la vie privée une «notion large qui englobe, entre autres, des aspects de l'identité physique et sociale de l'individu, notamment le droit à l'autonomie personnelle, au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur»²³, ainsi que le «droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain»²⁴.

S'agissant des gens du voyage, la Cour a d'abord été réticente à admettre une telle argumentation à l'égard de leur mode de vie²⁵. Puis, dans l'arrêt *Chapman c/Royaume-Uni* rendu le 18 janvier 2001, elle reconnaît que le droit à mener un mode de vie traditionnel est protégé au titre de l'article 8.

²¹ E. Aubin, *Commentaire de la loi no 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage*, in «AJDA», 2000, p. 822.

²² S. Hennette-Vauchez, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Hypercours, 2020, n° 612 et s.

²³ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, n°2346/02.

²⁴ CEDH, 11 juil. 2002, *Christine Goodwin C/Royaume-Uni*, n° 28957/95.

²⁵ CEDH, 25 sept. 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, req. n° 20348/92.

Dans cette décision, la Cour dégage également une obligation positive à la charge des États de permettre aux populations du voyage de suivre ce mode de vie²⁶. Ce qui est protégé au titre de l'article 8 est autant le mode de vie itinérant, que la résidence en caravane, dès lors que «la vie en caravanes fait partie intégrante de l'identité des gens du voyage même lorsqu'ils ne vivent plus de façon nomade»²⁷. Bien que son raisonnement conduise à valider les mesures déferées devant elle, et que la portée du droit nouvellement reconnu semble assez limitée, certains auteurs voient dans cette décision l'émergence d'un droit européen au respect des modes de vie minoritaires²⁸, voire la consécration d'un droit à la différence fondé sur le mode de vie²⁹. À partir de cette jurisprudence fondatrice, la Cour européenne des droits de l'homme a bâti un ensemble de garanties découlant du statut de minorité vulnérable de certaines populations du voyage. Elle admet notamment qu'elles bénéficient d'une protection spéciale au titre de leur statut de minorité, et en fait découler diverses obligations spécifiques au titre du droit à l'instruction³⁰ ou du droit au logement³¹. De même, elle estime que les expulsions mises en œuvre à l'encontre des communautés stationnées en caravanes ne doivent pas conduire à porter une atteinte excessive à leur droit à la vie privée et familiale, et à leur mode de vie³².

La portée de ces jurisprudences ne doit pas être exagérée, dès lors que la Cour se montre relativement conciliante avec les États signataires et admet volontiers que «traiter différemment un Tsigane qui a illégalement stationné ses caravanes à un endroit donné, des non-Tsiganes qui y ont établi un site caravanier et toute personne qui y a fait construire une maison soulèverait des problèmes substantiels au regard de l'article 14 de la Convention»³³. Par ailleurs, le droit à mener un mode de vie traditionnel, et notamment le droit à vivre de manière itinérante, n'ont pas été consacrés en tant que tels en droit interne. Le Conseil constitutionnel admet que le droit à la vie privée et la liberté d'aller et venir impliquent le droit de choisir un mode de logement fixe ou mobile ainsi que de décider du lieu de son installation³⁴. Il ne protège toutefois pas directement le mode de vie traditionnel des gens

²⁶ CEDH, 18 janv. 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, req. n° 27238/95.

²⁷ CEDH, 17 oct. 2013, *Winterstein et autres c/ France*, req. n° 27013/07.

²⁸ J-P Marguénaud, *La lente émergence d'un droit européen au respect des modes de vie minoritaires*, in «RTD Civ». 2001, p. 448.

²⁹ D. Fiorina, *Mode de vie : la consécration du droit à la différence*, D. 2002, 2758.

³⁰ CEDH, 13 nov. 2007, *D.H. c/ République Tchèque*, req. n° 57325/00.

³¹ CEDH, 17 oct. 2013, *Winterstein et autres c/ France*, préc.

³² CEDH, 17 oct. 2013, *Winterstein et autres c/ France*, préc.

³³ CEDH, 18 janv. 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, préc., §95.

³⁴ Cons. Cons., 5 oct. 2012, *M. Jean-Claude-P*, n° 2012-279 QPC, considérant n° 27.

du voyage, et n'a pas dégagé de protection propre fondée sur la vulnérabilité de ces populations³⁵. Plus encore, il a tendance à invoquer le mode de vie et l'habitat des gens du voyage pour justifier des différences de traitement au regard des personnes vivant de manière sédentaire³⁶. Ainsi, la protection du droit à l'itinérance, sur le plan du droit interne, demeure relative, comme le soulignait la Commission nationale consultative des droits de l'homme³⁷.

Il reste qu'en admettant la vulnérabilité inhérente à ce mode de vie, et en admettant que le droit de chacun de choisir le lieu de son domicile implique une obligation positive de l'État de prévoir des conditions d'accueil suffisantes à certains endroits de son territoire³⁸, la jurisprudence européenne a donné une certaine impulsion à de nombreuses avancées du droit français s'agissant de statut juridique et de l'accueil des gens du voyage.

B. *La recherche d'une meilleure intégration des gens du voyage*

Tant en raison de l'influence de la jurisprudence européenne que des prises de position des autorités administratives indépendantes, le traitement réservé aux gens du voyage a fait l'objet de nombreuses critiques à partir des années 2000. Chargé de protéger le mode de vie traditionnel des gens du voyage et d'assurer une meilleure intégration de ces populations, l'État français a alors été mis face à deux défis : d'une part, dégager des espaces dédiés au logement des intéressés et conformes à leur mode de vie, et d'autre part, refondre leur statut juridique afin d'en atténuer le caractère discriminatoire.

Sur le premier point, un important effort a été réalisé avec la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage. Par principe, le juge administratif avait déjà eu l'occasion de dégager l'obligation pour les communes d'accueillir les gens du voyage et censuré les mesures de police interdisant de manière générale et absolue leur stationnement³⁹. De même, la loi du 31 mai 1990 tendant à la mise en œuvre du droit

³⁵ M.F.-R. Stefanini, *QPC et personnes vulnérables : le cas des gens du voyage en France*, cit., p. 398.

³⁶ Cons. Cons., 9 juil. 2010, *M. Orient O et autres*, n° 2010-13 QPC.

³⁷ CNCDH, *Avis sur le respect des droits des «gens du voyage » et des Roms migrants au regard des réponses récentes de la France aux instances internationales*, adopté en Assemblée plénière le 22 mars 2012, p. 7.

³⁸ CEDH, 25 sept. 1996, *Buckley c/ Royaume-Uni*, préc.

³⁹ CE, 20 janv. 1965, *Vicini*, rec. Lebon, p. 41 ; CE, 2 déc. 1983, *Ackermann*, n° 13205.

au logement avait intégré l'obligation de prévoir les conditions d'accueil des gens du voyage dans les schémas départementaux et celle pour les communes de plus de 5000 habitants de réserver des terrains à cet effet, sans toutefois l'assortir de sanctions⁴⁰. Constatant la faible effectivité de ces obligations, la loi du 5 juillet 2000 a renforcé l'obligation d'accueil des gens du voyage pesant sur les communes – désormais les intercommunalités – et prévu des sanctions progressives à l'égard des collectivités qui ne prendraient pas les mesures nécessaires⁴¹. La loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté apporte certains correctifs au dispositif mis en place et l'adaptera à l'évolution du mode de vie des gens du voyage, notamment à leur sédentarisation progressive. Dorénavant, les collectivités territoriales et les établissements publics intercommunaux visés par la loi doivent réaliser des aires permanentes d'accueil, des terrains familiaux locatifs aménagés et destinés à l'installation prolongée de résidences mobiles, mais aussi des aires de grand passage destinées à l'accueil des gens du voyage se déplaçant collectivement à l'occasion des rassemblements traditionnels ou occasionnels⁴².

Le bilan de la politique liée à l'accueil des gens du voyage est assez contrasté, comme le soulignent fréquemment les rapports de la Cour des comptes. La couverture du territoire en termes d'aires permanentes d'accueil et d'aires de grand passage, en particulier, se révèle inégale d'une commune à une autre⁴³. En revanche, les différentes lois et décrets adoptés depuis les années 2000 témoignent du souci croissant des pouvoirs publics d'adapter la politique de l'accueil des gens du voyage au mode de vie concret de ceux-ci. Ainsi, le récent décret du 26 décembre 2019 prend acte de ce que l'habitat adapté au mode de vie des gens du voyage est constitué par la location de terrains familiaux⁴⁴, ce qui correspond davantage à la tendance sédentaire, et à l'alternance des phases d'itinérance caractéristique du mode de vie

⁴⁰ Art. 28, loi n° 90-449 du 31 mai 1990.

⁴¹ Art. 3, loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 modifié par l'art. 149 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017. Ainsi, le préfet met d'abord la collectivité en demeure de prendre les mesures nécessaires, puis se substitue aux collectivités et consigne les sommes correspondant à ces dépenses, avant qu'il ne fasse acquérir par l'État les terrains nécessaires et fasse réaliser les travaux d'aménagement aux frais de la collectivité.

⁴² Art. 1er (II), loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000.

⁴³ Cour des comptes, *L'accueil et l'accompagnement des gens du voyage : des progrès lents et inégaux, des objectifs à redéfinir*, in *Rapport annuel de 2017*, t. II.

