

L'impact de la Révolution française sur la codification du droit de la famille (1789 - 1804)

Océane Barbieux

Mémoire pour le Master 2 Histoire du Droit et des Institutions présenté et soutenu à la session de juillet 2021

Sous la direction de la Professeur Luisa Brunori

Année universitaire 2020 - 2021

« L'université de Lille n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

Remerciements

Je tiens naturellement à remercier Madame Luisa Brunori pour avoir accepté de diriger ce mémoire, pour ses conseils avisés, sa bienveillance, sa disponibilité et sa patience.

Je remercie l'ensemble de mes professeurs qui m'ont permis de m'épanouir durant cette année universitaire, malgré cette situation sanitaire particulière. Je remercie également l'ensemble de la promotion du Master 2 Histoire du Droit et des Institutions pour leur soutien et leur esprit de camaraderie, avec une pensée particulière pour Justine, mon binôme, et Daphnée.

Je me dois également d'adresser un mot pour ma famille et mes amis, qui ont été une réelle source de motivation depuis mon entrée dans les études supérieures.

Enfin, une énorme reconnaissance pour toutes les personnes qui ont pris de leur temps pour relire ce mémoire, vous m'avez tous, à votre façon, aidé à mener à bien ce projet.

Pour toi Gérard, mon petit papy, qui aujourd'hui représente la plus jolie des étoiles.

Sommaire

Introduction	7
Première partie : l'évolution de la structure familiale selon l'idée révolutionnaire du mariage	18
Deuxième Partie : une révolution dans les règles de la filiation	81
Conclusion	133

Table des abréviations

Coll. : Collection

DDFC : Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne

DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

Éd. : édition

Oct. : Octobre

Ord. : Ordonnance

PUF : Presses universitaires de France

Introduction

Le doyen Carbonnier disait « *quand la famille est en paix, elle se situe hors du droit* »¹, pourtant force est de constater qu'au cours des différents siècles, le droit a toujours eu une main mise sur la famille. Au sens large, la famille peut être définie comme « *l'ensemble des personnes descendant d'un auteur commun et rattachées entre elles par un lien horizontal (mariage ou concubinage) et un lien vertical (la filiation)* »².

Des définitions sociologiques peuvent également être apportées, dès la période romaine, la famille pouvait se décliner en trois formes distinctes : le clan, la famille patriarcale et la famille conjugale. À cet égard, le clan regroupait les « *personnes liées par des liens de consanguinité et d'adoption* »³, la famille patriarcale était quant à elle composée selon l'autorité du chef et non pas selon un quelconque lien du sang⁴. Enfin la famille conjugale est celle qui s'apparente le plus à la famille que nous étudierons dans le cadre de ce mémoire puisqu'elle était « *créée par le mariage* »⁵, elle était aussi celle qui venait à être dissoute par le divorce, et qui se constituait uniquement du mari, de la femme et de leurs enfants.

La famille s'organise autour et à travers le droit, bon nombre d'exemples peuvent être cités. D'abord le mariage, « *l'acte juridique (...) en vertu duquel deux personnes établissent entre elles une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution* »⁶, traduit de cette implication juridique au sein de la famille. Déjà en droit romain, le mariage était considéré comme une institution qui se manifestait par la mise en commun par les époux de tous les éléments

¹ Caroline Eliacheff, « La famille et le droit » dans l'émission Grande Traversée Nos histoires de famille, 28/08/2014

² Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2020-2021, Dalloz, 2020, p. 475

³ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, Mise au point, Ellipses, 2e éd., p. 7.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 665

de leur vie⁷. En raison des conséquences qu'impliquait le mariage, il fallait nécessairement mettre en place un système juridique pour l'encadrer.

Ensuite, autre grande composante de la famille : les enfants, la filiation. La filiation peut être perçue comme le « *lien de parenté unissant l'enfant à son père (filiation paternelle) ou à sa mère (filiation maternelle), plus largement tout lien de parenté en ligne directe* »⁸.

Le droit de la famille a connu d'amples modifications et bouleversements, cela en raison de l'évolution des mœurs, à ce titre peut être citée la loi autorisant le mariage aux personnes de même sexe⁹ ¹⁰ qui leur a ouvert possibilité de se marier. Si l'homosexualité ne pouvait donner lieu au mariage durant l'histoire du droit de la famille, ce n'est plus le cas, il est à noter qu'aujourd'hui la Convention Européenne des Droits de l'Homme met en évidence l'obligation pour tous de respecter la vie privée et familiale de chacun¹¹. La famille est débitrice d'une certaine protection de la société et de l'État en tant qu'élément naturel et fondamental des sociétés¹².

La filiation a également fait l'objet de certaines modifications, désormais la distinction entre filiation légitime et naturelle - sur laquelle ce mémoire reviendra avec de plus amples explications - a été abandonnée grâce à l'ordonnance du 4 juillet 2005¹³. Le droit de la famille est donc un droit mouvant qui évolue selon les mœurs, aujourd'hui il est d'ailleurs possible d'établir une filiation à l'issue d'une procréation médicalement assistée, à l'égard d'un couple hétérosexuel. La procréation médicalement assistée pourrait également être accordée à l'égard d'un couple homosexuel, si le projet de loi présenté au Sénat le 24 juin 2021 est adopté, cette avancée était bien loin d'être envisagée en droit romain par exemple.

⁷ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, Dalloz, Précis, Janvier, 2018, p. 65

⁸ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 11e éd., PUF, 2016

⁹ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe

¹⁰ Article 143 du Code civil : « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* »

¹¹ Article 8 §1 Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1950 ; « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) »

¹² Article 16 §3, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948

¹³ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

Ce mémoire portera essentiellement sur une période de l'histoire qui est source de changements : la Révolution française. Le terme de révolution a évolué, Jean-Philippe Derosier met en évidence qu'initialement la révolution signifiait « *retour périodique d'un astre à un point de son orbite* », ce n'est qu'au XVI^e siècle qu'elle prendra le sens de « *changement brusque dans la société* » et au XVIII^e siècle la révolution se définira telle qu'on l'entend aujourd'hui : désignant « *tout changement politique brutal* »¹⁴. Gérard Cornu quant à lui définit la révolution comme un « *changement complet de l'ordre constitutionnel, opéré en général de façon brusque et violente, mais toujours par rupture avec l'ordonnement juridique antérieur* »¹⁵. La Révolution française - s'étalant de 1789 à 1799 - marque une rupture avec la société d'Ancien Régime, elle sera créatrice d'une « *nouvelle culture politique* »¹⁶.

Pour certains elle est « *l'avènement de la Loi, la résurrection du droit, la réaction de la justice*¹⁷ », elle est nécessairement novatrice en ce qui concerne le domaine de la famille, le législateur révolutionnaire considérait en effet que la famille était plus « *qu'un champ de réforme, plus qu'un but* »¹⁸, mais qu'elle aurait été un « *moyen en profondeur de transformer la société française, dans un sens égalitariste et niveleur (...)* »¹⁹. La Révolution française, ou plus particulièrement le droit révolutionnaire²⁰, est généralement considéré comme constituant un droit intermédiaire, cette Révolution constitue une rupture en droit de la famille essentiellement, même si ce n'était pas le seul domaine du droit à avoir pris un autre tournant. La Révolution française a été essentielle notamment grâce aux principes qu'elle a inculqué : laïcité, liberté et égalité, elle « *réalise l'unité juridique de la France en posant comme principe simple et incontestable que la loi doit être la même pour tous soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* »²¹. C'est une période riche en

¹⁴ Jean-Philippe Derosier, « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 102, no. 2, 2015, pp. 391-404.

¹⁵ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, puf, coll. « quadrige », 9^e éd., 2011, p. 921

¹⁶ Encyclopaedia Universalis, Révolution française, Les Grands Articles, 2015

¹⁷ Jules Michelet, *Histoire de la Révolution française*, Introduction, première partie, Paris, éd. Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1998, p. 51.

¹⁸ Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, Connaissance du droit, droit privé, 1995

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Serge Guinchard, Thierry Debar, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, *op.cit.*, p. 407, droit révolutionnaire : « *Droit né de la Révolution française qui, notamment en posant le principe de l'égalité des droits entre tous les hommes et en uniformisant le droit dans l'ensemble du pays, marqua une rupture avec le droit de l'Ancien régime et le système des privilèges.* »

²¹ Article 6, Déclaration des droits de l'Homme, 26 août 1789

bouleversements puisqu'elle est venue unifier le droit, appliquer un droit unique à la famille au détriment de toutes les coutumes, droit canonique et autres sources de droit existantes jusqu'à cet instant, Voltaire avait souligné cette diversité juridique de la France d'Ancien Régime : « *un homme qui voyage dans ce pays change de loi presque autant de fois qu'il change de chevaux de poste* »²².

L'égalité défendue par cette Révolution française a été mise en oeuvre grâce à la suppression des institutions aristocratiques - pouvaient être cités à cet égard le droit d'aînesse ou le privilège de masculinité -, grâce également à la suppression des privilèges et des ordres, mais aussi grâce à des changements touchant directement à la famille comme l'admission du divorce - jusque-là strictement interdit -, ou encore l'atténuation de la puissance paternelle et l'attribution de droits aux enfants naturels²³. La Révolution française de 1789 a permis la réforme en profondeur du droit de la famille en ce qu'elle a fait table rase de la famille d'Ancien Régime.

L'impact de cette Révolution française, de ce droit intermédiaire²⁴, aurait été moindre si elle n'avait pas été, par bien des aspects, confirmée par la suite à travers la grande codification du droit de la famille de Napoléon. Napoléon a en effet assuré la stabilité de cette rupture du droit de la famille pendant plus d'un siècle et demi²⁵. La promulgation du Code civil a été réalisée par la loi du 30 ventôse an XII²⁶, et portera le nom de code napoléonien en 1807. Déjà dans le premier projet du Code civil les auteurs mettaient en avant le fait que la Révolution, qui pouvait s'apparenter à une conquête, à une période militante, n'avait pas les moyens ni la légitimité pour « *faire aboutir un corps de justes lois. Sa mission n'était pas de construire mais d'abolir* »²⁷, et c'est pour cette raison qu'il semble opportun d'aborder la Révolution française et la codification - avec naturellement les projets qui l'ont précédé - pour traiter de cette évolution en droit de la famille.

²² Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Les lenteurs de l'unification », , *L'impossible Code civil*. sous la direction de Halpérin Jean-Louis. Presses Universitaires de France, 1992, pp. 19-49.

²³ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *Op. cit*, p. 4

²⁴ Jean-Louis Halpérin, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française*, Armand Colin, 2002, 135-151, p. 135
La plupart des lois votées durant la Révolution française n'ont eu qu'une application éphémère. La Révolution française a opéré une véritable rupture avec l'Ancien Régime, toutefois sur de nombreux aspects elle reste intermédiaire puisque le Code civil ne reprendra pas tous les apports révolutionnaires.

²⁵ Philippe Malaurie, Hugues Fulchiron, Evolution du droit français de la famille, *Defrénois n°13*, 2009, p. 1347

²⁶ Loi du 21 mars 1804

²⁷ Préface de Michel Massenet, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801), produit numériquement par Claude Ovtcharenko, « Les classiques des sciences sociales ».

Le Code civil de 1804 a subtilement donné force et cohésion à la famille en présentant certes le mariage, la filiation et la tutelle comme des rapports d'individu à individu, mais le Livre Premier de ce même Code n'a cessé de mettre en évidence l'importance sociale de la famille²⁸.