⁴⁴ Not. art. 1^{er} décret n° 2019-1478 du 26 décembre 2019 relatif aux aires permanentes d'accueil et aux terrains familiaux locatifs destinés aux gens du voyage et pris pour l'application de l'article 149 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté.

moderne des gens du voyage⁴⁵. Ce type de terrains correspond au besoin d'ancrage territorial des gens du voyage puisqu'ils peuvent être propriétaires ou locataires des terrains sur lesquels ils vivent, tout en conservant une résidence mobile stationnée dans un garage contigu au bâtiment⁴⁶. L'ensemble de ces évolutions législatives constitue un véritable progrès dans la condition juridique des gens du voyage, dans la mesure où, en posant l'obligation d'accueil, le législateur entend «normaliser» le mode de vie des gens du voyage⁴⁷. Il traduit surtout un changement de paradigme dans le traitement juridique des gens du voyage puisque le législateur recherche davantage leur intégration que leur surveillance et leur contrôle.

Il reste qu'en France, par la soumission des gens du voyage au régime d'autorisation préalable s'agissant de leur liberté d'aller et venir, leur mode de vie traditionnel demeurerait insuffisamment protégé. De même, du fait du maintien de sanctions pénales assorties au non-respect de l'obligation de se munir d'un titre de circulation, l'exercice du mode de vie itinérant présentait d'importants risques pour les gens du voyage. À ce titre, et sur un plan aussi symbolique que pratique, le statut juridique des gens du voyage a profondément évolué depuis les années 2010, se rapprochant de plus en plus du droit commun. Dans un premier temps, la jurisprudence a progressivement censuré le volet répressif du régime administratif des gens du voyage. Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré l'obligation de détenir un livret de circulation dont le non-respect constituait une contravention de la cinquième classe⁴⁸, et le Conseil d'État a estimé que les peines contraventionnelles prévues pour les personnes circulant sans le livret spécial de circulation portaient une atteinte disproportionnée à leur liberté de circulation⁴⁹. Enfin, la loi du 27 janvier 2017 a eu un effet décisif sur le statut juridique des gens du voyage en abrogeant dans son intégralité le régime administratif institué par la loi de 1969⁵⁰. Ce texte met fin à l'obligation de circuler en possession d'un titre spécial de circulation et au mécanisme de la commune de rattachement, qui conditionnait l'exercice de certains droits civils et civiques, et les obligations fiscales et militaires des

⁴⁵ E. Aubin, *Accueil et stationnement des gens du voyage*, in *rep. pol. admin*, cit., n° 27 et s ; E. Aubin, *La commune et les gens du voyage. Guide pratique de l'accueil et de l'habitat*, Berger-Levrault, 2014, p. 146.

⁴⁶ E. Aubin, *Accueil et stationnement des gens du voyage*, in *rep. pol. Admin*, cit., n° 27.

⁴⁷ R. Rouquette, *Gens du voyage : accueil ou rejet ?*, in «Droit administratif», n° 12, 2007, étude 19.

⁴⁸ Cons. Cons., 5 oct. 2012, *M. Jean-Claude P.*, préc.

⁴⁹ CE, 19 nov. 2014, *M. B.*, n° 359223.

⁵⁰ Art. 195 de la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

gens du voyage. Les gens du voyage intègrent le droit commun pour ce qui est de la liberté de circulation, et sont donc soumis à un régime répressif davantage libéral. En ce qui concerne l'accès aux prestations sociales et l'exercice des droits civiques et civils, la loi prévoit un alignement sur le régime des personnes sans domicile stable, en substituant au mécanisme de la commune de rattachement la domiciliation auprès d'un centre communal d'action sociale ou d'un organisme agréé par le préfet du département⁵¹. En somme, en mettant fin au régime d'exception appliqué aux gens du voyage, cette loi «*contribue à faire sortir de leur situation de marginalité des personnes qu'elle aide à consacrer comme citoyens à part entière*»⁵².

Il serait difficile d'affirmer aujourd'hui que le droit positif n'apporte aucune protection aux gens du voyage, l'État entendant de plus en plus intégrer cette population et aligner ses droits sur ceux des citoyens de droit commun. Pour autant, les gens du voyage demeurent une population marginalisée et le maintien de règles spécifiques à leur sujet traduit la difficulté pour les pouvoirs publics à appréhender juridiquement ces populations.

II. *Des avancées en trompe-l'œil ? La marginalisation persistante des gens du voyage*

En dépit des progrès observés dans la condition juridique des gens du voyage, la pleine intégration de cette population demeure imparfaite. Du côté de la société civile, les gens du voyage sont très majoritairement perçus comme un «groupe à part dans la société», pour des raisons ne tenant pas exclusivement à leur mode d'habitat, comme le révélait un sondage mené par la Commission nationale consultative des droits de l'homme⁵³. Les gens du voyage sont particulièrement vulnérables, subissent de nombreuses discriminations et leurs droits fondamentaux sont d'une effectivité relative, la France ne faisant pas figure d'exception sur ce point⁵⁴. Le renforcement

⁵¹ Art. 192 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

⁵² F. Aumont, cit.

⁵³ Selon ce sondage, 84% des personnes interrogées considéraient que les gens du voyage constituaient un «groupe à part dans la société», v. Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Étude et propositions sur la situation des Roms et des gens du voyage en France*, texte adopté en assemblée plénière le 7 février 2008, p. 5.

⁵⁴ Commissaire aux droits de l'homme, *Les droits de l'homme des Roms et des Gens du*

continu du volet répressif de la législation applicable aux gens du voyage et des pouvoirs dévolus aux autorités administratives en matière d'expulsion des gens du voyage installés de manière illicite sont autant d'éléments témoignant du fait que leur mode de vie reste perçu comme anormal et problématique (A). Au cœur du problème de l'intégration des populations tsiganes, la notion même de «gens du voyage» et les ambivalences l'entourant expriment la difficulté du droit positif à appréhender juridiquement les populations tsiganes (B).

A. La prévalence d'une approche sécuritaire à l'égard des gens du voyage

Les différentes évolutions observées dans la condition juridique des gens du voyage présentent un caractère paradoxal : alors que les autorités publiques sont de plus en plus chargées de garantir leur mode de vie et de les accueillir, l'arsenal répressif et coercitif à leur égard tend à se renforcer. Cette dualité est au cœur des différents textes en la matière, puisque la loi du 5 juillet 2000 faisait déjà de l'octroi du pouvoir de police administrative d'interdiction des résidences mobiles sur le territoire aux communes la «contrepartie sécuritaire»⁵⁵ de leurs obligations d'accueil des gens du voyage. De manière générale, les pouvoirs publics tentent de concilier les intérêts contradictoires des collectivités territoriales et des gens du voyage. Or, cette conciliation s'opère dans un sens favorable aux collectivités territoriales, ce qui se traduit par un regain de rigueur à l'égard des gens du voyage. Cette sévérité est perceptible tant au regard des procédures d'expulsion qui leur sont applicables, que des infractions relatives aux occupations illicites.

La loi du 5 juillet 2000, véritable «pierre angulaire» du droit relatif à l'accueil des gens du voyage⁵⁶, institue une police administrative du stationnement des gens du voyage. L'article 9 de cette loi prévoit que le maire, ou le président de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI), peut prendre un arrêté interdisant le stationnement en dehors des aires d'accueil, dès lors que la collectivité s'est acquittée de ses obligations en termes d'accueil, entend le faire, ou rentre dans l'un des cas prévus à l'article 9. Initialement, les gens du voyage installés sur des terrains en violation de l'arrêté de stationnement ne pouvaient être expulsés que sur le fondement des dispositions de droit commun applicables à la protection de

voyage en Europe, Conseil de l'Europe, 2012 ; Commission nationale consultative des droits de l'homme, *ibid.*

⁵⁵ E. Aubin, *Accueil et stationnement des gens du voyage*, in *Rép. de police administrative*, cit., n° 29.

⁵⁶ H. Avvenire, *Stationnement des gens du voyage*, in «AJDA», 2021, 1049.

la propriété. Le maire ou le propriétaire devaient saisir le juge judiciaire en référé si l'occupation portait sur un terrain privé, ou le juge administratif lorsqu'il s'agissait de biens relevant du domaine public. Or, les maires ont fréquemment dénoncé la faible efficacité de ces procédures, leur caractère coûteux, ainsi que l'incurie des services préfectoraux dans l'exécution des expulsions⁵⁷, ce qui a conduit le législateur à renforcer progressivement les pouvoirs des maires pour obtenir l'expulsion des occupants sans titre. Dans un premier temps, la loi du 5 juillet 2000 a doté le maire d'une procédure d'assignation des occupants des terrains privés et publics. Elle lui permettait de saisir le président du tribunal de grande instance sur le fondement de l'atteinte à l'ordre public des occupants. Le juge statuait en référé et pouvait également prononcer des injonctions à l'encontre des occupants récalcitrants⁵⁸. Quelques années après, le même constat de lourdeur et d'inefficacité de ces procédures a conduit le législateur à instituer une procédure d'expulsion administrative dérogatoire au droit commun, n'impliquant ni jugement ni ordonnance juridictionnelle. L'article 27 de la loi du 5 mars 2007 permet ainsi au maire ou au président de l'EPCI de demander au préfet de mettre les occupants en demeure de quitter les lieux en cas d'occupation en violation de l'arrêté de stationnement, à la condition que l'occupation soit constitutive d'un trouble à l'ordre public. Cette même loi permet au préfet de procéder à l'évacuation forcée des résidences mobiles, sauf opposition du propriétaire⁵⁹. Elle institue ainsi un mécanisme d'exécution forcée d'une décision administrative dérogatoire aux principes posés dans la jurisprudence Saint-Just, ce qui a conduit de nombreux auteurs à souligner la contrariété de la procédure avec l'article 66 de la Constitution⁶⁰.