Lecteurs, lectrices, ce mémoire retracera l'histoire de la famille de la Révolution française jusqu'aux travaux préparatoires du Code civil, en abordant ce dernier brièvement afin de se cantonner à sa rédaction et non pas à son application, seuls les principes posés par le droit intéresseront cette étude.

S'agissant maintenant de la méthode de travail adoptée, ce mémoire oscillera entre la doctrine et les multiples sources législatives, des sources d'Ancien régime, des sources révolutionnaires mais également des sources ayant trait à la grande codification napoléonienne.

Ce mémoire n'a pas pour but de retracer linéairement l'histoire du droit de la famille pendant la période révolutionnaire puisque chaque personne qui lirait cet écrit pourrait trouver ces informations dans les nombreux manuels prévus à cet effet. Des thèses, ouvrages ou encore articles ont déjà pu parfaitement aborder ces sujets, la période révolutionnaire est réellement importante dans l'évolution du droit privé. Le but ici étant de vous montrer comment cette Révolution française a eu un certain impact sur la codification, et donc sur de nombreuses règles qui aujourd'hui semblent encore - pour certaines - être appliquées. L'historiographie a effectivement traité la Révolution française mais essentiellement sous l'angle du droit privé, aussi il vous sera possible de trouver de l'historiographie en droit de la famille, mais celle-ci ne traitera que partiellement de la Révolution française, et c'est pour cela que ce mémoire pourra vous plonger dans le tournant pris en droit de la famille durant cette période si intense. À travers cet écrit, l'objectif présenté est d'indiquer ce qu'il est resté de cette période si importante en termes de principes, période dans laquelle la cohabitation familiale a été réformée, période dans laquelle les principes en droit de la famille ont été refondés.

L'Ancien Régime, ou Ancien droit s'étend de la fin du Moyen Âge - en 1492 - jusqu'à la Révolution française - 1789 - qui sera qualifiée de droit intermédiaire. Ce qui caractérisait

²⁸ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p.4

essentiellement l’Ancien Régime c’est l’abondance de sources de droit : à savoir les coutumes, le droit canonique, les ordonnances royales, la doctrine ou encore la jurisprudence des parlements²⁹. S’agissant des coutumes, il convenait à l’époque de distinguer les pays de droit écrit, au sud de la Loire, et les pays de coutume au Nord. Le Nord regroupait de nombreuses coutumes, alors que le Sud faisait essentiellement une application du droit romain, même si l’application de certaines coutumes locales était acceptée.

Le droit canonique quant à lui est une véritable discipline distincte³⁰ par rapport aux autres sources de droit comme des coutumes, et ce depuis la naissance du christianisme, il peut être défini par le dictionnaire de droit canonique comme étant un « *ensemble des lois proposées, élaborées ou approuvées par l’autorité compétente dans l’Eglise en vue d’assurer le bon ordre de la société ecclésiastique et de diriger l’activité des fidèles vers la double fin que l’Eglise poursuit : le bien de la communauté catholique et le bonheur éternel* »³¹. En d’autres termes, le droit canonique rassemblait toute la législation édictée par les ecclésiastiques, mais pas uniquement, peuvent être cités par exemple les textes sacrés.

Les ordonnances royales constituaient un « *recueil des décisions gouvernementales appartenant au domaine d’exercice propre du roi : la loi* »³², l’ordonnance royale est donc simplement une décision édictant une règle de loi, à titre d’exemple, l’ordonnance de Blois de

²⁹ Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, Université, 20e éd., Oct. 2017, p. 20.

³⁰ Robert Génestal, L’enseignement du droit canonique et son importance pour les études d’histoire du droit : Leçon faite à l’École des Hautes Études, section des sciences religieuses, le samedi 20 décembre 1913, Revue de l’histoire des religions , 1914, Vol. 69 (1914), pp. 54-69

³¹ Droit canonique, dictionnaire de droit canonique, Paris : Letouzey et Ané, 1949. fasc. XXIV. col. 1446).

³² Marie-Noëlle Baudouin-Matuszek La publication des ordonnances des rois de France : trois cents ans de travaux. in: *Bibliothèque de l’école des chartes*. 2009, tome 167, pp. 487-537

1579³³ avait édicté une condition de validité du mariage, en le soumettant à des mesures de publicité. La doctrine - « *Opinion des auteurs qui écrivent dans le domaine du droit (...), conception d'un auteur ou d'un courant donnant une analyse particulière d'une institution ou d'une question juridique* »³⁴ - a également, comme la jurisprudence des parlements, permis d'édicter de nouvelles règles, en effet ces deux sources de droit ont fortement contribué à l'élaboration d'une législation du mariage.

Un bref rappel des principes fondamentaux en droit de la famille durant l'Ancien Régime s'impose, afin de mettre en lumière l'influence incontestable de la Révolution française sur l'histoire du droit de la famille. Durant l'Ancien Régime la famille était principalement dirigée par le chef de famille qui imposait son autorité, des lettres de cachet³⁵ pouvaient même être utilisées afin de mettre fin aux désordres des enfants, de sorte que le père de famille avait une réelle autorité aussi bien sur son épouse que sur ses enfants.

Le mariage, sous l'Ancien Régime était « *un consentement de l'homme et de la femme de passer leur vie ensemble dans une union perpétuelle et qui ne soit séparable que par la mort de l'un des deux* »³⁶, en outre le divorce n'était pas envisagé sous l'Ancien Régime, alors même qu'il existait déjà en droit romain³⁷.

³³ Ord. De Blois (1579), in Isambert, Decrusy, Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, tome XIV, Paris 1829, pp. 391-392, Article 40 : « *Pour obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des mariages clandestins, [nous] avons ordonné et ordonnons que nos sujets, de quelque état, qualité et condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamations précédentes de bancs (sic) faites par trois divers jours de fêtes, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclamation faite ; et ce seulement pour quelque urgente ou légitime cause, et à la réquisition des principaux et plus proches parents communs des parties contractantes, après lesquels bans seront épousées publiquement ; et pour pouvoir témoigner de la forme qui aura été observée esdits mariages, y assisteront quatre personnes dignes de foi, pour le moins, dont sera fait registre ; le tout sur les peines portées par les conciles : enjoignons aux curés, vicaires ou autres de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui voudront se marier ; et s'ils sont enfants de famille, ou étant en la puissance d'autrui, nous leur défendons étroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparaît du consentement des pères, mères, tuteurs et curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs du crime de rapt* ».

³⁴ Serge Guinchard, Thierry Debarb, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, *op.cit.*, p. 381

³⁵ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit de la famille*, *op.cit.*

³⁶ Claude Joseph de Ferrière, *La jurisprudence du Digeste*, 1677, liv. XXIII, tit. II, *Des noces*, p. 507

³⁷ Dictionnaire des antiquités de Daremberg & Saglio - Plutarque, "*Vie Des Hommes Illustres - Romulus*" - XXIX. : « *Entre les lois que fit Romulus, il y en a une qui paraît très dure ; c'est celle qui, en défendant aux femmes de quitter leurs maris, autorise les maris à répudier leurs femmes quand elles ont empoisonné leurs enfants, qu'elles ont de fausses clefs, ou qu'elles se sont rendues coupables d'adultère. Si un mari répudie sa femme pour toute autre cause, la loi ordonne que la moitié de son bien soit dévolue à la femme, l'autre moitié consacrée à Cérès. Quant à celui qui vendrait sa femme, il était dévoué aux dieux infernaux* ».

Le monopole de l'Église sur le mariage commençait déjà quelque peu à se dissiper au profit de l'État. Le mariage a été caractérisé par l'affrontement de l'Église et la Royauté, l'Église faisant du mariage un sacrement essentiellement religieux, alors que la Royauté estimait que le mariage devait devenir une affaire d'État. S'agissant d'abord de la législation du mariage par l'Église, il convient de noter qu'il y a eu une réelle opposition entre l'Église catholique et l'Église protestante, ces oppositions ont engendré le concile de Trente qui s'est déroulé en Italie de 1545 à 1563, durant lequel la législation du mariage a été détaillée. L'Église rappelait que « *le mariage est un sacrement institué par Jésus-Christ et dispensateur de grâce* »³⁸, avant de réformer le mariage et d'y développer deux points : la publicité et le consentement des parents des futurs époux. Le mariage était valide du seul fait du consentement des époux, aucune autre condition de forme ne devait être accomplie, en témoigne la jurisprudence du Parlement de Paris dans un arrêt rendu le 28 juillet 1691 : « *La cour sait qu'il n'y a rien de plus essentiel au mariage, que le consentement ; il en est la base et le fondement ; en sorte que son défaut produit une si grande nullité au mariage, que l'Église ne peut jamais le confirmer ; parce que c'est un défaut dans la matière, disent les canonistes, laquelle est de droit divin, à la différence d'une nullité dans la forme, laquelle peut être réparée par l'Église, étant de droit positif. Or il est certain qu'il n'y a rien de si opposé au consentement que l'erreur, laquelle se rencontre dans la personne ou dans la condition.* »³⁹.

En raison de l'absence de formalités requises, dans un souci de protection contre les mariages clandestins⁴⁰, l'Église à travers le Concile de Trente prévoyait la publicité⁴¹ du mariage

³⁸ Virginie Lemonnier-Lesage, *Le mariage sous l'Ancien Régime*, Histoire du droit des personnes et de la famille, Université Numérique Juridique Francophone, consulté en ligne le 10 mai 2021.

³⁹ Extrait de l'arrêt du 28 juillet 1691 du Parlement de Paris, in Nicolas Nupied, *Journal des principales audiences du parlement avec les arrêts qui y ont été rendus et plusieurs questions et règlements placés selon l'ordre des temps depuis l'année 1685 jusqu'en 1700*, Paris, Compagnie des libraires associés, 1757, pp. 368-374, cité par David Richardson, thèse dactylographiée, Paris IV, 8 juillet 2016, *Les mariages franco-britanniques en France au XVIIIème siècle (c. 1680-c. 1820)*, pp. 512-522, consulté via Virginie Lemonnier-Lesage, *Le mariage sous l'Ancien Régime*, Histoire du droit des personnes et de la famille, Université Numérique Juridique Francophone, lu en ligne le 10 mai 2021.

⁴⁰ Carole Avignon, « *Marché matrimonial clandestin et officines de clandestinité à la fin du Moyen Âge : l'exemple du diocèse de Rouen* », *Revue historique*, vol. 655, no. 3, 2010, pp. 515-549

⁴¹ Auguste Boudinhon, *Le mariage et les fiançailles : nouvelle législation canonique, commentaire du décret "Ne Temere" (2 août 1907) (8e édition, revue et augmentée)*, Lethielleux (Paris), 1912.

organisée par la publication des bans⁴², la célébration religieuse du mariage et enfin la tenue d'un registre de mariage.

Si le mariage ne reposait que sur un échange de consentement durant l'Ancien Régime, il convient de préciser ce point : le consentement des époux suffisait naturellement, même si la législation royale estimait que le consentement de leurs parents devait être également requis. Sur ce point, une première opposition entre l'Église et la Royauté est à noter, puisque pour le roi de France, le consentement des parents devait être exigé. Il avait même été décidé qu'en cas « *de mariage de mineurs, sans le consentement des parents, ces derniers peuvent porter plainte pour rapt de séduction devant le lieutenant criminel, avec appel devant la chambre de la tournelle du Parlement* »⁴³.