Les dernières évolutions relatives au statut juridique des gens du voyage se sont également traduites par une pénalisation accrue des occupations illicites. En effet, jusqu'en 2003, l'occupation illicite des terrains d'autrui n'était sanctionnée que sur le plan civil, si ce n'était l'article 226-4 du Code pénal réprimant l'introduction ou le maintien dans le domicile d'autrui par des manœuvres, menaces, voies de fait ou contraintes⁶¹. À ce titre, la loi du

⁵⁷ P. Yolka, *Le nomade et le hérisson*, in «JCPA», n° 19, 2007, act. 414.

⁵⁸ Art. 9, II) al. 2, loi n° 2000-614 du 5 juillet relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage.

⁵⁹ Art. 27 et 28 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

⁶⁰ P. Yolka, cit. ; R. Rouquette, cit.

⁶¹ V. Tchen, *La loi sur la sécurité intérieure : aspects de droit administratif*, in «Droit administratif», n° 6, 2003, chron. 11 ; R. Rouquette, *ibid.*

18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure a introduit un article 322-4-1 dans le Code pénal, ayant pour objet de réprimer «le fait de s'installer en réunion, en vue d'y établir une habitation, même temporaire, sur un terrain appartenant soit à une commune qui s'est conformée aux obligations lui incombant [...], soit à tout autre propriétaire qu'une commune, sans être en mesure de justifier de son autorisation ou de celle du titulaire du droit d'usage du terrain». Cet article punissait initialement ce délit d'une peine d'amende de 3 750€ et d'une peine d'emprisonnement de six mois⁶². La loi du 7 novembre 2018 a doublé ces peines, qui sont désormais portées à 7 500€ d'amende et un an d'emprisonnement⁶³. Les mêmes dispositions ont introduit la possibilité de recourir au mécanisme de l'amende forfaitaire pour éteindre l'action publique. La tendance au renforcement de la répression des occupations illicites s'illustre également dans une récente proposition de loi déposée par le Sénat. Cette proposition, avec pour objectif de renforcer l'arsenal répressif à l'égard des gens du voyage, envisage notamment de permettre, à titre de sanction complémentaire, la saisie des véhicules, même dédiés à l'habitation⁶⁴, en contrariété avec l'inviolabilité du domicile reconnue aux résidences mobiles⁶⁵.

L'ensemble de ces dispositions, qu'il s'agisse des procédures d'expulsion ou des infractions pénales, témoigne du fait que la question des gens du voyage demeure appréhendée sous un prisme sécuritaire. Dans le même temps, certains dispositifs accentuent l'originalité des règles applicables aux gens du voyage et peuvent participer à renforcer l'idée d'une «délinquance structurelle, collective, volontaire» des gens du voyage chez l'opinion publique⁶⁶. Ainsi, s'il connaît désormais d'autres applications, l'article 322-4-1 du Code pénal a été pensé comme un «délict typiquement réservé aux gens du voyage»⁶⁷, en ce qu'il fait expressément référence aux obligations d'accueil de ces populations. De même, la parenté entre la procédure administrative d'expulsion des gens du voyage avec celle de reconduite à la frontière des étrangers⁶⁸, renforce le sentiment que les gens du voyage

⁶² Sans compter les peines complémentaires de suspension du permis de conduire et de confiscation des véhicules autres que ceux utilisés pour l'habitation des personnes prévues à l'article 322-15-1 du Code pénal.

⁶³ Art. 4 de la loi n° 2018-957 du 7 novembre 2018 relative à l'accueil des gens du voyage et à la lutte contre les installations illicites.

⁶⁴ Sénat, *Proposition de loi visant à consolider les outils des collectivités permettant d'assurer un meilleur accueil des gens du voyage*, enregistrée le 1^{er} juillet 2020.

⁶⁵ CE, 2 déc. 1983, *M. Ackermann*, préc.

⁶⁶ Commission nationale consultative des droits de l'homme, cit., p. 31.

⁶⁷ R. Rouquette, cit.

⁶⁸ *Ibid.*

constituent des «étrangers de l'intérieur»⁶⁹. Tout ceci tranche avec le constat du manque d'aires et de terrains mis en place pour les gens du voyage et conduit, parfois, à pénaliser le mode de vie des gens du voyage, puisque certains d'entre eux n'ont d'autre choix que de s'installer illicitement, faute de terrains mis en place par les collectivités.

La prévalence d'une approche sécuritaire au traitement juridique des gens du voyage exprime un malaise demeuré irrésolu à l'égard de cette population. La notion même de «gens du voyage» traduit ce malaise et interroge sur la capacité du droit français à appréhender les populations tsiganes, sans compromettre certains principes inhérents à la culture juridique française.

B. *Les ambivalences entourant la catégorie juridique des gens du voyage*

La notion de «gens du voyage» exprime toute la difficulté pour les pouvoirs publics à concevoir et appréhender juridiquement les personnes rentrant dans cette catégorie. Premièrement, la terminologie - outre la maladresse rédactionnelle tenant à la référence aux «personnes dites» gens du voyage - est elle-même sujette à caution, dans la mesure où elle véhicule une image relativement désuète des populations tsiganes, le voyage étant de moins en moins caractéristique de leur mode de vie⁷⁰. Deuxièmement, la catégorie juridique des gens du voyage repose sur un critère de plus en plus ambivalent, et reflète une réalité de plus en plus hétérogène.

L'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 2000 pose que cette catégorie est constituée de l'ensemble des personnes «dont l'habitat traditionnel est constitué de résidences mobiles installées sur des aires d'accueil ou des terrains prévus à cet effet». À la différence d'autres États européens qui identifient les populations tsiganes sur une base ethnique ou culturelle, et privilégient notamment l'expression de «Roms»⁷¹, le droit français se réfère moins à l'identité culturelle qu'au mode d'habitat pour qualifier les gens du voyage. Conscient de la difficulté de définir avec objectivité et de façon non discriminatoire la catégorie des gens du voyage, le législateur a préféré se référer au mode de vie et à la circulation des intéressés, davantage en lien avec l'objectif de stationnement décent des véhicules de la loi⁷². De nombreux

⁶⁹ C. Robert, *Les groupes tsiganes en France : éternels étrangers de l'intérieur*, cit.

⁷⁰ L'expression «ancrage territorial» traduit mieux la situation intermédiaire entre l'itinérance et la sédentarité, v. Cour des comptes, «L'accueil et l'accompagnement des gens du voyage», *Rapport public thématique*, octobre 2012, p. 18.

⁷¹ *Ibid.*, p. 13.

⁷² J-M. Sommer, *Accueil et habitat des gens du voyage : le stationnement irrégulier*, in

auteurs admettent pourtant le caractère «officieusement ethnique» de cette définition, et dans son économie, la législation relative aux gens du voyage a été pensée pour s'appliquer aux citoyens issus de populations tsiganes⁷³.

À partir des années 2010, la définition des gens du voyage a été progressivement élargie par la jurisprudence, ce qui a conduit à en brouiller les contours. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a étendu la notion de gens du voyage aux personnes «quelles que soient leurs origines, dont l'habitat est constitué de résidences mobiles et qui ont choisi un mode de vie itinérant»⁷⁴. Reprise autant par le Conseil d'État⁷⁵ que par la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁶, cette approche «globalisante» des gens du voyage a profondément bouleversé la catégorie juridique. De fait, elle permet désormais d'assimiler aux gens du voyage des individus aux statuts divers, notamment des Roms, ne disposant pas toujours de la citoyenneté française⁷⁷. Les spécialistes des questions tsiganes et les organes de défense des droits humains soulignent toutefois les différences entre le mode de vie des gens du voyage tsiganes et les Roms. Ainsi, le Défenseur des droits de l'homme explique que, s'agissant des populations Roms, le nomadisme et l'habitat en caravanes ne s'inscrit pas dans la même tradition que les populations tsiganes, dès lors que si les premiers sont parfois contraints à l'errance et au nomadisme, «ce n'est qu'en raison d'aléas ou d'obstacles administratifs liés à leur situation sociale extrêmement précaire, bien que plus de celle des personnes sans domicile fixe que celle des gens du voyage, car elles n'ont aucune revendication liée au caractère nomade de leur mode de vie»⁷⁸. En permettant d'intégrer dans la catégorie juridique des populations Roms ayant un habitat mobile, la définition actuellement retenue pour qualifier un individu de gens du voyage se détache du caractère

«AJDI», 2001, 133. Ainsi, lors de l'élaboration de la loi du 5 juillet 2000, les députés ont ainsi rejeté un amendement définissant les gens du voyage comme «des personnes identifiables faisant partie d'une communauté tsigane ou des personnes n'appartenant pas à ces communautés qui disposent d'un carnet de circulation mais qui n'ont ni domicile ni résidence fixe depuis au moins six mois», v. E. Aubin, *Commentaire de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage*, cit.

⁷³ R. Rouquette, cit.

⁷⁴ Cons. Cons., 9 juil. 2010, *M. Orient O et autres*, n° 2010-13 QPC, considérant n° 6.

⁷⁵ CE, 17 janv. 2014, n° 372422.

⁷⁶ CEDH, 14 mai 2020, *Hirtu et autres c/ France*, req. n° 24720/13.

⁷⁷ E. Aubin, *L'expulsion des Roms et des gens du voyage. Les «fils du vent» face aux apories du droit public*, in «ADJA», 2020, p. 2165.

⁷⁸ Défenseur des droits, *Bilan d'application de la circulaire interministérielle du 26 août 2012 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des opérations d'évacuation des campements illicites*, 26 juin 2013, p. 5.

traditionnel du mode de vie et de l'appartenance à une communauté, ce qui porte atteinte à la cohérence de la catégorie juridique. Ce qui semble poser le plus de difficultés est donc le critère d'appartenance à la catégorie de gens du voyage et le fait que la notion de gens du voyage recouvre des réalités hétérogènes. Au total, comme le notait I. Muller-Quoy, en «se fondant sur le caractère non ethnique de la définition des gens du voyage, mais sur son caractère technique (l'itinérance), le droit français peine à en décrire la réalité»⁷⁹.