La nature du mariage commençait à être discutée par les auteurs, Pothier distinguait le contrat du sacrement en indiquant : « *Il y a deux choses dans le mariage, le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement, qui est ajouté au contrat civil et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière* »⁴⁴.

Aujourd'hui, le divorce est considéré comme « *un corollaire immédiat de la consécration du mariage comme contrat civil* »⁴⁵, durant l'Ancien Régime il n'était pas institué, de sorte que les époux étaient mariés jusqu'au décès de l'un d'entre eux.

⁴² Paul-André Leclerc(1959). Le mariage sous le régime français (suite). *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 13(3), p. 388 ; Jean-Baptiste de la Croix de Chevrières de Saint-Vallier - Msg de Saint-Vallier - donnait la définition suivante : « *La publication des Bans est une publication que les Curez font au peuple, qu'il y a promesse de Mariage entre telles & telles personnes, pour découvrir si elles ne sont point engagées dans quelque'un des empêchements qui pourroient faire obstacle à leurs mariage* »

⁴³ Virginie Lemonnier-Lesage, Le mariage sous l'Ancien Régime, Histoire du droit des personnes et de la famille, Université Numérique Juridique Francophone, consulté en ligne le 10 mai 2021.

⁴⁴ Pothier, Traité du mariage, in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution Française et la famille, Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804), PUF, 1978, p. 4

⁴⁵ Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors du colloque du comité de coopération judiciaire France/Irlande/Royaume-Uni organisé les 13 et 14 mai 2011 sur le thème : « la famille, le mariage et l'union maritale »

Enfin, s'agissant de la filiation, il convient de rappeler que les enfants nés hors mariage, les enfants dits naturels, étaient considérés comme des « *bâtards* »⁴⁶, ils étaient exclus de la famille et étaient très nettement défavorisés par rapport aux enfants légitimes. Ils étaient donc écartés de la succession, mais étaient quand même titulaires d'un droit à des aliments. Un adage d'Antoine Loysel disait « *qui fait l'enfant doit le nourrir* »⁴⁷, de sorte que les géniteurs devaient subvenir aux besoins de leur enfant naturel, si le lien du sang était établi, pour cela l'enfant naturel devait faire l'objet d'une reconnaissance volontaire du père. Contrairement à la filiation légitime qui elle était automatiquement établie du simple fait du mariage de la mère et du père⁴⁸.

Ces rappels étant posés, il semble opportun de se demander comment la Révolution française a refondé le droit de la famille : en quoi la Révolution française se détache-t-elle de l'Ancien Régime en laissant des traces dans notre héritage, dans notre codification ?

D'abord, l'idée révolutionnaire du mariage témoigne d'une rupture avec l'Ancien Régime (Partie 1), ensuite au sein de la famille, l'évolution révolutionnaire des règles de filiation a également permis de constater l'importance de la Révolution française en matière de droit de la famille (Partie 2).

⁴⁶ Sylvie Steinberg, « La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime ». Carole Avignon, *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2016. (pp. 439-454)

⁴⁷ Edwige Rude-Antoine, « L'Obligation d'entretien des parents à l'égard de leur enfant majeur : Le contentieux civil et le contrôle des comportements familiaux par le juge », Edwige Rude-Antoine éd., *Éthique et Famille. Tome 2*. L'Harmattan, 2011, pp. 73-102.

⁴⁸ Jean Bart, Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille. In: *Annales historiques de la Révolution française*, n°300, 1995. L'an II. pp. 187-196

Première partie : l'évolution de la structure familiale selon l'idée révolutionnaire du mariage

Si aujourd'hui la famille ne découle plus nécessairement du mariage, tel n'était le cas ni en 1789 ni pour le législateur de 1804, le mariage venait, à ces époques, créer et structurer la famille, Portalis énonçait à ce titre que le mariage avait pour finalité de « *perpétuer l'espèce humaine* »⁴⁹. La vision révolutionnaire du mariage opère ce qui pourrait être appelée une rupture considérable avec l'Ancien droit (A), d'ailleurs, cette institution du mariage n'était pas infaillible. En effet, une différence majeure dans le droit de la famille de l'Ancien Régime et le droit de la famille Révolutionnaire puis codifié en 1804, tenait au fait que le mariage pouvait prendre fin par le divorce (B).

Titre 1 : Le mariage révolutionnaire : rupture incontestable entre Ancien régime et Révolution française

Le mariage constitue un point d'écart considérable entre la Révolution française et l'Ancien régime, pour cette raison l'histoire du droit de la famille passe inévitablement par l'étude du mariage révolutionnaire. D'abord, cette rupture entre Ancien régime et Droit révolutionnaire, dit intermédiaire, se caractérise par l'établissement du mariage civil (Chapitre 1), mariage qui, à l'aube de la Révolution française, était essentiellement religieux. Cette rupture révolutionnaire sera par la suite confirmée durant la codification (Chapitre 2), ce qui met en évidence le fait que la Révolution française a eu une influence incontestable en matière de législation du mariage, elle a inspiré les rédacteurs du Code civil, et malgré les réformes actuelles, le mariage est toujours considéré comme un contrat civil. Cette conception du mariage comme simple contrat est assez décriée de nos jours, une opposition entre mariage comme contrat ou mariage comme institution est opérée, des auteurs affirment même que « *ne voir dans le mariage qu'un contrat nuptial, c'est (...) le dénaturer et aussi le compromettre, en lui retirant son véritable point d'appui contre ceux qui s'en prévaudraient*

⁴⁹ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Marchand du Breuil, Paris, 1827., Tome IX, Discussion au Conseil d'État, 6 octobre 1801, Portalis, p. 255

assez logiquement pour vouloir l'union conjugale plus libre et moins stable, à la manière des vrais contrats. »⁵⁰.

Chapitre 1 : L'établissement révolutionnaire du mariage civil

Le mariage a été refondé en profondeur grâce à la Révolution française, d'abord l'Église a été écartée de son organisation au profit des autorités civiles (Section 1), toutefois le mariage religieux n'a pas été purement et simplement supprimé, de sorte qu'en respectant certaines conditions, le mariage religieux pouvait toujours être célébré (Section 2), tel est encore le cas aujourd'hui.

Section 1 : La remise en cause fondamentale du rôle de l'Église dans la célébration du mariage

Jacques Houdaille résume assez bien la tendance révolutionnaire vis-à-vis de l'Église en estimant que : « *Chacun sait que pendant la Révolution, l'Église et les prêtres furent persécutés* »⁵¹. Si le mariage avait, jusque-là, toujours été plus ou moins défini à l'aide d'une connotation religieuse - à titre d'exemple, Domat disait : « *Ainsi, le mariage étant institué pour la multiplication du genre humain par l'union de l'homme et de la femme, liés de la manière dont Dieu les unit, toute conjonction hors du mariage est illicite, et ne peut donner qu'une naissance illégitime et cette vérité est le fondement des lois de la religion et de la police contre les conjonctions illicites, et de celles*

⁵⁰ Charles Lefebvre, Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? Nouvelle revue historique de droit français et étranger , 1902, Vol. 26 (1902), p. 301

⁵¹ Jacques Houdaille, (1978). Un indicateur de pratique religieuse: La célébration saisonnière des mariages avant, pendant et après la révolution française (1740-1829). *Population (French Edition)*, 33(2), 368.

qui règlent l'état des enfants qui en naissent. »⁵² - il ne faut pas omettre le fait que dès 1639⁵³, l'État voulait s'immiscer dans le domaine de la famille, avec la Révolution française, l'Église a donc été substituée au profit des autorités civiles (A). La Révolution française a permis également une refonte des caractères du mariage (B).

A) La substitution révolutionnaire de l'Église par les autorités civiles

Une des idées majeures durant la Révolution française a été d'« *affranchir l'individu de la tyrannie familiale, mais aussi pour libérer la société de la tutelle de l'Église* »⁵⁴, l'Église était assez mal perçue et c'est pour cette raison que les révolutionnaires avaient pour but précis de l'écarter « *de tous les actes les plus graves dans la vie humaine* »⁵⁵. Pourtant, les cahiers de doléances du Tiers État n'ont révélé que très peu d'objections vis-à-vis de la religion, il faut noter qu'à l'époque la France est en grande partie catholique et pratiquante. L'objection qui pouvait revenir vis-à-vis de l'Église - même si les cahiers de 1789 ne s'y intéressaient que très peu⁵⁶ - tenait à la dîme, la dîme étant considérée comme un impôt impopulaire en raison de ces abus. À cet égard, l'abbé Paul Gagnol considère que « *de tous les impôts de l'Ancien Régime, la dîme était le plus rationnel et le moins vexatoire* »⁵⁷, il dispose également que les cahiers de doléances « *ne laissent pas soupçonner une grande hostilité pour la dîme dans la masse de la nation* »⁵⁸. Les événements survenus au début de la Révolution française, en particulier durant la nuit du 4 août 1789, avec l'abolition de la

⁵² Jean Domat, *Traité des loix*, Chapitre III, III, dans *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Seconde édition, Tome I, Paris, Veuve Jean Baptiste Coignard, 1695.

⁵³ Amandine Duvillet. *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle)*. Droit. Université de Bourgogne, 2011. L'auteur cite un passage de la Déclaration de Louis XIII : « *Comme les mariages sont les séminaires des états, la source et l'origine de la société civile, et le fondement des familles qui composent les républiques, qui servent de principes à former leurs polices, et dans lesquelles la naturelles révérence des enfants envers leurs parents, est le lien de la légitime obéissance des sujets envers leur souverain : aussi les rois nos prédécesseurs ont jugé digne de leur soin de faire des loix de leur ordre public, de leur décence extérieure, de leur honnêteté et de leur dignité* ».

⁵⁴ Philippe Malaurie, Hugues Fulchiron, *Evolution du droit français de la famille*, *loc.cit.*, p. 1347.

⁵⁵ Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, *op.cit.*

⁵⁶ Paul Gagnol, *Dîme ecclésiastique en France au XVIIIe siècle*, Megariotis (Paris), 1911, p.170

⁵⁷ Paul Gagnol, *ibid.*, p. 176

⁵⁸ Paul Gagnol, *ibid.*, p. 169

dîme et la mise à disposition de la nation des biens de l'Église, ont montré une volonté de mettre à mal le clergé⁵⁹.

Pour replacer un peu le contexte de 1789, c'était l'émergence de nouvelles idées, à savoir l'idée de liberté, mais aussi une certaine colère et une antipathie à l'égard de la religion, si bien que les penseurs de l'époque avaient pu développer une intolérance religieuse⁶⁰. D'ailleurs, cette hostilité religieuse a pu être perçue au sein même de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en date du 26 août 1789, puisque cette DDHC consacre la liberté de conscience⁶¹. La Révolution française est aussi fondatrice de la liberté du culte et le passage de l'esprit de tolérance à l'égalité des droits et de liberté⁶². La liberté de conscience, aussitôt proclamée, a été une des raisons pour lesquelles il a fallu détacher le mariage de l'Église⁶³.

Il convient de rappeler également que les révolutionnaires ont voulu opérer une laïcisation de l'état civil, afin d'y parvenir, il fallait passer par une sécularisation⁶⁴ des différents actes d'état civil à savoir la naissance et le décès mais également le mariage. La Révolution française est venue remanier les principes et l'organisation de l'état civil, avant cet état civil était tenu par les autorités catholiques depuis l'Ordonnance de Villers-Cotterêts⁶⁵, ce qui pouvait poser certains soucis à l'égard des protestants. Puisque la religion d'État était la religion catholique, les mariages contractés entre protestants étaient perçus comme des mariages clandestins.