Les ambivalences entourant la notion de gens du voyage, outre le fait qu'elles sont susceptibles de participer à la stigmatisation de populations ayant des caractéristiques différentes, peuvent avoir des conséquences juridiques importantes sur les populations vivant en caravanes. En effet, l'extension progressive de la définition des gens du voyage conduit le juge à vérifier avec davantage de rigueur les caractéristiques du logement afin de déterminer de l'applicabilité de la législation relative aux gens du voyage. Le juge a alors tendance à faire primer l'analyse des caractéristiques du logement sur l'inscription de l'habitat en caravanes dans un contexte culturel et traditionnel. Ainsi, le juge administratif exclut la mise en œuvre de la loi du 5 juillet 2000 pour les habitations légères et les caravanes non roulantes⁸⁰, mais admet l'applicabilité de la procédure de l'évacuation forcée à l'encontre d'individus vivant dans des habitats mobiles en raison de leur situation précaire dès lors qu'ils ne prouvent pas en quoi cet habitat ne constitue pas leur mode de vie habituel⁸¹. Toutes ces considérations ont conduit le Professeur E. AUBIN à craindre que les communes essayent de nier l'appartenance de groupes d'individus à la catégorie de gens du voyage au cas par cas, en se fondant sur les caractéristiques de l'habitat⁸².

Plus généralement, l'attachement de l'État français à l'universalisme juridique et à la sédentarité peuvent expliquer certaines des difficultés du droit à appréhender et délimiter la catégorie des gens du voyage. En effet, le droit français n'admet pas de distinctions fondées sur l'ethnie ou l'origine en raison du principe d'indivisibilité et d'unicité du peuple français⁸³. L'universalisme et le principe d'unicité expliquent dans une certaine mesure la réticence du droit interne à reconnaître les minorités culturelles

⁷⁹ I. Muller-Quoy, *Accueil et stationnement des gens du voyage*, in *JurisClasseur Collectivités territoriales*, LexisNexis, Fasc. 526, 11 janv. 2019 (8 fév. 2021), n° 3.

⁸⁰ CAA Douai, 12 nov. 2009, n° 09DA00690.

⁸¹ CAA Versailles, 1^{er} déc. 2009, n° 07VE03227.

⁸² E. Aubin, *Roms : être ou ne pas être gens du voyage ?*, in «AJDA», 2014, p. 1280.

⁸³ P. ex : Cons. Cons., 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, n° 91-290 DC.

et le droit à mener un mode de vie traditionnel. Les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État précisant l'indifférence des origines des individus dans l'application du régime des gens du voyage pourraient être lues en ce sens – bien qu'elles aient également pour intérêt au moins indirect de permettre l'extension des procédures d'expulsion à des populations non tsiganes. Il s'agit de nier tout caractère ethnique à la catégorie juridique des gens du voyage, afin que l'ensemble des règles qui y sont relatives soient conformes à la Constitution⁸⁴. Dans le même temps, d'autres éléments davantage institutionnels vont dans le sens de la reconnaissance et de la structuration des gens du voyage comme une communauté, comme en témoigne, par exemple, la mise en place d'une Commission nationale consultative des gens du voyage⁸⁵.

In fine, le droit français peut-il encore faire l'économie d'une réflexion sur le statut juridique des minorités culturelles ? Ne peut-on pas admettre, à l'instar de la Professeur D. Lochak qu' «il y a un moment où, pour respecter en chaque individu sa part d'altérité, le droit doit prendre acte des différences, tenir compte des appartenances constitutives des identités individuelles et même faire place aux identités collectives»⁸⁶ ? Ou bien ce débat constitue-t-il un leurre, un artifice, à moins de soutenir un changement radical du droit français, de sa substance et de ses finalités, comme l'affirmait la Professeure G. Koubi⁸⁷ ? Sans y répondre, on notera que le droit interne est encore réticent à reconnaître les minorités et la diversité culturelles – même françaises⁸⁸ –, et que la seule clarification de la notion de gens du voyage ne suffirait pas, à elle seule, à parfaire la pleine intégration des populations tsiganes.

⁸⁴ CAA Versailles, 1^{er} déc. 2009, préc. suggérant, *a contrario*, que fondée sur leur origine, la loi aurait pu être censurée.

⁸⁵ C. Le Berre, *Les gens du voyage : une catégorie ambiguë, source de discrimination indirecte*, in «RDP», 2008, p. 891.

⁸⁶ D. Lochak, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, PUF, 2010, p. 117.

⁸⁷ G. Koubi, *Droits culturels et droit des minorités*, in *Savoir innover en droit. Concepts, outils, systèmes. Hommage à Lucien Mehl*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 251.

⁸⁸ Le débat sur les langues régionales et les décisions rendues à ce sujet par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État montrent la réticence persistante du droit français à le faire.

Conclusion :
Les critères d'appréhension de la marginalité
et ses traitements juridiques en droit français

Dan Mimoun
Doctorant en droit privé
(Université Paris V-Descartes)

La marginalité a le charme de ces notions faussement simples du sens commun, dont on pense avoir une idée précise et facilement transposable au monde juridique. Cependant, lorsque l'on arrive au seuil d'une définition juridique, la notion même de marge et de marginalité interroge. Absente de notre droit positif en tant que telle¹, la marginalité est en revanche largement appréhendée dans d'autres disciplines comme la géographie ou la sociologie, dans lesquelles certaines de ses expressions sont diversement encadrées. Est-il simplement possible alors d'isoler une *notion* juridique de la marginalité par des éléments suffisamment structurants ? Les différentes études présentées dans ce dossier permettent de mettre en lumière quelques traits particuliers de la marginalité appréhendée sous l'angle double du statut juridique et d'une perspective globale qui touche les populations et non les individus pris isolément. Si la notion a pu être dite «manifestement rétive à la synthèse»², il apparaît à la suite de ces études que nous pouvons cependant en discerner quelques traits saillants. Le statut juridique est d'abord global : il vise une

¹ V. Champeil-Desplats, *Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français*, in «La Revue des droits de l'homme» [En ligne], n°14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, n°11 : «Entreprise à la lettre, l'analyse des marges sociales en droit français pourrait vite tourner court : l'expression est absente de notre vocabulaire juridique. À tout le moins peut-on considérer que si un concept de marge est présent, il n'est pas désigné par les mots « marges » ou « marginalité sociales » mais par une pluralité de dénominations pouvant conceptuellement leur être associés» ; On remarquera cependant qu'une occurrence moderne constitue à cet égard une exception : la «marge nationale d'appréciation» des États membres du Conseil de l'Europe. À ce sujet, v. P. Ducoulombier, *La marge nationale d'appréciation : crépuscule du système conventionnel ?*, in M. Pelletier, J.-L. Iten, M. Tourbe, *La marge en droit public*, dir., mare & martin, 2016, pp. 115 – 129.

² M.-R. Santucci, *Rapport de synthèse*, in M.-T. Avon-Soletti, *Des vagabonds aux SDF : approches d'une marginalité*, Actes du Colloque d'Histoire du Droit de Saint-Étienne, 20 et 21 octobre 2000, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2002, p. 361.

population plutôt qu'un individu. En effet, la marginalité n'est pas entendue abstraitement ; c'est toujours de populations marginalisées dont il s'agit. Le statut juridique des populations marginalisées est ensuite souvent la traduction d'un présupposé, d'un préjugé, qui marque une défiance de la société plus que du système juridique en tant que tel³ vis-à-vis d'individus ou de communautés perçues comme différentes. Il apparaît bien alors que la marginalité – et sa traduction juridique – ne peut s'entendre que par référence à un modèle⁴. La marginalité permet ainsi d'éprouver et de préciser ce qu'une société, et particulièrement en ce qui nous concerne, le traitement juridique fait à ce qu'elle considère comme la partie «normale» et ce qu'elle considère, par opposition, comme une excroissance, généralement perçue sur le mode de l'indésirable. La norme est, par opposition à la marginalité, l'ensemble des «caractéristiques associées à un sujet de droit standard dominant dans un ordre juridique donné»⁵. Certains traits reviennent souvent, sans être nécessaires : ainsi l'absence de domicile fixe, l'absence de profession déterminée (qui peut en être une conséquence), la mendicité sont autant d'indices de la marginalité, notion pourtant très hétéroclite dans ses réalités.

La marginalité est souvent aussi localisée : qu'on pense aux juifs, cantonnés à certains quartiers extérieurs, ou aux zoniers, ces habitants de la zone inconstructible autour de Paris⁶ ; les populations marginalisées

³ Il est d'ailleurs frappant de constater qu'il n'existe pas d'entrée *marginalité* dans les dictionnaires juridiques. S'il y a bien une entrée à *Marge*, les sens recensés ne correspondent pas, même de loin, à ce qui est traditionnellement entendu par marginalité et correspond à des notions techniques. On peut par exemple citer le G. Cornu (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, v° *Marge*, qui donne pour sens 1 la «différence de valeur d'un gage et de la somme avancée sur le gage, en prévision d'une baisse de celui-ci», et pour sens 2 la «couverture supplémentaire exigée pour des opérations à termes, lorsque la variation des cours au-dessus et au-dessous d'un chiffre déterminé fait craindre que la couverture initiale ne suffise plus à assurer le règlements des différences». Le sens 3 recense d'autres applications techniques, telles la marge bénéficiaire, la marge de sécurité ou encore la marge nationale d'appréciation. C. Puigelier (dir.), *Dictionnaire juridique*, 3^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2020, ne contient pour sa part aucune entrée à *Marge*.

⁴ La marginalité apparaît comme un phénomène *réputationnel*, par conséquent d'abord social avant que d'être juridique. Sur la réputation dans l'Occident chrétien, v. G. Todeschini, *Au pays des sans-nom : Gens de mauvaise vie, personnes suspectes ou ordinaires du Moyen Âge à l'époque moderne*, trad. N. Gailius, préf. P. Boucheron, Verdier histoire, 2007.

⁵ V. Champeil-Desplats, *Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français*, in «La Revue des droits de l'homme» [En ligne], n°14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, n°13.

⁶ Déclassée par une loi du 19 avril 1919 «relative au déclassement de l'enceinte fortifiée de Paris, à l'annexion de la zone militaire et au desserrement du casernement et portant

subissent dans ces deux cas une mise à l'écart à la fois géographique et sociale⁷. Ces exemples montrent que les populations marginalisées sont souvent, mais pas nécessairement, rejetées au dehors des lieux d'habitations classiques. La marginalité juridique coïncide alors avec une marginalité géographique, leur exclusion prenait alors une forme physique et non plus seulement de contrôle social et juridique. Il reste que la marginalité apparaît comme une catégorie intermédiaire, qui se situe aux confins du système juridique. Ce dernier est à l'époque moderne marqué par des oppositions tranchées dans la formulation des règles de droit.

Le système juridique a beaucoup de mal à se saisir conceptuellement d'un objet à cheval entre les catégories (I). Le traitement réservé à la marginalité est divers, ce que reflète le traitement juridique ambivalent des populations marginales (II).

I. *Une difficile appréhension de la marginalité par le droit*

Parler de population marginalisée implique nécessairement un auto-référencement du discours et une construction de ce discours en regard d'une autre catégorie de référence. Les marginaux apparaissent ainsi nécessairement comme une catégorie relative. Cette relativité permet d'appréhender les critères de marginalité comme un élément structurant de la norme, en ce que cette dernière est nécessairement porteuse d'un modèle (A). Les éléments divergeant du modèle sont alors difficilement appréhendés par les catégories juridiques (B).

A. *La marginalité, une catégorie relative.*

Le sens étymologique de marge est l'espace laissé dans un livre entre le texte et l'extrémité de la page⁸. «Marginal», entendu comme adjectif, signifie

approbation des conventions intervenues à cet effet entre l'État et la ville de Paris», *JO*, 19 avril 1919, p. 4146. ; V. également, sur l'histoire de cette zone *non aedificandi*, *Des fortifs aux HLM : la marge de Paris*, in *Contrevues Paris*, 25 septembre 2019.

⁷ Cependant, dans le cas des zoniers, aucune obligation ne leur est faite de résider dans la zone, bien au contraire, puisqu'ils ne peuvent normalement rien y bâtir, contrairement aux juifs, qui étaient obligés d'y résider. Dans le premier cas, la marginalité, bien que localisée géographiquement n'est qu'une conséquence d'une marginalité sociale, quand elle est originelle pour le ghetto, qui imposait comme mesure marginalisante une obligation de résidence.

⁸ V° *Marge*, CNRTL : «Espace vierge laissé entre le pourtour de ce qui est imprimé (texte,

alors ce qui se trouve écrit en marge du texte. La catégorie des marginaux représente ainsi, au sens figuré, ceux qui sont laissés à la marge de la société, d'abord géographiquement : les marginaux se situent à la bordure, à la frontière⁹ de ce qui est considéré comme faisant référence. Cela explique d'ailleurs une grande partie de la difficulté à saisir la marginalité : cette dernière n'est pas un phénomène en soi, que l'on pourrait saisir par des éléments de définition propres, mais est liée à ce dont elle est à la marge. Ainsi la marginalité ne saurait exister seule : elle est dans un rapport de dépendance nécessaire avec ce dont elle diffère. On peut donc définir la marginalité d'abord par sa *relativité*. Il n'est donc de marge qu'en lien avec une catégorie prise comme référence. Le marginal ne peut par ailleurs pas exister sans la catégorie de référence, quand la réciproque n'est pas vraie. Des marginaux sans catégorie «normale» de référence constitueraient, par définition, la norme.

Ainsi, la marginalité ne peut constituer qu'une catégorie *par référence*, et ne pourrait s'envisager seule. La marge sous-entend la norme. La marginalité ainsi entendue est constituée de tout ce qui est déviant du modèle : elle procède nécessairement par exclusion. L'édification d'une catégorie de marginalité implique en effet une prise en compte exceptionnelle au sens technique du terme : la catégorie se forme par rejet dans cette sphère de tout ce qui diffère de ce qui est entendu comme la norme. Ainsi, cette catégorie ne dispose pas d'une unité fonctionnelle, mais plutôt d'un caractère éminemment composite. Elle n'est catégorie que par renvoi, dans un jeu de miroir avec la référence, ne correspondant pas en réalité à la diversité de son contenu. Cela permet de comprendre pourquoi il est difficile d'appréhender la marginalité de façon totalisante et ordonnée : additions de cas tous différents plutôt qu'unité d'un genre, elle n'est que faussement symétrique. Elle permet largement en revanche, dès lors que sont perçus les éléments ayant poussé à faire entrer dans ces catégories certaines populations, de dessiner en contre-point le modèle de référence, qui risquerait, sans cette

gravure) et le bord de la page».

⁹ Et non clairement d'un côté ou de l'autre de la frontière. Cf D. Truchet, *Préface*, in M. Pelletier, J.-L. Iten, M. Tourbe, *La marge en droit public*, mare & martin, 2016, pp. 9-16, spéc. p. 10 : «La marge se distingue d'une frontière qui, même sinueuse, mal bornée ou mouvante, désigne une limite nette, en deçà ou au-delà de laquelle il faut se situer sans erreur : ce peut être difficile, susceptible de faire hésiter, mais il n'y a qu'une réponse légale» ; également M. Pelletier, *Propos introductifs – la marge en droit public*, in M. Pelletier, J.-L. Iten, M. Tourbe, *La marge en droit public*, mare & martin, 2016, p. 17 : «L'expression de marge séduit, elle renvoie intuitivement à l'idée d'une frontière, elle désigne un objet qui est dans un périmètre, dans un cadre, mais qui dans le même temps est déjà presque à l'extérieur de ce périmètre ou de ce cadre».

«contradiction» que lui apporte sans cesse la marge, d'être complètement ignorée de la réflexion.

En tant que catégorie de renvoi, catégorie «balai», la marginalité permet à la norme de s'affirmer comme telle. Au même titre que l'exception, la marginalité confirme la règle dans les cas non marginaux¹⁰, autrement dit dans le modèle dessiné par la norme¹¹.

B. *L'appréhension conceptuelle de la marginalité par le système juridique*

La marginalité désignant une réalité conceptuelle largement disparate, le système juridique, pensé pour régir une généralité de cas, butant sur le cas limite, qui diffère largement du standard¹². La marginalité s'inscrit en effet dans une «troisième voie» à l'égard des catégories juridiques. En effet, si la catégorie est nécessairement relative, elle est cependant unie à la catégorie de référence par des liens forts. Ainsi, le marginal sera-t-il classé dans une catégorie distincte de l'individu normal, mais sera considéré comme y appartenant lorsque l'opposition faite est plus générale. Prenons un exemple classique : les populations nomades ou semi-nomades¹³. Malgré leur nationalité française et jusqu'une période récente, elles étaient traditionnellement considérées comme des marginaux, et à ce titre, faisaient l'objet d'un traitement inégal de leur citoyenneté. Cependant, dès lors que l'opposition est plus générale, comme entre nationaux et étrangers, le système juridique hésitera à une catégorisation dans l'une ou dans l'autre catégorie. De même, le juif au Moyen-âge est difficilement perçu, entre revendication du pouvoir royal et rejet de cette catégorie à la marge de la communauté nationale. En effet, ce dernier subit un statut ambivalent : il lui est imposé sous le règne de Saint Louis le port de la rouelle. Cette mesure

¹⁰ V. l'adage latin : «*Exceptio probat regulam in casibus non exceptis*», qui signifie que «l'exception confirme (ou prouve) la règle dans les cas non exceptés».

¹¹ Cependant, il faut préciser que la marginalité n'est pas identique à l'exception. L'exception se situe dans un rapport formel avec la règle, quand la marginalité est souvent comprise comme non seulement différente de la norme (et en ce sens, exceptionnelle), mais est également négative, quand l'exception peut ne pas l'être. Ainsi, une règle différente prévue en la faveur d'une personne ou d'une catégorie est bien une exception, mais ne signifie cependant pas une marginalisation de la personne ou catégorie de personne exceptée de la règle.

¹² Sur le standard, v. notamment parmi une littérature abondante, S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, préf. P. Weil, LGDJ, 1980 ; C. Perelman, R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

¹³ Cf N. Paget-Blanc, *La marginalité et la sédentarité : le statut juridique des gens du voyage*, dans ce dossier.

est proprement marginalisante car, contrairement à la peine d'exclusion, elle maintient les juifs dans la communauté nationale tout en les signalant. Ici, la marginalité prend la forme du marquage¹⁴. La marge interroge ainsi la limite de la catégorie¹⁵.

À ce titre, l'hésitation du juriste et par extension, du système juridique qu'il porte, traduit l'inadaptation nécessaire de l'appréhension conceptuelle de la marge. En effet, le droit est pensé pour «la plupart», la «majorité»¹⁶, et ne s'adapte que difficilement et au prix parfois de torsions intellectuelles complexes pour intégrer la marge aux catégories existantes¹⁷. On touche là à la première voie d'action face à la marge, une technique

¹⁴ Il est également interdit par la même mesure de pratiquer l'usure. Cependant, cette interdiction de l'usure s'interprète différemment puisqu'elle était prohibée dans tous le royaume. Néanmoins, l'ordonnance est dirigée explicitement contre les juifs. V. M. de Laurière, *Ordonnances des roys de France de la troisième Race*, vol. 1, Paris, 1723, p. 75 : «item l'ordonnance des juifs nous voulons qu'elle soit gardée, qui est telle, c'est à savoir que les juifs cessent les usures».