⁵⁹ Paul Gagnol, *Dîme ecclésiastique en France au XVIIIe siècle*, *op.cit.*, p.171

L'évêque Talleyrand n'a cessé de rappeler que le clergé s'était sacrifié spontanément avec la dîme et cette mise à disposition des biens de l'Église.

⁶⁰ Christine Dousset, *Entre tolérance et violence : la Révolution française et la question religieuse* In : *Religions, pouvoir et violence* [en ligne]. Toulouse : Presses universitaires du Midi, 2004 (généré le 17 mai 2021)

⁶¹ Article 10 de la DDHC du 26 août 1789 : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ».

⁶² Michel Vovelle, « La Révolution Française et les origines de la laïcité [142] », *La Pensée*, vol. 383, no. 3, 2015, pp. 27-36.

⁶³ Jacques Poumarède, *Le mariage : de la sécularisation au déclin contemporain* in : *Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions* [en ligne]. Toulouse : Presses universitaires du Midi, 2011 (généré le 17 mai 2021)

⁶⁴ Dictionnaire Larousse, « sécularisation » : Transfert à l'État des biens ecclésiastiques ou exercice par l'État de fonctions précédemment réservées au clergé (état civil, assistance publique, enseignement).

⁶⁵ Ordonnance royale de Villers-Cotterêts de 1539, le roi avait confié la tenue des registres concernant les baptêmes, mariages et décès à l'Église. Ordonnance aux lourdes conséquences puisqu'elle permettait à l'Église d'imposer une certaine conception du mariage, un mariage perpétuel et indissoluble.

La tendance révolutionnaire a donc été de substituer l'Église en matière de mariage aux autorités civiles. La municipalité a commencé à tendre vers plus de responsabilités en matière de mariage et ce grâce à la Constitution du 3 septembre 1791 qui consacre en son Titre II à l'article 7 que « (...) *Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariage et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes.* ». Par la suite, cette sécularisation et donc substitution de l'Église par les autorités civiles sera confirmée et encadrée par une loi prise par l'Assemblée législative le 20 septembre 1792. C'est une loi qui pour certains n'a pas fait beaucoup de bruit⁶⁶, mais des historiens comme Jean Jaurès affirment son importance en précisant qu'elle est « *une des mesures les plus profondément révolutionnaires qui aient été décrétées* »⁶⁷. D'autres auteurs ont pu estimer qu'il s'agissait de « *l'un des coups les plus décisifs qui aient jamais été portés à l'autorité ecclésiastique. Il ne fit pas de bruit, comme un sanctuaire profané, un autre démoli, mais le sacrement cessant d'être nécessaire pour fonder la famille, selon l'État, une sanction terrestre remplaçant la sanction céleste, dans les actes les plus graves de la vie humaine, l'Église se trouvait dépouillée de son privilège le plus précieux. La perte de ses biens temporels n'est rien auprès de celle-là.* »⁶⁸. En d'autres termes, la sécularisation des actes d'état civil a été un bouleversement total pour l'Eglise, et c'est en partie pour cette raison qu'il a pu être énoncé que « *la religion servit à renverser l'Ancien Régime et à commencer la Révolution* »⁶⁹. La loi du 20 septembre 1792 ordonnant la sécularisation des actes de l'état civil est donc une des conséquences de ce contexte révolutionnaire, une conséquence de l'hostilité développée à l'égard de la religion. Force est de constater qu'en 1792, l'Assemblée législative a laïcisé l'état civil, au grand damn des autorités ecclésiastiques.

Cette sécularisation des actes d'état civil a été organisée par la loi du 20 septembre 1792 et du décret adopté à la même date. Cette loi vient affirmer en son Titre premier que les officiers publics sont désormais chargés de tenir les registres des naissances, mariages et décès. Les registres sont donc, à partir de cette date, tenus par les autorités civiles, ces registres sont au nombre de trois

⁶⁶ Jean Jaurès, Histoire socialiste, t. III, Paris, 1901-1908, p. 227, in Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 72

⁶⁷ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 72

⁶⁸ Edme Champion, La séparation de l'Eglise et de l'Etat, 1903

⁶⁹ Fauchet, De la Religion nationale, p.70 in Mathiez Albert. Edme Champion. La séparation de l'Eglise et de l'État en 1794. Introduction à l'histoire religieuse de la Révolution française, 1903. In: Revue d'histoire moderne et contemporaine, tome 5 N°3, 1903. pp. 196-201.

afin d'y constater distinctement les naissances, les décès et les mariages⁷⁰. Cette loi sur le mariage annonce en quelque sorte une rupture avec l'Ancien Régime, toutefois cette rupture n'était pas soudaine puisqu'elle avait été initiée par l'édit de Tolérance de 1787. En définitive la loi du 20 septembre 1792 est l'achèvement d'un travail législatif en amont, d'une volonté d'imposer un contrôle étatique sur les mariages. Cette laïcisation des actes d'état civil avait été fortement prônée par les auteurs, Voltaire écrivait « *qu'il appartient au magistrat de régler les naissances, les mariages et les décès, sans aucun égard à la croyance des citoyens, et au législateur de modifier ou de changer les règles fixées pour la tenue de ces actes* »⁷¹, Rousseau avait déjà quant à lui pensé qu'il était « *dangereux de laisser le clergé maître de prononcer ou d'empêcher les mariages* »⁷².

Le Titre qui intéressera l'étude du mariage comme point d'écart entre Ancien Régime et Révolution française est le Titre IV, ce titre étant consacré au mariage, il permet d'appréhender l'organisation du mariage à la suite des réformes révolutionnaires. En effet, le phénomène révolutionnaire n'a pas eu pour seule conséquence de confier la tenue des actes d'état civil aux autorités étatiques - mettant à l'écart l'Église de la formation même de la famille - puisque les révolutionnaires ont également permis au mariage d'être reconsidéré comme un contrat civil et non plus comme un sacrement, là encore une continuité peut être analysée à travers les propos de Jacques Mulliez tenus lors de la Déclaration royale du 27 novembre 1639 en ce qu'il affirmait : « (...) *les mariages sont les séminaires de l'État, la source et l'origine de la société civile et le fondement des familles qui composent les républiques qui servent de principe à former leur police* (...) »⁷³. Le mariage lié étroitement à l'État n'est donc pas une idée novatrice de la Révolution française, toutefois cet événement en a permis la consécration.

⁷⁰ Article premier du Titre II « De la tenue et dépôt des registres », loi du 20 septembre 1792 : « *Il y aura dans chaque municipalité trois registres pour constater, l'un les naissances, l'autre les mariages, le troisième les décès.* »

⁷¹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille, Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, Presses universitaires de France, 1978, p. 23

⁷² Edme Champion, *La séparation de l'Église et de l'État*, 1903 p.194 in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille, op.cit.*, p.23

⁷³ André Burguière, *La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil)*. In: *Droit et société*, n°14, 1990. La famille, la loi, l'État. p. 26

B)La discontinuité révolutionnaire du mariage-sacrement

Comme expliqué précédemment, le mariage a pris un autre tournant avec la Révolution française, si certains changements avaient déjà été envisagés avant cette date, la Révolution française leur a permis de se mettre en oeuvre au grand jour. La Révolution française a éteint l'institution du mariage-sacrement, en effet la pensée révolutionnaire est venue mettre fin à la conception religieuse du mariage qu'en faisaient les ecclésiastiques, pour autant il ne faut pas envisager une rupture nette avec l'institution du mariage en elle-même. Le droit révolutionnaire, un droit considéré comme intermédiaire, n'a cessé de remanier de nombreux domaines : le mariage en fait parti, de sorte qu'il « *peut subsister, il doit même subsister comme contrat civil, indépendamment de la bénédiction ecclésiastique qui en fait un sacrement* »⁷⁴.

1)Un mariage civil

À l'aube de la Révolution française, le mariage était considéré comme religieux, d'ailleurs, Charles Lefebvre fait état de la pensée de Saint Thomas d'Aquin qui avait coutume d'affirmer que le mariage était un triple contrat : un contrat naturel, un contrat religieux et un contrat civil⁷⁵. Le droit révolutionnaire est venu priver le mariage de tout caractère religieux et sacré, et depuis la loi du 20 septembre 1792 il ne faut plus lier le mariage à l'Église mais il faut le lier à l'État. Une première forme de mariage civil avait toutefois été mise en oeuvre par l'édit de 1787 pour les non-catholiques. L'édit dit de tolérance, sera édicté pour « *ceux qui ne font pas profession de la religion catholique* »⁷⁶ et leur permet de contracter un mariage civil, mais l'édit permet aussi « *ne pas*

⁷⁴ Durand de Maillane, rapporteur à l'Assemblée nationale le 17 mai 1791, in *Archives parlementaires*, t. XXVI, pp. 166-167, Paris, 1887, in Daniel Borrillo. Filiation et parentalité : l'ordre familial contesté. Universalia. Encyclopédie Universalis , 1 (2012), Encyclopédie Universalis, 2012, Universalia 2012.

⁷⁵ Charles Lefebvre, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* , 1902, Vol. 26 (1902), Editions Dalloz, p. 310

⁷⁶ Edouard Lévy, « L'application de l'édit de 1787 », *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger*, vol. 35, 1911, pp. 433–459. JSTOR, (en ligne)

*reconnaître les mariages célébrés clandestinement par les pasteurs »*⁷⁷, ce qui peut témoigner de la « difficulté à admettre le « pluralisme religieux »⁷⁸.

Voltaire affirme que « *le mariage peut subsister avec tous ses effets naturels et civils indépendamment de la cérémonie religieuse* »⁷⁹, c'est en ce point que les avis divergent entre Saint Thomas d'Aquin et Voltaire, quand l'un affirme que le mariage détient un caractère religieux, l'autre le nie complètement. La Constitution du 3 septembre 1791, en son article 7⁸⁰ du Titre II « De la division du royaume, et de l'état des citoyens » affirme clairement que le mariage est désormais un contrat purement civil, et c'est naturellement que la loi du 20 septembre 1792 a été adoptée en conséquence par l'Assemblée législative.

*« Le caractère civil du mariage ne fait pas davantage de doute. Depuis que la Constitution de 1791 a sécularisé le mariage, le principe est celui de la laïcité. La célébration civile est seule légalement valable pour tout citoyen, quelle que soit sa confession, même pour un prêtre »*⁸¹. Force est de constater que l'avènement de cette loi du 20 septembre 1792 n'a guère été une surprise, puisqu'après la sécularisation du mariage opérée par la Constitution, il semblait logique de continuer dans cette lancée de laïcisation. En rendant le mariage civil, l'État assure cette laïcisation, d'ailleurs, « *au delà de l'union d'un homme et d'une femme, l'État voyait dans le mariage une institution puisqu'il constituait la source de la famille, et par là même de la société* »⁸².

Nombreux sont les auteurs qui affirment que depuis cette loi, le mariage est un contrat civil, Gabriel Feydel en rappellera même la condition essentielle⁸³. Le juriste Talon affirmera lui aussi

⁷⁷ Jean Baubérot, « Chapitre I - La révolution et l'empire, premier seuil de laïcisation », Jean Baubérot éd., *Histoire de la laïcité en France*. Presses Universitaires de France, 2017, pp. 5-26.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 38

⁸⁰ Constitution du 3 septembre 1791 - Titre II - De la division du royaume, et de l'état des citoyens, Article 7. - « *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.(...)* »

⁸¹ Civ 25 janvier 1888, S. 1888. 1. 193 ; DP 1888. 1. 97 - Contrat, jurisprudence antérieur : Req. 23 févr. 1847, DP 1847. 1. 129 - Req. 26 févr. 1878, DP 1878. 1. 113, note Lepelletier. In Pierre Murat, Adeline Gouttenoire, Stéphanie Fournier, etc, « Droit de la famille 2020/2021 », *op.cit.*

⁸² Amandine Duvallet, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe - XXe siècle)*, *op.cit.*, p. 12.

⁸³ Gabriel Feydel, *Sur la loi du mariage, la loi du divorce et le système de l'adoption*, Imprimerie du Cercle, Paris, an II, p. 25. « *Le mariage est un contrat civil, dont la condition essentielle était dans le consentement des deux époux de s'unir pour la vie* ».

que « *les mariages par leur nature, par leur objet, sont des contrats civils* ». Cette conception du mariage comme contrat civil est l'oeuvre achevée par l'Assemblée Constituante, il faut souligner que cette conception ne devrait plus être remise en cause ^{84 85}, ce qui témoigne de l'impact de la période révolutionnaire en matière de mariage. Une nuance est toutefois à opérer, la Constitution de 1791 ne vient pas purement et simplement dire que le mariage n'est qu'un contrat civil - à ce propos, d'autres auteurs sont tentés de remettre cette vision des choses en doute, en estimant que le mariage n'est pas qu'un contrat civil, qu'il est une véritable institution⁸⁶ -, la Constitution dispose juste que « *la loi le considère exclusivement à ce point de vue* »⁸⁷. Sous le Consulat, le mariage est qualifié d'institution d'ordre public⁸⁸, ce qui va accroître son caractère de contrat civil.

D'autres caractères sont à associer au mariage civil, en réponse à la sécularisation des actes d'état civil et à la laïcisation mise en place par la Constitution de 1791, le mariage est un contrat solennel, de sorte qu'il doit nécessairement être célébré par un officier public. Sur ce point, il y a eu des évolutions puisqu'initialement le droit romain prévoyait un mariage purement consensuel avec un simple échange de volonté réciproque de l'homme et de la femme à devenir mari et femme.

En ce qui concerne la formation à proprement parlé du mariage, celle-ci reprend des principes de droit canonique en y mêlant des principes de droit royal⁸⁹, la loi du 20 septembre 1792 clarifie cette organisation.

⁸⁴ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 69

⁸⁵ Loi 20 septembre 1792 Titre VI « Dispositions générales » - Article 8 « *l'Assemblée nationale, après avoir déterminé le mode de constater désormais l'état civil des citoyens, déclare qu'elle n'entend ni innover, ni nuire à la liberté qu'ils ont tous de consacrer les naissances, mariages et décès par les cérémonies du culte auquel ils sont attachés, et par l'intervention des ministres du culte* ».

⁸⁶ Alain Seriaux, Une définition civile du mariage, Recueil Dalloz, 2005, p. 1966 in Amandine Stehlin. Le mariage : un contrat ou une institution ?. Droit. 2017.
« *le mariage serait un contrat si on envisage la relation créée entre les époux, et il serait une institution si l'on se penche sur la situation qu'il crée vis-à-vis des tiers et de la société* ».

⁸⁷ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 70

⁸⁸ P.-A. Fenet, *op. cit.*, Tome IX, Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage, Corps législatif, 7 mars 1801, Portalis, p. 156

P.-A. Fenet, *op. cit.*, Tome I, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, Portalis, p. 493
Portalis, « Le mariage n'est point une situation, disait-il encore, mais un état » « un engagement inviolable, stipulé au profit de l'Etat, au profit de la société générale du genre humain »

⁸⁹ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit privé - Personnes et biens, Editions Ellipses, Mise au point, 2008, p. 123

2) Une organisation encadrée par la loi du 20 septembre 1792

La loi du 20 septembre 1792 est venue poser les conditions pour contracter mariage, d'abord l'article 1er dispose : « *l'âge requis pour le mariage est de quinze ans révolus pour les hommes et treize ans révolus pour les filles* ». Durant la période révolutionnaire, la majorité était fixée à vingt-et-un ans, de sorte qu'avant d'avoir atteint cet âge, les mineurs devaient obtenir le consentement de leurs parents - du père a minima⁹⁰ -. La loi liste les empêchements à mariage, initialement les empêchements à mariage étaient établis par l'Eglise, mais depuis la sécularisation du mariage, c'est au seul souverain d'établir « *des empêchements prohibitifs et dirimants au mariage, considéré comme contrat civil* »⁹¹. Sont interdits les mariages entre personnes déjà engagés par un autre mariage, les mariages entre « *parents naturels et légitimes en ligne directe, entre les alliés dans cette ligne* »⁹² et entre frère et soeur. Sont également prohibés les mariages contractés par les incapables de consentement⁹³.

Le mariage fait l'objet de mesures de publicité, une publication doit être faite huit jours avant la célébration du mariage, le dimanche, afin d'annoncer le mariage à venir. La publication fera l'objet d'une signature de l'officier d'état civil.

Si le mariage comme contrat civil est une conception consacrée par la Constitution de 1791, il ne faut toutefois pas bannir le mariage religieux de la société. En effet, la Constitution de 1791 n'interdit en rien aux époux de célébrer religieusement leur mariage.

⁹⁰ Loi du 20 septembre 1792, Titre IV, Section 1, Article 4 : « *Le consentement du père sera suffisant* ».

⁹¹ Plan de Rapport de Durand de Maillane en date du 23 novembre 1789

⁹² Loi du 20 septembre 1792, Titre IV, Section 1, Article 11

⁹³ Loi du 20 septembre 1792, Titre IV, Section 1, Article 12

Section 2 : L'absence de négation du mariage religieux

La Révolution française a permis au mariage de devenir un contrat civil, de sorte que les autorités ecclésiastiques ont perdu leur monopole au profit des autorités civiles, cependant la Révolution française n'avait pas pour objectif de supprimer purement et simplement le mariage religieux.

De sorte que le mariage religieux était toujours possible, en suivant certaines règles, les futurs époux pouvaient toujours s'unir devant Dieu : il fallait simplement que ce mariage intervienne après le mariage civil. La Constitution de 1791 n'avait pas pour objectif de supprimer le mariage religieux, l'idée principale était d'en attribuer à l'État la compétence dans une logique de laïcisation. Ce qu'il faut en conclure c'est que le mariage à caractère religieux n'est pas interdit, les époux sont en droit de célébrer religieusement leur mariage, toutefois s'il n'est pas assorti d'un mariage civil, il n'aura aucune valeur légale⁹⁴.

Par la suite, une loi du 18 germinal an X⁹⁵ va poser une interdiction, elle interdit aux prêtres de célébrer un mariage religieux dès lors qu'aucune preuve de mariage civil ne sera fournie au préalable. Le mariage religieux est donc subordonné au mariage civil, il n'est en aucun cas supprimé par la codification⁹⁶. La réciproque n'est toutefois pas vraie puisque la cérémonie religieuse est purement facultative, les époux ne pourraient être forcés à s'y soumettre.

Denisart tente de clarifier cette règle en énonçant que le mariage est « *indissoluble après le contrat sanctifié par la bénédiction nuptiale, parce que le contrat est distingué d'avec le sacrement : l'un consiste dans le seul consentement des personnes qui s'unissent, et l'autre en est la sanctification. Le sacrement ne forme pas le mariage, il le suppose préexistant ; car on ne sanctifie pas ce qui n'existe pas ; et le prêtre ne peut pas sanctifier le mariage quand il n'y a point de*

⁹⁴ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 71

⁹⁵ Loi du 8 avril 1802, Article 54 qui interdit aux prêtres de procéder à la bénédiction nuptiale avant que les parties aient justifié devant eux de la célébration du mariage civil.

Aujourd'hui, le code pénal pose la même interdiction à l'égard de tout ministre du culte, le mariage civil doit avoir été préalablement entériné (*Champ d'application de l'article L. 433-21 du code pénal relatif aux cérémonies religieuses de mariage, Sénat*)

⁹⁶ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 41

mariage »⁹⁷. En affirmant cela, il met en évidence que c'est bien le mariage comme contrat civil qui prime sur le caractère religieux qui semble, depuis la période révolutionnaire, n'être relayé au second plan, prenant même la forme d'une option facultative.

Après avoir abordé la refonte du mariage sous l'angle révolutionnaire, il convient de s'intéresser aux travaux préparatoires du Code civil et au Code civil lui-même afin de voir si les apports de la Révolution française ont été repris ou si au contraire, cette législation maritale n'a été qu'éphémère.

⁹⁷ Denisart, Collection de décision, cité par Pierre Damas, Les origines du divorce en France, Etude historique sur la loi du 20 Septembre 1792, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, imprimerie Gounouilhou, 1897. Page 11.

Chapitre 2 : La continuité de la sécularisation du mariage à travers la codification

Comme expliqué précédemment, la Révolution française a permis de refonder l'institution du mariage, en ce qu'elle a permis aux autorités civiles d'avoir le monopole sur cette institution, au détriment de l'Église qui s'en est vue écartée. Cette sécularisation du mariage établie pendant la Révolution française a été confirmée par la grande codification, ce qui permet d'affirmer l'influence de ce droit dit intermédiaire. La loi du 20 septembre 1792 est restée en vigueur jusqu'à l'introduction du Code civil, par ailleurs, bon nombre de principes ont été repris dans les divers projets (Section 1) avant d'être consacrés par Napoléon (Section 2).

Section 1 : Une position civiliste partagée dans les projets du Code civil

Cambacérés, à l'occasion du discours préliminaire du troisième projet de Code civil de 1796 au conseil des cinq cents, affirme que « *la nécessité d'une réforme dans la législation civile n'est point équivoque : demandée depuis des siècles par les bons esprits, elle avoit dû trouver des obstacles dans nos institutions, dans nos moeurs, dans nos habitudes, dans l'esprit du gouvernement, peut-être dans le sentiment toujours actif de l'intérêt personnel. Ces causes ne subsistent plus. Aujourd'hui que tout est changé dans l'ordre politique, il est indispensable de subsister aux lois anciennes un code de lois simples, dont la rédaction facilite l'intelligence, et qui soient tout à-la-fois le principe du bonheur social et sauvegarde de la morale publique. C'est dans cet esprit que fut rédigé le premier projet de code civil.* »⁹⁸. La notion de législation civile est ensuite développée, puisqu'elle règle « *les rapports individuels et assigne à chacun ses droits, quant à la propriété : le code civil doit donc considérer, 1° les personnes relativement à la vie civile, au lien du mariage, aux droits de famille, aux caractères qui leur donnent l'exercice du droit de propriété sur quelques biens (...)* »⁹⁹. Force est de constater que Cambacérés a naturellement

⁹⁸ Jean-Jacques Régis de Cambacérés, *Projet de code civil* [Texte imprimé], Liechtenstein : Vaduz(Paris) : Duchemin, 1977, Fac-sim. de l'éd. de : Paris : Garnery, 1796

⁹⁹ *Ibid.*

pris en compte le droit de la famille dans les projets du code civil, rappelant alors que la famille est le fondement traditionnel de la société¹⁰⁰. (A).