¹⁵ Pour F. Tourette, *Droit et S.D.F ou l'appréhension juridique d'une marginalité*, in M.-T. Avon-Soletti, *Des vagabonds aux SDF : approches d'une marginalité*, Actes du Colloque d'Histoire du Droit de Saint-Étienne, 20 et 21 octobre 2000, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2002, p. 244, le système juridique appréhende la marginalité, mais l'exclusion du système est une exclusion de fait. Ainsi, à propos du SDF : «Ce sont toutes les sécurités de l'existence qui se trouvent remises en cause, à tel point que la personne sans domicile se trouve «non sujet de droit», non en droit, mais en fait». À notre sens, le système juridique bute également sur l'appréhension en droit des populations marginalisées.

¹⁶ Un adage juridique traduit d'ailleurs cette réalité : *De minimis non curat lex* ou *De minimis non curat praetor*. V. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 83, p. 150 et s. : «l'adage n'en conserve pas moins son intérêt dans la mesure où notre droit n'ouvre pas le contentieux pour les situations de trop minime importance : la majesté de la justice en serait offensée et le gaspillage de temps consommé». Sur les adages, v. notamment, Ph. Jestaz, *Principes généraux, adages et sources du droit en droit français*, <https://www.yumpu.com/fr/document/view/34144810/principes-gacnacraux-adages-et-sources-du-droit-en-droit-francais> ; RFDA, n° 1, 2014, *Les adages en droit public*, dont notamment D. Symon, *Les adages et le droit écrit*, in «RFDA», 2014, p. 17 ; H. Hoepffner, J. Klein, *Les adages communs au droit public et au droit privé*, in «RFDA», 2014, pp. 201 et s.

¹⁷ V. également J.-L. Bergel, *Différence de nature égale différence de régime*, in «RTD civ.», 1984, spéc. n° 3-4, p. 257 : «Si le trait constant de la règle de droit est la généralité, elle ne peut régir que les espèces qu'en les réunissant dans des catégories, c'est-à-dire sous des schémas abstraits qui ne retiennent que les traits communs à la situation de chacune d'elles. [...] Le principe des catégories peut limiter l'épanouissement des volontés, par exemple en méconnaissant les contrats innomés du droit moderne ou, par un abus, couvrir les opérations que le droit positif entend prohiber ou restreindre». La marge apparaît justement rebelle à la qualification, et peut être incluse dans ce cas «d'abus» dénoncé par l'auteur.

bien connue du juriste : le rattachement par la qualification. Ainsi, le juriste va-t-il rechercher des éléments de rattachement, traitant par ce qui s'en rapproche le plus le cas marginal et le cas des marginaux¹⁸. Ce rattachement ne peut d'ailleurs être qu'imparfait : bien que la généralité soit une qualité qu'on accole d'habitude à la norme¹⁹, il est d'évidence que la norme est faite en considération d'un objet particulier, souvent le plus répandu²⁰. En ce cas, le traitement du cas marginal se fait-il en essayant d'interpréter largement certains critères relevant de la définition. Pour les populations marginales, cela signifie les rattacher à des catégories préétablies : pauvres, nomades, vulnérables etc. et cela sans se préoccuper, dans une approche marquée au sceau de l'universalisme²¹, de la spécificité du mode de vie de ces personnes ; la prise en compte juridique se veut ici objective, comme approchée par des critères.

Une autre approche juridique de la marginalité se veut quant à elle énumérative²² : ainsi le droit mentionnera-t-il que telles et telles personnes,

¹⁸ Y. Thomas, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in J.-C. Pasquero, J. Revel, *Penser par cas*, éd. EHESS, 2005, pp. 45-73, qui postule au contraire que le raisonnement juridique se fonde souvent sur le cas-limite pour appréhender la norme. V. spéc. p. 39 : «Ainsi le traitement juridique du cas extraordinaire ne fut-il jamais laissé en dehors de celui du cas ordinaire : il lui fut tout au contraire en permanence intégré. [...] ce qui avait été tranché dans le vif du cas de rupture assurant pour ainsi dire la constante administration de l'état ordinaire des choses, et ce qui avait été pensé précisément pour ce cas l'ayant comme été d'un même coup pour tous ceux qu'il contenait au-dedans de sa limite, c'est-à-dire, puisque celle-ci passait par l'extrême, dans tous les cas».

¹⁹ Cf C. Larroumet, A. Aynes, *Introduction à l'étude du droit*, 6^e éd., Economica, 2013, n° 22, p. 12 : «On trouve très fréquemment l'affirmation que la règle de droit est une règle générale et abstraite. [...] Règle générale et abstraite, cela signifie que la règle de droit s'applique à un nombre indéterminé de personnes sans les viser nommément. Par exemple, les dispositions du Code civil sur la protection des mineurs s'appliquent à tous les mineurs, quels qu'ils soient, et non à tel mineur X ou à tel mineur Y. Lorsque la règle de droit résulte de la loi, son caractère général et abstrait n'est rien d'autre que la manifestation de l'égalité de tous devant la loi». Les auteurs réfutent cependant cette approche en relevant qu'il existe des normes particulières.

²⁰ Par exemple, la théorie du contrat a été édiflée sur le modèle de la vente. Cf notamment M.-E. Ancel, *La vente dans le Code civil : raisons et déraisons d'un modèle contractuel*, in Th. Revet, *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, Colloque du 19 nov. 2004, t. 6, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, LGDJ, 2005, pp. 286 et s.

²¹ Cf P. Rosanvallon, *L'universalisme démocratique : histoire et problèmes*, in «*Esprit*», vol 1. n° 341, Janv. 2008, pp. 104-120.

²² Avec le danger d'une revendication constante de la reconnaissance individuelle du groupe collectif. Cf J. Chabas, *Rapport de synthèse*, in *La discrimination*, Journées franco-belges, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 51, société de législation comparée, 2001, p. 2, qui relève «Nos lois s'ingénient à protéger un nombre sans cesse croissant

juifs, prostitués, gens du voyage²³, font l'objet de certaines dispositions légales. Ces catégories se veulent plus adaptées, mais semblent heurter de front les principes d'égalité et d'universalité²⁴ de la loi : comment en effet concilier l'impersonnalité et la désignation de groupe, fût-ce pour protéger leurs droits ? Cette approche catégorielle des populations marginalisées peut alors avoir tendance à mêler les différentes réactions d'un système juridique face à la marginalité : l'accentuation du statut du marginal et la protection de sa spécificité. L'appréhension juridique plurielle des populations marginalisées fait écho aux différents types de traitement qui leur sont réservés.

II. *Le traitement ambivalent de la marginalité*

L'appréhension ambiguë de la marginalité suscite trois types de réactions du système juridique, qui ne sont d'ailleurs pas toujours toutes exclusives les unes des autres. Le système juridique peut en effet ignorer complètement les populations marginales ; il peut par ailleurs prendre en compte la marginalité, indifféremment du traitement concret qu'il lui réserve. Ainsi, le système juridique peut tout aussi bien sanctionner cette marginalité ou au contraire, la traiter sur un mode bienveillant par la reconnaissance de certaines de ses spécificités. Ainsi, le système juridique peut appréhender la marginalité de deux façons opposées. Seront donc d'abord envisagés les traitements négateurs de la marginalité qui ont pour effet de rendre invisible et inexistante juridiquement cette catégorie (A) et ceux qui au contraire, lui octroyant une reconnaissance de ses spécificités mettent en lumière, que ce soit positivement ou négativement, les franges marginalisées d'une population (B).

d'individus en raison de leur appartenance à une nation, en raison de leur situation de famille, de leur mœurs, de leur handicap physique, etc. Les minorités à protéger sont comme les antibiotiques : on en découvre de nouvelles chaque année».

²³ V. la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, qui dispose en son article 1^{er} que : «Les communes participent à l'accueil des personnes dites gens du voyage».

²⁴ Sur ces principes, v. D. Tharaud, *Contribution à une théorie générale des discriminations positives*, préf. J. P. Marguénaud, PUAM, 2013, spéc. n°s 58-70, pp. 69-75 ; également, A. Viola, «*La loi doit être la même pour tous*» : *vers la fin d'un principe républicain ?*, in M. Hecquard-Théron, J. Krynen, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, Tome 2 : Réformes-Révolutions*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, pp. 601 et s.

A. Un traitement négateur des populations marginales.

Le droit peut contribuer à rendre invisibles certaines franges de la population. À cet égard, nous excluons d'emblée le fait de l'absence de reconnaissance en raison d'un trop faible nombre de personnes concernées. Dans un état unitaire comme la France et malgré la décentralisation, la règle reste abstraite et nul individu, nulle collectivité ne saurait exiger un traitement purement individualisé de sa situation propre. À cet égard, si son mode de vie, quelque différent soit-il, ne cause aucun remous visible dans le système juridique ni aucune atteinte à l'ordre public²⁵, le législateur peut sciemment ou inconsciemment ne pas le traiter, soit parce qu'il est négligeable, soit parce qu'il l'ignore tout simplement²⁶. À la rigueur, le corps social se contentera-t-il de traiter ce marginal comme un «original», ce qui n'est pas notre objet d'étude.