Les projets de Cambacérès se solderont par un échec devant les Assemblées révolutionnaires. Pour rappel, les assemblées révolutionnaires tenaient réellement à faire triompher une conception égalitariste et contractualiste de la famille¹⁰¹. Suite à cela, une autre commission formée par Tronchet, Portalis, Maleville et Bigot de Preameu verra le jour pour rédiger un autre projet de Code civil (B).

A) La sécularisation du mariage au sein des projets de Code civil

La législation du mariage, bien que réformée par la loi du 20 septembre 1792, devait être codifiée, l'approche révolutionnaire avait entamé une refonte totale du droit de la famille, et par la suite la codification semblait nécessaire¹⁰². Jean-Jacques Régis de Cambacérès a essayé de s'y atteler. À trois reprises, ce dernier a rédigé des projets de Code civil afin de les présenter devant les Assemblées révolutionnaires, les trois projets sont assez successifs : 1793, 1794, et 1796. Deux des trois projets ont été présentés devant la Convention¹⁰³, quant au troisième il a été présenté sous le Directoire¹⁰⁴. Toutefois, si la coutume lui attribue exclusivement le mérite des projets, il ne faut pas négliger les juristes qui l'ont accompagné, en effet ces projets sont le résultat du Comité de législation de la Convention et de la Commission de la classification des lois du Conseil des Cinq-Cents, dans lesquels étaient présents Merlin de Douai, Garran-Coulon, Berlier ou encore Oudot¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 3

¹⁰¹ Alain Desrayaud, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012, pp. 3-24.

¹⁰² Projet Jacqueminot, Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T1, 1838, p. 328 « *Le premier besoin senti, dès 1789, fut celui d'une entière refonte de la législation* ».

¹⁰³ La Convention, régime politique français, a succédé à l'Assemblée législative en septembre 1792, le fondera la première République et la Constitution de l'An I (24 juin 1793) et gouvernera la France jusqu'au 26 octobre 1795.

¹⁰⁴ Encyclopédie Larousse, Régime qui gouverne la France à la fin de la Convention jusqu'à la fin de la Révolution française (novembre 1799)

¹⁰⁵ Julien Boudon, « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, vol. 39, no. 1, 2004, pp. 91-106.

Cambacérés, ou « *l'homme aux trois Codes* »¹⁰⁶, estimait d'abord que le mariage devait respecter le plus possible la liberté personnelle des individus, même s'il liait étroitement le mariage et la société en considérant que la société tient la force, la solidité de son gouvernement, de ses lois, de ses mœurs¹⁰⁷. Cambacérés a estimé, comme bon nombre d'auteurs, que le mariage était la structure principale de la famille. La Convention a rapidement exigé la présentation d'un projet de code, c'est donc en août 1793 que Cambacérés présente un projet comportant sept cent dix-neuf articles. Le second projet sera beaucoup moins dense puisqu'il ne comportera que deux cent quatre-vingt-dix-sept articles, quant au troisième projet, il sera juridiquement plus technique et sera composé de mille-cent-quatre articles¹⁰⁸.

S'agissant du premier projet présenté par Cambacérés, le mariage fera l'objet du Titre II du Livre premier intitulé « *De l'état des Personnes* », et sera défini comme étant « *une convention par laquelle l'homme & la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir & élever les enfants qui peuvent naître de leur union* ». Suite à cette définition, Cambacérés a pris soin de déterminer les qualités et conditions que doivent requérir les futurs époux pour contracter mariage. D'abord, les époux sont soumis, dans ce projet, à une condition d'âge¹⁰⁹ : quinze ans révolus pour les hommes et treize pour les filles. L'approbation parentale¹¹⁰ est nécessaire pour contracter mariage, pour les mineurs qui ne pourraient recevoir le consentement de leurs parents - décédés ou interdits -, l'officier public devra convoquer un conseil de famille. Le conseil de famille devait être composé à l'époque de deux plus proches parents du mineurs, de deux parents les plus éloignés, les quatre devant résider dans le canton¹¹¹. Des empêchements à mariage sont également prévus à l'article XV qui dispose que le mariage est « *prohibé entre les parents en ligne directe,*

¹⁰⁶ Jean-Michel Poughon, « Cambacérés. Des approches du Code civil », *Histoire de la justice*, vol. 19, no. 1, 2009, pp. 161-172.

¹⁰⁷ Cambacérés, 2eme projet du Code civil, 1794

¹⁰⁸ Jean Hilaire, Cambacérés et le Code civil, Académie des sciences et lettres de Montpellier, Séance du 12/03/2007, Bulletin n°38, pp. 61-68 (édition 2008)

¹⁰⁹ Cambacérés, 1eme projet du Code civil, 1793, Article III du titre II du Livre Premier

¹¹⁰ *Ibid.*, Article IV du titre II du Livre Premier

¹¹¹ *Ibid.*, Article IX du titre II du Livre Premier

entre les alliés dans cette ligne, et entre le frère et la soeur ». Le mariage, enfin, doit être publié dans le lieu du domicile des époux¹¹².

En matière de mariage, le deuxième projet rédigé par Cambacérès en date du 9 septembre 1794 (23 fructidor an II), reprend majoritairement les principes édictés dans le premier projet, à titre d'exemple la condition d'âge est reprise¹¹³, au même titre que le nécessaire consentement en cas de mariage de mineurs¹¹⁴. Le deuxième projet ne présente pas de différence majeure en matière de mariage, l'obligation de publication¹¹⁵ est requise, et les empêchements à mariage¹¹⁶ également.

Le troisième projet de Cambacérès présenté sous le Directoire en 1796 édicte certaines règles déjà présentes dans ses deux autres projets, la condition d'âge¹¹⁷ entre autres. Cette fois ci, il met l'accent sur les incapacités qu'il vient mêler au sein même de l'institution du mariage, à ce propos il énonce le conseil de famille¹¹⁸, conseil que ce mémoire évoquera dans un chapitre ultérieur. Les empêchements à mariage¹¹⁹ sont énoncés, là encore une absence d'innovation peut être relevée. Enfin, dernier point majeur s'agissant du mariage - dans l'exposé de ce mémoire -, l'article 277 du Titre V du Livre Premier de ce troisième projet, le mariage est soumis à une condition de publicité.

Si certains parlent d'échec juridique¹²⁰ concernant les projets de Cambacérès, puisqu'en définitive le législateur n'en a retenu aucun, il convient de nuancer le propos, ces différents projets sont une mine d'or puisqu'ils ont pu être une source d'inspiration pour Portalis, d'ailleurs

¹¹² *Ibid.*, Article XVII du titre II du Livre Premier

¹¹³ Cambacérès, 2eme projet du Code civil, 1794, Article 35 du Titre V du Livre Premier

¹¹⁴ *Ibid.*, Article 36 du Titre V du Livre Premier

¹¹⁵ *Ibid.*, Article 43 du Titre V du Livre Premier

¹¹⁶ *Ibid.*, Article 42 du Titre V du Livre Premier

¹¹⁷ Cambacérès, 3eme projet du Code civil, 1796, Article 267 du Titre V du Livre Premier

¹¹⁸ *Ibid.*, Article 271 du Titre V du Livre Premier

¹¹⁹ *Ibid.*, Article 275 du Titre V du Livre Premier et Article 276 du Titre V du Livre Premier

¹²⁰ Jean-Michel Poughon, « Cambacérès. Des approches du Code civil », *loc.cit.*, pp. 161-172.

Cambacérés participera à l'élaboration du Code civil de Napoléon et sera considéré comme « *l'âme des discussions d'où sortit l'oeuvre napoléonienne* »¹²¹.

Cambacérés ne sera pas le seul à avoir penser un projet de Code civil, en effet Jacqueminot, un député de la Meurthe, a présenté lui aussi un projet à la Commission législative du Conseil des Cinq-Cents, lors de la séance du 30 frimaire an VIII¹²². D'abord, il commence par affirmer dans son discours préliminaire que « *de tous les bienfaits que la France attendait de la révolution, le plus ardemment désiré, et le plus souvent promis, a été un code civil* ». À l'inverse de Cambacérés, Jacqueminot choisit de débiter son projet sur le mariage dans un Titre Ier, il énumère les conditions pour contracter mariage avec une condition d'âge¹²³ - rédigée dans les mêmes termes que Cambacérés -, une condition de consentement¹²⁴ et des empêchements à mariage¹²⁵. Un dernier projet peut être évoqué rapidement, il s'agit du projet Target¹²⁶, qui n'est pas un des projets officiels au même titre que ceux de Cambacérés ou Jacqueminot.

Ces différents projets présentés par Cambacérés par exemple, auraient très bien pu être consacrés, puisque plusieurs principes ont inspiré la commission gouvernementale suivante, ces différents échecs des projets révolutionnaires sont expliqués par Jean-Louis Halpérin, il ne remet pas la faute sur les assemblées, mais parle plutôt d'une évolution rapide des opinions et d'un décalage entre l'esprit même des projets et le climat politique durant lequel le projet est présenté¹²⁷.

¹²¹ Émile Aollas, Manuel de droit civil à l'usage des étudiants contenant l'exégèse du Code Napoléon et un exposé complet des systèmes juridiques, t. 1, Paris, E. Thorin, Germer Baillière, 1869, Introduction, p. XLIV, in Jean-Michel Poughon, « Cambacérés. Des approches du Code civil », *loc.cit.*, pp. 161-172.

¹²² 21 décembre 1799

¹²³ Jacqueminot, Projet de code civil, 21 décembre 1799, Titre Ier, Article 3

¹²⁴ *Ibid.*, Article 4

¹²⁵ *Ibid.*, Article 16

¹²⁶ Sylvain Soleil. « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, vol. 19, no. 1, 2009, pp. 225-241.

¹²⁷ « Jean-Louis Halpérin a précisé que l'échec des projets révolutionnaires « n'est pas le résultat d'une incapacité des assemblées à élaborer et à voter des textes juridiques de grande envergure ; il résulte bien plutôt de la rapide évolution des opinions et du décalage fréquent entre l'esprit des projets et le climat politique dominant au moment de leur discussion » (L'impossible Code civil, PUF, 1992, p. 18) » in Introduction historique au droit, leçon 9 : légalisme et codification, Florent Garnier, Université numérique juridique francophone (en ligne, consulté le 19 mai 2021).

B) La sécularisation du mariage confirmée par les pères du Code civil

Les projets précédemment exposés n'ont pas rencontré de succès, suite à cela une commission gouvernementale a réalisé un autre projet, projet qui cette fois-ci sera considéré à tel point qu'il inspirera Napoléon pour la rédaction du Code civil. Cette commission gouvernementale était composée de quatre hommes : Bigot de Preameneu, Maleville, Tronchet et Portalis, et sera désignée le 24 thermidor an VIII¹²⁸. Les « pères du Code civil » étaient tous les quatre des grands bourgeois avec tous des compétences aussi bien judiciaires que politiques durant l'Ancien Régime. Ces derniers n'étaient pas contre la législation révolutionnaire mais veulent adopter une sorte de compromis pour concilier les principes révolutionnaires avec les idées napoléoniennes. Cet avant-projet n'a donc pas eu pour but de négliger le passé, puisque les principes révolutionnaires ont été « érigés en fondements principaux du nouvel ordre civil »¹²⁹, mais s'agissant de la famille, force est de constater la volonté napoléonienne de la protéger tout en respectant les libertés individuelles.

Dans le discours préliminaire du premier projet de Code civil de Portalis, prononcé en 1801, ce dernier ne tarit pas d'éloges pour Cambacérès en rappelant qu'il avait publié « *un Projet de code dans lequel les matières se trouvent classées avec autant de précision que de méthode* ». Il rappelle également que la codification était essentielle et que le rôle de la commission gouvernementale était « *d'achever un ouvrage déjà trop souvent repris et abandonné* ». L'avant-projet a été réalisé en très peu de temps, cinq mois suffiront à la commission gouvernementale pour le présenter.

Le mariage, pour Portalis, « *n'est ni un acte civil ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs et que la religion a sanctifié* »¹³⁰, en ce point une différence avec les révolutionnaires peut être relevée, en ce que la conception du mariage n'est pas nécessairement perçue comme un contrat civil pour Portalis. Il adopte toutefois, à l'instar de ses prédécesseurs révolutionnaires, une vision méliorative de la famille en estimant que « *les familles*

¹²⁸ 12 août 1800

¹²⁹ Saman Safatian, « La rédaction du Code civil », *Napoleonica. La Revue*, vol. 16, no. 1, 2013, pp. 49-63. à propos des principes de liberté, d'égalité et de propriété

¹³⁰ Débat entre Philippe Portier et Irène Théry animé par Céline Béraud et Baptiste Coulmont, Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques

sont la pépinière de l'Etat »¹³¹, et selon lui, qui dit famille dit mariage. Pour cette raison, il faut que le mariage ait une place importante dans la législation civile, cela est tout à fait justifié dès lors que la Révolution française a voulu réaliser une hiérarchisation de la famille, il semble donc que Napoléon consacre, à travers la codification, un principe révolutionnaire.

La sécularisation du mariage n'est pas remise en cause par Portalis, de sorte que les actes d'état civil sont toujours sous la responsabilité des autorités civiles. Un autre principe n'est pas remis en cause, et est même reconnu universellement¹³², c'est que lors du mariage, « *l'intention des époux était nécessairement de s'unir pour la vie, parce que la famille légitime devait être le fondement du nouvel ordre institutionnel de la France* »¹³³.

Les projets de Code civil ont une importance considérable, seulement il convient de s'intéresser au Code civil lui-même afin de voir s'ils ont été transposés, ou si au contraire la volonté Napoléonienne diffère de la pensée révolutionnaire ou de la pensée civiliste de la commission gouvernementale.

¹³¹ Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, éd. par P.-A. Fenet, t. IX, 1956, p.138 et s

¹³² L'expression est de Savoye-Rollin. J.-G. Loqué, La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire complet des codes français, Treuttel et Würtz, Paris, 1831, Tome V, Rapport sur la loi sur le divorce fait au Tribunal par Savoye-Rollin (18 mars 1803), p. 327

¹³³ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012, pp. 74-110.

Section 2 : Une codification à l'image de la rupture entre Révolution et Ancien Régime en matière de mariage

Le Code civil ne va pas offrir une définition du mariage¹³⁴, et pourtant nombreuses sont les propositions offertes par les auteurs contemporains. Pour certains, le mariage est « *une union de droit entre un homme et une femme, en vue d'établir entre eux une communauté de toute la vie* »¹³⁵, pour d'autre c'est simplement « *l'acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union sanctionnée par la loi civile* »¹³⁶. Il est vrai que le Code civil ne donne pas à proprement parlé une définition du mariage, mais Portalis définissait le mariage comme « *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* »¹³⁷. Si le mariage a été exempté de définitions par le Code civil, il n'en reste pas moins que Napoléon a souhaité consacrer définitivement la laïcité révolutionnaire en matière de mariage (A). Outre ce phénomène de laïcisation, le mariage s'est vu appliqué une organisation précise, dont certaines règles semblent confirmer les pensées révolutionnaires (B).

A) La continuité consacrée du mariage révolutionnaire laïc

Le Code civil napoléonien est appréhendé comme une « *oeuvre de transaction entre le droit de la Révolution et celui de l'Ancien Régime, il garde l'essentiel des conquêtes révolutionnaires tout en les adaptant à la nouvelle société de stabilisation, d'hérédité envisagée par Napoléon* »¹³⁸, de sorte qu'il reprend bon nombre de principes révolutionnaires, la sécularisation du mariage en fait partie. En effet, le principe de laïcité de l'état civil a été repris sans hésitation - principe qui avait été posé en 1792 par les révolutionnaires - et transposé à travers le Titre II du Livre Ier « Des actes de

¹³⁴ Pierre Murat, Adeline Gouttenoire, Stéphanie Fournier, etc, « Droit de la famille 2020/2021 », Dalloz Action, Novembre 2019, p. 4

¹³⁵ Alain Sériaux, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », D. 2005, 1966

¹³⁶ Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil : les personnes, 3e ed., 1976, n°62

¹³⁷ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 65

¹³⁸ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 91

l'état civil », puisque les rédacteurs du code écartent de nouveau les ministres des Cultes des fonctions relatives à l'état civil¹³⁹.

Ce phénomène de laïcité - bien qu'anachronique en sachant que ce terme n'apparaît qu'au XIXe siècle -, a pris un tournant durant l'époque napoléonienne, époque qui s'apparente selon Jean Baubérot au « *premier seuil de laïcisation* »¹⁴⁰. L'idée napoléonienne au lendemain de la période révolutionnaire a été de confirmer la laïcisation révolutionnaire de l'Etat civil¹⁴¹, de conserver ce mariage laïcisé et donc de laisser par la même occasion l'Eglise à l'écart de cette institution. Napoléon est, à l'époque, très attaché à la famille, puisqu'il considère qu'elle est la « *cellule de base* »¹⁴² qui doit « *s'insérer dans l'immense cellule qu'était société nationale bientôt impériale* »¹⁴³. La famille était d'autant plus importante pour lui qu'il considérait que « *le monde qu'il voulait construire reposait sur l'hérédité familiale* »¹⁴⁴. Le Code civil de 1804 a connu un succès considérable, et cela probablement car Napoléon a su garder cette famille de la Révolution tout en la modérant¹⁴⁵.

B) L'organisation d'un mariage civil d'inspiration révolutionnaire

Le Code civil était composé de deux mille deux cent quatre-vingt-un articles, composant trois livres, la famille faisant l'objet du Livre premier dans lequel sont abordées les différentes thématiques, à savoir l'état civil, le mariage, le divorce, la filiation et la tutelle, toutes ces

¹³⁹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p.32

¹⁴⁰ Jean Baubérot, *Histoire de la laïcité en France*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010 (5e éd.), Chapitre I, « La Révolution et l'Empire, premier seuil de laïcisation », p. 5

¹⁴¹ Yves Bruley, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012, pp. 111-126.

¹⁴² Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, *op.cit.*, p.93

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.* p.94

¹⁴⁵ *Ibid.* p.95

thématiques qui inspireront ce mémoire. Le mariage dans le code civil de 1804 fait l'objet des articles 144 à 228¹⁴⁶.

Au sein du Code civil de 1804, Napoléon reprend les conditions d'âge édictées par Cambacérès et reprises par la Commission gouvernementale, toutefois l'âge diffère. Si les différents projets de Code civil consacraient la possibilité de se marier à quinze ans pour les garçons et treize ans pour les filles, le Code choisit une autre limite à savoir que les garçons sont en âge de se marier dès leur dix-huitième année, et les filles dès leur quinzième année. Les conditions de fond du mariage sont donc renforcées par le Code civil, et même majeurs les enfants auront toujours besoin du consentement de leurs parents pour contracter mariage¹⁴⁷.

À travers le renforcement des conditions de fond du mariage, Napoléon traduit une volonté de considérer le mariage comme une institution de l'Etat et non plus uniquement comme un contrat civil, même si l'aspect civil du mariage ne sera pas remis en cause. Le mariage sera d'autant plus contrôlé par l'Etat et ce en raison de la codification puisque Napoléon intensifie la publicité du mariage : le mariage sera publié à deux reprises à huit jours d'intervalle au lieu du domicile de chacun des deux époux.

S'agissant de la célébration du mariage, le mariage religieux n'est toujours pas interdit sous l'empire du Code civil de 1804, toutefois le mariage civil doit intervenir avant. Il reste dans le Code civil de 1804 des empêchements à mariage, en effet le mariage est interdit entre parents et alliés en ligne directe, entre frères et soeurs, mais ces interdictions peuvent être levées par le gouvernement. Le mariage est toutefois autorisé entre cousins¹⁴⁸.

La législation du mariage étant balayée, il convient maintenant de s'intéresser à la condition juridique de la femme. Sous l'Ancien régime, la femme était très souvent soumise à son époux, de sorte que seul le mari avait l'autorité au sein du couple - au sein même de la famille -.

¹⁴⁶ Afin d'éviter de préciser ancien/nouveau, les articles évoqués au sein de ce mémoire seront directement associés au Code civil de 1804.

¹⁴⁷ Sur ce point, un développement ultérieur y sera consacré.

¹⁴⁸ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit privé - Personnes et biens, *op.cit.*, p.127

Chapitre 3 : La capacité de la femme mariée : entre Révolution et codification

Un des principes gouvernant la famille d'Ancien Régime se rapportait à l'autorité du mari, l'autorité maritale était fondée sur « *la supériorité de l'homme et le besoin d'organiser fortement le ménage* »¹⁴⁹. Comme la Révolution française a remanié la famille et en a fait une association d'individus libres et égaux¹⁵⁰, il est opportun de se poser la question de la capacité de la femme mariée (Section 1). L'autorité maritale sera ensuite réabordée par un des rédacteurs du Code civil, Portalis, il énonce que « *la femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible, l'homme est libre parce qu'il est plus fort* »¹⁵¹. Il convient enfin de se questionner quant à la capacité de la femme mariée durant la codification (Section 2).

Section 1 : La volonté égalitariste révolutionnaire en trompe-l'oeil pour la femme mariée

La Révolution française a dégagé certains principes comme la laïcité - notamment au sein de l'institution même du mariage -, la liberté, mais également l'égalité. D'ailleurs, la cause des femmes a beaucoup intéressé les révolutionnaires¹⁵², même si l'égalité des sexes n'a jamais été discutée en tant que telle¹⁵³. Des mouvements féministes se sont développés durant la Révolution française, s'il était coutume d'entendre que « *la femme est faite spécialement pour plaire à l'homme* »¹⁵⁴ ou encore qu' « *il est dans l'ordre de la nature que la femme obéisse à l'homme* »¹⁵⁵, des féministes comme Olympe de Gouges n'étaient pas de cet avis. Cette dernière, au sein de la Déclaration des

¹⁴⁹ Bernard Schnapper, « Liberté, égalité, autorité : la famille devant les assemblées révolutionnaires (1790-1800) », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989, pp. 325-340.

¹⁵⁰ Jennifer Heuer, Anne Verjus, « L'invention de la sphère domestique au sortir de la révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, 327 | 2002, 1-28.

¹⁵¹ Portalis, Présentation du Projet de Code civil au Corps législatif, Fenet, IX, pp. 177-178

¹⁵² Martine Lapiéd, « Éliane Viennot, *Et la modernité fut masculine. La France, les femmes et le pouvoir 1789-1804* », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], 45 | 2017, mis en ligne le 29 septembre 2017, consulté le 21 mai 2021.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Emile*, livre cinquième, 1762

¹⁵⁵ *Ibid.*

Droits de la Femme et de la Citoyenne (DDFC), a énoncé que « *la femme naît libre et demeure égale à l'homme en droits* »¹⁵⁶ et que « *la loi doit être l'expression de la volonté générale : toutes les citoyennes et tous les citoyens étant égaux à ses yeux doivent concourir personnellement ou par leur représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous* »¹⁵⁷. Il convient alors de se demander : comment la Révolution française a oeuvré dans la condition et capacité de la femme, d'abord dans un cadre hors mariage (A), et également au sein du mariage (B).