Tout différent est le traitement ayant pour effet de rendre invisible la population marginale. Ici, le droit ignore sciemment des réalités. Il n'appréhende pas les marginaux par choix, par refus de prendre en compte leur situation particulière. S'«il n'y a pas de pire injustice que de traiter également des choses inégales» comme l'exprime l'adage bien connu tiré des définitions de la justice d'Aristote, alors le système juridique se comporterait avec injustice en refusant de prendre en compte de quelque manière que ce soit les différences objectives qui peuvent affecter certains modes de vie. Une telle (absence de) prise en compte constitue une réprobation ferme du mode de vie marginal quel qu'il soit²⁷. Le droit refuse ainsi de prendre en compte,

²⁵ Entendu au sens du droit public, comme la sauvegarde de la sécurité, salubrité et tranquillité publique, qui fonde les pouvoirs de police. V. M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public : Étude de droit comparé interne*, coll. «Les grandes thèses du droit français», Presses universitaires de France, 2001.

Sur le traitement de la marginalité en rapport avec l'ordre public, v. V. Champeil-Desplats, *Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français*, préc. n° 25 et les auteurs cités, A. Fossier, E. Gardella, *Le droit dans l'urgence. La jurisprudence face aux marginaux (XIII^e et XX^e siècles)*, in «Revue de Sciences humaines» [En ligne], 10 | 2006.

²⁶ D. Lochak, *(In)visibilité sociale, (in)visibilité juridique*, in S. Beaud, J. Confavreux, J. Lindgaard, *La France invisible*, éd. La Découverte, 2008, pp. 499-507, n° 6 : «Certaines formes d'invisibilité sociale vont de pair avec le silence du droit. Il y a d'abord les situations que le droit ignore purement et simplement. Cette ignorance peut avoir des significations diverses. On peut imaginer un phénomène tellement marginal quantitativement qu'il est, au sens propre, invisible : il n'est pas surprenant dès lors qu'il soit ignoré par le droit. »

²⁷ D. Tharaud, v° *Marginalité*, in D. Tharaud, C. Boyer-Capelle, *Dictionnaire juridique de l'égalité et de la non-discrimination*, L'Harmattan, 2021 : «Cela prend la forme d'un mépris juridique qui conduit à ne pas reconnaître les besoins spécifiques des personnes concernées. La construction de la loi nie alors l'existence de particularités en raison d'une

parfois sous le voile inconscient de l'universalisme de la règle juridique²⁸, les spécificités d'un mode de vie éloigné du modèle comme l'absence de sédentarité. La neutralité du discours juridique, qui a une forte tendance à l'abstraction, contribue à cette absence de prise en compte. Le droit français contemporain structuré autour du principe d'égalité devant la loi²⁹ ne connaît, en bonne logique, que des oppositions tranchées. Il supporte mal des catégories intermédiaires. L'absence de prise en compte d'un statut déviant, et n'appartenant ni à l'une ni à l'autre des catégories juridiques en opposition, traduit l'inadaptation³⁰ de la règle de droit aux situations tangentes, où l'opposition est moins certaine, autrement dit aux situations marginales. Comme l'exprime le Professeur V. Champeil-Desplats :

«Le droit moderne s'est structuré sur des modes principalement, bien que non exclusivement, binaires et dichotomique. Cette binarité s'exprime, tout d'abord, au niveau conceptuel. Elle se manifeste par des oppositions de concepts relatives aussi bien aux propriétés formelles de l'ordre juridique [...] qu'au contenu du droit, et partant, fondées sur une certaine représentation de la structuration du monde et de ses modalités d'expression dans le droit [...] La binarité de droit structure également les modes de raisonnement juridique. Les juristes travaillent en opérant des catégorisations et des qualifications, en formulant des principes et des règles dotés de leurs exceptions et de leurs dérogations. Ces opérations consistent

conception simple, voire simpliste, de que l'on peut être ou peut faire».

²⁸ D. Lochak, *(In)visibilité sociale, (in)visibilité juridique*, préc., n° 9 : «Ainsi, les «origines raciales» ou «ethniques», la couleur de la peau, mais aussi l'orientation sexuelle ne sont pas juridiquement «dicibles», sauf sur le mode de l'interdit [...] La loi doit être «color blind», comme disent les Américains, aveugle à la couleur. C'est là, pour partie, l'expression de l'idéologie universaliste profondément ancrée dans la culture politique et juridique française» ; v. également G. Koubi, *Droit et minorités dans la République française*, in A. Fenet, *Le droit et les minorités*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 305-306 : «L'affirmation constitutionnelle de «l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion» exprime la réprobation de la République envers toute tentative de désignation des uns et des autres suivant des stigmates incertains ou comme appartenant à des groupes dont les spécificités relèveraient de notions incompatibles avec le projet républicain : origine, croyance, race [...]. Toutefois l'affirmation constitutionnelle selon laquelle aucune distinction d'origine, de race ou de religion ne peut être énoncée, n'a d'effectivité qu'à l'égard des circuits de production normative».

²⁹ V. G. Koubi, *Droit et minorités dans la République française*, in *Le droit et les minorités*, préc., spéc. pp. 303 et s., à propos de l'obstacle que constitue le principe d'égalité à la prise en compte des situations des minorités.

³⁰ Qui est peut-être inhérente à tout système ordonné.

fondamentalement à inclure ou, à l'inverse, à exclure des actes, des choses ou des personnes, de catégories de pensée préconstruites. Dans ce contexte, l'appréhension juridique des situations marginales – sans que l'on ait besoin à ce stade d'en donner une définition précise – s'avère rapidement problématique. Les situations marginales ne sont en effet a priori ni assurément incluses dans les catégories composant les ordres juridiques, ni nécessairement exclues de celles-ci³¹.

On pourrait dire qu'ici, paradoxalement, la réprobation des marginaux est peut-être la plus forte. Cette absence de reconnaissance constitue implicitement une obligation de se conformer au mode de vie qui constitue la norme.

Le traitement sur le mode de la négation est donc une des voies possibles de traitement juridique des populations marginalisées. Mais on peut envisager par ailleurs, et constater au travers de l'Histoire, que ce n'est pas le seul traitement réservé à la marginalité. Le droit peut explicitement prendre en compte la marginalité, que ce soit pour protéger ou punir des comportements jugés comme déviants.

B. *Un traitement soulignant la spécificité des populations marginales.*

L'appréhension juridique des populations marginales peut avoir pour effet de renforcer la marginalité ; la légalisant, elle lui donne une réalité préhensible dans le corps social, ainsi qu'éventuellement devant les tribunaux ; elle contribue dans tous ces cas à la raffermir en lui faisant accéder aux honneurs de la loi. Mais le traitement opéré après cette reconnaissance peut aller d'un extrême à l'autre. Nous verrons d'abord le traitement par la stigmatisation (1) avant d'envisager le traitement par la reconnaissance et la protection (2).

1. *Un traitement sur le mode de la stigmatisation*

La reconnaissance juridique de marginalités peut avoir pour effet de stigmatiser ces dernières dans l'espace social des populations qui constituent la norme. Sanctionnant la marginalité, la règle juridique a donc pour effet d'accentuer et de marquer cette dernière.

³¹ V. Champeil-Desplats, *Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français*, in «La Revue des droits de l'homme» [En ligne], n°14 | 2018, mis en ligne le 14 juin 2018, n° 7-9.

La règle juridique peut d'abord choisir d'opérer un marquage, un fichage de ces populations, qui sont considérées comme dangereuses par état. La rouelle pour les juifs au Moyen-âge³², le livret ouvrier napoléonien³³ sont autant d'illustrations d'un traitement de la marginalité qui vise à la fois à marquer les individus, à les enregistrer et à sanctionner l'absence de ce fichage³⁴. Une telle activité constitue une stigmatisation de populations perçues comme dangereuses ; on peut mentionner d'autres avatars, parfois définitifs, du marquage social des populations marginales : le costume de forçat, différant selon l'infraction, et son marquage au fer rouge sous l'ancien régime.

Le traitement de la marginalité par le droit est parfois plus direct. L'interdiction faite au SDF³⁵ de mendier en constitue un exemple. Prohibée par le code pénal de 1810 et assimilée au vagabondage³⁶, l'infraction de mendicité a disparu en 1994. Elle a cependant été ressuscitée par le biais du pouvoir réglementaire et des arrêtés dits «anti-mendicité»³⁷, dont l'avenir semble cependant désormais compromis sous les coups de boutoirs récents de la jurisprudence de la CEDH³⁸. La reconnaissance négatrice

³² V. plus généralement, pour une synthèse sur la situation des juifs dans le Royaume de France au Moyen-âge et spécialement sur la période contemporaine de l'obligation de la rouelle, J. Sibon, *Les juifs au temps de Saint-Louis*, Albin Michel, 2017 ; v. également sur la situation générale des juifs au Moyen-âge et leurs rapports avec la société chrétienne, ainsi que la façon dont ils sont perçus, G. Dahan, *Les juifs en France médiévale : dix études*, préf. D. Iancu-Agou, Cerf-Patrimoine, 2017.

³³ Qui entra en vigueur par une loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803), et, après quelques modifications dans les années 1850, n'est définitivement abandonné qu'en 1890. V. J.-P. Le Crom, *Le livret ouvrier : entre assujettissement et reconnaissance de soi*, in Y. Le Gall, D. Gaurier, P.-Y. Legal, *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Études offertes à Philippe-Jean Hesse*, Presses universitaires de Rennes, 2005, pp. 91-100.

³⁴ V. la thèse récente de M. Sacchi Landriani, *Naissance du moderne régime de mobilité : politique de l'identification en France (1770-1880)*, dir. V. Denis et R. Laudani, Paris 1, 2019.

³⁵ L'usage SDF est bien évidemment moderne. On parlait auparavant de vagabond.

³⁶ Bien que les deux infractions existaient séparément, leur assimilation doctrinale et leurs éléments communs de qualification les rapprochaient beaucoup. V. C. Lacroix, *Mendicité*, in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Septembre 2019, spéc. n° 1 à 5. Il y avait d'ailleurs dans le code pénal de 1810 des «dispositions communes aux vagabonds et mendiants» (art. 277 à 282).

³⁷ V. C. Marliac-Négrier, *Marginalité et dignité*, in *Des vagabonds aux SDF : approches d'une marginalité*, cit., p. 183.

³⁸ V. l'arrêt CEDH 19 janv. 2021, n° 14065/15, *Lacatus c/ Suisse*, 2021. V. également J.-P. Marguenaud, *Le droit, inhérent à la dignité humaine, de se livrer à la mendicité pour survivre*, in «RTD civ.», 2021, p. 368.

de la marginalité peut donc passer par l'incrimination pénale. Le système juridique reconnaît ici la marginalité au travers de pratiques vécues comme indésirables et par là même sanctionnées par le droit pénal. La pénalisation de certains comportements qui sont assimilés aux comportements habituels des populations marginales traduit donc une reconnaissance sur le mode négatif et criminel des populations marginales, ce qui est effectivement une des modalités du traitement juridique des populations marginalisées. Ces populations sont donc sommées, sous peine d'intégrer la délinquance au regard du droit pénal, d'abandonner une composante de leur mode de vie, par exemple le nomadisme ou semi-nomadisme quand un tel comportement est appréhendé négativement comme vagabondage.

Le traitement juridique peut donc opérer un traitement stigmatisant des formes de vies impliquées par la marginalité, dont la criminalisation n'est d'ailleurs qu'un aspect, le marquage en constituant un autre. Cependant, le système juridique peut aussi s'inscrire dans une dialectique plus bienveillante et conduire à un traitement positif des populations marginales.

2. *Un traitement sur le mode de la reconnaissance*

Le système juridique qui prend en compte la diversité et la marginalité de certaines populations qu'il est amené à régir, peut également leur accorder une reconnaissance formelle et tenter de les protéger et de garantir leurs droits³⁹. Cela passe principalement en droit français à l'époque moderne par un principe de *non-discrimination*, qui occupe une place de plus en plus grande en termes de discriminations prohibées et dans un champ beaucoup plus large en termes de relations. Par principe, toutes les disciplines juridiques sont concernées⁴⁰, même si certains contentieux, tel le droit du

³⁹ Il ne sera pas traité ici des actions éventuelles des marginalisés pour la reconnaissance de leur droit. Ces dernières peuvent cependant jouer un rôle : la marginalité peut être revendiquées. V. P. Pichon, *L'identité de S.D.F. revendiquée ou les étapes de la reconnaissance publique*, in M.-T. Avon-Soletti, *Des vagabonds aux SDF : approches d'une marginalité*, Actes du Colloque d'Histoire du Droit de Saint-Étienne, 20 et 21 octobre 2000, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2002, pp. 349 et s.

⁴⁰ V. l'article 1 de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (1), qui dispose de la définition, particulièrement longue de la discrimination directe : «Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de sa grossesse, de son apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son patronyme, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, de son état de santé, de sa perte d'autonomie, de son handicap, de ses caractéristiques génétiques, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son

travail, polarisent les regards et disposent la plupart du temps d'un texte autonome⁴¹. Certains auteurs plaident d'ailleurs pour une consécration encore plus large de ce principe juridique⁴². Cette reconnaissance vise à empêcher le traitement différencié d'une personne en raison de son mode de vie (largement entendu). Autrement dit, la proclamation d'un tel principe marque le passage juridique d'un traitement des populations marginalisées de façon négative, à un principe d'identité de traitement à situations objectives égales : le principe de non-discrimination, corollaire du principe d'égalité, résout une bonne partie des difficultés liées au traitement juridique des populations marginales⁴³. Une perspective plus ambitieuse, mais peut-être plus inattendue dans un système juridique qui met au centre le principe d'égalité, est constituée par la reconnaissance explicite de populations, et la mise en place de dispositifs spécifiques à ces populations qui sont déjà marginalisées par le système social. Le droit jouerait alors ici le rôle d'un contrepoids, visant à rétablir par un déséquilibre juridique en la faveur des populations marginalisées, un équilibre déjà atteint par une inégalité *réelle* due à la situation de ces populations. Un tel traitement suppose acquis par hypothèse le principe de non-discrimination. Cependant une telle reconnaissance, avatar d'une discrimination positive, se heurte à «une donnée fondamentale du droit français, à savoir la réticence endémique à l'égard de toutes mesures fondées sur des critères ciblant spécifiquement certaines catégories d'individus»⁴⁴. Elle apparaît donc compliquée à penser et à éventuellement mettre en œuvre de façon cohérente avec les autres règles du système juridique.

âge, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable».

⁴¹ Avec l'article L1132-1 du Code du travail, qui prohibe à tous les moments de l'exécution du contrat de travail toute discrimination qui rentre dans une liste énoncée plus bas, qui ne cesse d'ailleurs de s'allonger.

⁴² V. récemment M. Dréano, *La non-discrimination en droit des contrats*, préf. E. Savaux, avant-propos G. Loiseau, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 172, 2018.

⁴³ L'appréciation de ce qu'est un critère subjectif prohibé en vertu du principe de non-discrimination, et un critère objectif, qui justifie un traitement différencié d'une situation différente, est laissé au soin du législateur. Cf la Décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, rendue par le Conseil constitutionnel, qui énonce, en son considérant 4 que : «Considérant, d'autre part, que si le principe d'égalité devant la loi implique qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes».

⁴⁴ V. Champeil-Desplats, «Nommer, mesurer, intégrer les marges sociales en droit français», cit., n° 32.

Ainsi, le droit peut-il adopter des traitements variés de la population marginalisée, de la négation de la spécificité de ces dernières, accentuant ainsi juridiquement une inadaptation et une méfiance originellement sociale, ou d'un traitement bienveillant, prenant en compte les spécificités de ces populations et en leur garantissant un accès égal aux charges et fonctions, autrement dit, un traitement égal aux autres citoyens. Dans ce dernier cas, ils ne sont plus traités différemment ni marqués, mais au contraire pleinement intégrés à la norme de référence, qui se fait plus compréhensive, et qui, si la marginalité sociale de ces populations se perpétue, interdit qu'il en soit tenu compte au niveau normatif.

La question des populations marginalisées confronte le système juridique à ses limites et ses frontières. Ni de l'extérieur, ni de l'intérieur, la population marginale est difficile à classer et catégoriser clairement pour le système juridique. Elle n'existe que par rapport à un groupe de référence, l'intégrant et coexistant avec lui, sans en faire tout à fait partie. L'attitude qu'adopte alors le système juridique oscille entre déconsidération et négation, stigmatisation voire criminalisation, et protection et intégration des populations marginales.

Volumi pubblicati

MONOGRAFIE

1. Alessandro Agri, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di giustizia (1750-1786)*, 2019, 2 tomi, pp. XX-687 [ISBN 978-88-944154-0-7]
2. Claudia Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, 2020, pp. X-120 [ISBN 978-88-944154-1-4]
3. Federico Roggero, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, 2020, pp. 303 [ISBN 978-88-944154-3-8]
4. Alessia Maria Di Stefano, «*Non potete impedirgli, dovete regolarla*». *Giustizia ed emigrazione in Italia: l'esperienza delle commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913)*, 2020, pp. 235 [ISBN 978-88-944154-4-5]
5. Gustavo Adolfo Nobile Mattei, «*Ad meliorem frugem redire*». *Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, 2020, pp. 220 [ISBN 978-88-944154-5-2]
6. Jacopo Torrisi, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali ottoneovecenteschi*, 2020, pp. 206 [ISBN 978-88-944154-6-9]
7. Edoardo Fregoso, *Neither a Borrower Nor a Lender Be. Il comodato in Inghilterra fra Common Law e Ius Commune*, 2020, pp. 204 [ISBN 978-88-944154-7-6]
8. Alessandro Dani, *Cittadinanze e appartenenze comunitarie. Appunti sui territori toscani e pontifici di Antico regime*, 2021, pp. 166 [ISBN 978-88-944154-9-0]
9. Alfonso Alibrandi, *La maîtrise de l'interprétation de la loi. L'apport doctrinal de la Sacrée Congrégation du Concile au XVII^e siècle*, 2022, pp. 420 [ISBN 978-88-946376-3-2]
10. Giordano Ferri, *Tra romanistica e filosofia. Il carteggio Giovanni Baviera - Benedetto Croce (1906-1951)*, 2022, pp. 120 [ISBN 978-88-946376-4-9]

COLLETTANEE

1. *Dialogues autour du nihilisme juridique*, sous la direction de Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, 2020, pp. 186 [ISBN 978-88-944154-2-1]
2. «*Biblioteca abolizionista*». *Fermenti europei per una battaglia italiana*, introduzione e cura di Marco Paolo Geri, 2021, Tomo I, pp. 318 e Tomo II, pp. 356 [ISBN 978-88-946376-0-1]
3. *Grandes figures du droit de l'époque contemporaine. Actes du colloque en l'honneur du doyen Christian Chêne*, Ouvrage édité par Arnaud Vergne, 2021, pp. 152 [ISBN 978-88-946376-1-8]
4. *Italia-Francia allers-retours: influenze, adattamenti, porosità*, a cura di Luisa Brunori e Cristina Ciancio, 2021, pp. 228 [ISBN 978-88-946376-2-5]
5. *Le statut juridique des populations marginalisées. Le droit comme instrument de différenciation*, coordonné par Claire de Blois et Dan Mimoun, 2022, pp. 114 [ISBN 978-88-946376-5-6]

“Historia et ius”
Associazione Culturale - Roma
ISBN 978-88-946376-5-6