A) L'avènement révolutionnaire d'une égalité entre les sexes hors mariage

La Révolution française a oeuvré pour faire de la femme l'égale de l'homme, et cela en raison des grands principes dégagés durant cette période révolutionnaire. L'égalité avait été pensée à travers l'article 1 de la DDHC, puisqu'il préconisait que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Toutefois l'égalité pleine et parfaite n'était sans doute pas envisagée, des auteurs parlent même d'une égalité méritocratique, de sorte que cette égalité devait être proportionnelle aux services que l'individu rendait à la communauté¹⁵⁸. Les femmes n'ont cessé de réclamer plus d'égalité, elles craignaient d'être les grandes oubliées de ce mouvement révolutionnaire¹⁵⁹.

Lorsque sont abordés les principes et l'idée révolutionnaire, la coutume est de penser directement aux mouvements masculins, pourtant certaines femmes ont elles aussi marqué la Révolution française. À titre d'exemple, peuvent être citées Olympe de Gouges¹⁶⁰, qui est à

¹⁵⁶ Olympe de Gouges, DDFC, Article 1, 1791

¹⁵⁷ Olympe de Gouges, DDFC, Article 6, 1791

¹⁵⁸ Françoise Fortunet, La Révolution, la déférence et l'égalité. In: *Communications*, 69, 2000. La déférence, sous la direction de Claudine Haroche. pp. 105-113.

¹⁵⁹ Eliane Viennot, « 1. L'irruption des possibles, sur fond de dialogue de sourds (1788-juin 1793) », , *Et la modernité fut masculine. La France, les femmes et le pouvoir 1789-1804*, sous la direction de Viennot Éliane. Perrin, 2016, pp. 15-50.

¹⁶⁰ Documentaire « Les femmes de la Révolution », Secrets d'Histoire présenté par Stéphane Bern, visionné le 23 mai 2021 en ligne (via France TV), Olympe de Gouges était véritablement la féministe par excellence.

l'origine de la DDFC, Charlotte Cordet¹⁶¹ ou encore Anne-Josèphe Théroigne de Méricourt¹⁶², ces femmes ont milité pour une rupture avec les principes d'Ancien Régime réduisant la femme. Les femmes ont fait preuve d'une détermination qui n'existait pas chez les hommes¹⁶³.

Le rôle des femmes n'est pas à négliger, à ce propos Mirabeau disait « *Tant que les femmes ne s'en mêlent pas, il n'y a pas de véritable révolution* »¹⁶⁴, d'ailleurs souvent est remarqué le « *symbole féminin de la révolution* »¹⁶⁵. Ce qui peut paraître assez incohérent c'est de savoir que la pleine égalité des sexes n'a jamais été discutée en assemblée durant la période révolutionnaire, et le vote féminin¹⁶⁶ par exemple avait d'emblée été écarté¹⁶⁷.

La Révolution française a réellement eu la volonté de faire de la femme l'égal de l'homme¹⁶⁸, et à la fin de l'Ancien Régime la femme hors mariage avait vu sa capacité accroître, de sorte qu'elle disposait d'une pleine capacité civile¹⁶⁹, même si le privilège de masculinité

¹⁶¹ Documentaire « Les femmes de la Révolution », Secrets d'Histoire présenté par Stéphane Bern, visionné le 23 mai 2021 en ligne (via France TV), « *L'histoire n'aurait jamais dû se souvenir de Charlotte Cordet si la Révolution française n'avait pas éclaté, icône féminine des victimes de la Révolution* »

¹⁶² *Ibid.* Les idées de Théroigne étaient assez simples, elle estimait qu'il fallait permettre à des femmes d'exister face à leur père, face à leur frères et face à leur mari.

¹⁶³ *Ibid.* « *quand les femmes montent à l'échafaud, elles restent dignes* ».

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Maria Janion, Maria « Pourquoi La Révolution Est-Elle Une Femme? » *Revue Européenne Des Sciences Sociales*, vol. 27, no. 85, 1989, pp. 165–177.

¹⁶⁶ Martine Lapiéd, « Anne Verjus, Le bon mari. Une histoire politique des hommes et des femmes à l'époque révolutionnaire », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], 34 | 2011, mis en ligne le 15 décembre 2011, consulté le 21 mai 2021 : Une loi de décembre 1789 est venue écartée le droit de vote des femmes. La capacité étant liée à la position sociale, les femmes restent exclues du suffrage, même celles qui remplissent toutes les conditions de la capacité politique sauf la masculinité.

¹⁶⁷ Martine Lapiéd, « Éliane Viennot, *Et la modernité fut masculine. La France, les femmes et le pouvoir 1789-1804* », *loc.cit.*, [En ligne]

¹⁶⁸ Bernard Jolibert, La Révolution française et le droit des femmes à l'instruction, Résumée d'une désillusion, IUFM de la Réunion, p. 118-119
Nombreuses étaient les revendications féminines présentes dans les cahiers de doléances, les femmes souhaitaient davantage de droits politiques, elles veulent également exercer leurs droits civils à l'instar des hommes.

¹⁶⁹ Bernard Jolibert, La Révolution française et le droit des femmes à l'instruction, *op.cit.* p.126
« *Au plan civil, la femme se voit enfin dotée d'une personnalité juridique individuelle lui permettant d'agir en tant qu'individu dans ses rapports privés à d'autres individus. Du point de vue de la « femme civile », la Révolution commerçante apporte donc un réel début d'émancipation à la condition féminine comme on le voit à propos du divorce ou du droit d'aïnesse* ».

prédominait encore dans beaucoup de domaines - comme en droit successoral -¹⁷⁰. Si certains crient au progrès, d'autres estiment que ces changements n'ont été que « *des améliorations par ricochets* »¹⁷¹, de sorte que l'objectif premier n'était sans doute pas d'améliorer la condition et la capacité féminine.

La femme mariée quant à elle n'a pas bénéficié d'autant de progrès¹⁷² que la femme hors mariage, sur ce point le législateur révolutionnaire avait conscience qu'il était urgent de transformer le statut juridique de la femme mariée¹⁷³, un statut qui était assez contraire aux principes révolutionnaires égalitaristes fraîchement établis.

B) La discontinuité révolutionnaire d'une égalité au sein du couple marié

Jules Michelet aurait dit « *L'homme donne sa vie et sa sueur. Vous donnez vos enfants* », cette citation témoigne de la place attribuée à la femme mariée durant l'Ancien Régime, une femme qui n'avait d'autre rôle que de constituer une famille. À ce sujet, Carbonnier disait que « *la femme est la propriété de l'homme comme l'arbre à fruit est celle du jardinier* »¹⁷⁴, ce qui, une fois encore, rend compte de l'incapacité totale de la femme mariée. Cette incapacité est totalement contradictoire avec les idées révolutionnaires qui tendaient vers plus d'égalité, seulement la femme révolutionnaire a toujours été frappée d'une incapacité en raison de sa qualité d'épouse (1), en témoignent le contraste avec les avancées révolutionnaires en matière de capacité civile pour la femme non mariée. La femme peut parfois être jugée incapable en raison de l'aliénation de ses facultés mentales (2).

¹⁷⁰ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 172

¹⁷¹ Martine Lapiéd, « Éliane Viennot, *Et la modernité fut masculine. La France, les femmes et le pouvoir 1789-1804* », *loc.cit.*, [En ligne].
« *Les femmes bénéficient de certaines mesures sociales prises par l'Assemblée mais, pour l'auteur, ce ne sont que des améliorations par ricochets comme l'égalité des enfants devant l'héritage, l'abolition des lettres de cachet, de la peine de mort pour vol, l'instauration du divorce* ».

¹⁷² Bernard Jolibert, *La Révolution française et le droit des femmes à l'instruction*, *op.cit.* p. 124
La femme sera quand même, grâce aux avancées révolutionnaires, exemptée des fiançailles obligatoires, des mariages forcés.

¹⁷³ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 172

¹⁷⁴ Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, *op.cit.*, p.94

1) Une incapacité en raison de sa qualité d'épouse

« L'égalité que les révolutionnaires ont voulu appliquer aux rapports légaux entre mari et femme ne pouvait guère, quant à elle, s'inspirer d'une tradition quelconque de l'Ancien régime : communauté matrimoniale, régime dotal, « velleien »¹⁷⁵ frappant l'épouse d'incapacité comme dans la coutume normande. Toutes les formules impliquaient une étroite dépendance de l'épouse »¹⁷⁶. En effet, les relations entre l'homme et la femme durant l'Ancien Régime se rattachaient à une certaine notion de dépendance. Rousseau et Roederer¹⁷⁷ ont beaucoup influencé la pensée révolutionnaire, et pour eux la puissance maritale était justifiée par le besoin de protéger la mère de la famille. La femme, pour l'époque, était vue comme une mère qui met au monde et éduque un futur bon citoyen¹⁷⁸. À l'époque, « les familles ne devraient avoir qu'un chef, ainsi que la grande société ; ce chef c'était le mari, le père ». ¹⁷⁹

Des critiques émanent des femmes qui dénoncent le « *despotisme marital* »¹⁸⁰, en réaction à cela, les conventionnels ont voté le principe de la communauté légale afin d'inclure la femme mariée dans l'organisation des biens communs, puisque son accord était nécessaire pour les actes engageant ces biens. Cette atténuation de la puissance maritale s'est cependant avérée très éphémère puisque les conventionnels en ont ajourné l'application¹⁸¹.

Faire de l'épouse l'égal du mari était un défi, une tâche difficile en raison des idées de l'époque, la philosophie des Lumières avait jusque-là toujours mis l'homme sur un piédestal.

¹⁷⁵ Encyclopédie de Diderot, Veilleien : « *décret du sénat, ainsi appelé parce qu'il fut rendu sous le consulat de M. Silanus et de Velleius Tutor, du temps de l'empereur Claude, par lequel on restitua les femmes contre toutes les obligations qu'elles auraient contractées pour autrui, et qu'on aurait extorquées d'elles par violence, par autorité et par surprise, pourvu qu'il n'y eut eu aucune fraude de leur part* ».

¹⁷⁶ André Burguière. La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil). *loc.cit.*, pp. 25-38

¹⁷⁷ Martine Lapiéd, « Anne Verjus, Le bon mari. Une histoire politique des hommes et des femmes à l'époque révolutionnaire », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne consulté le 22 mai 2021], 34 | 2011, 34 | 2011, 290-292

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Gaëtan de Raxis de Flassan, La question du divorce discutée sous les rapports du Droit naturel, de la Religion, de l'Histoire, de la morale et de l'Ordre social, Prevost, Paris, 1790, p.172

¹⁸⁰ Suzanne Desan, « Pétitions de femmes en faveur d'une réforme révolutionnaire de la famille », *Annales historiques de la Révolution française*, 344 | 2006, pp. 27-46.

¹⁸¹ André Burguière. La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil), *loc.cit.*, pp. 25-38

Voltaire, à travers « Dictionnaire philosophique » se questionnait quant à l'infériorité féminine en se demandant même si la femme n'était pas une « *race inférieure* ». La comparaison entre l'homme et la femme a toujours animé les auteurs, Voltaire affirme « *En général elle (la femme) est bien moins forte que l'homme, moins grande, moins capable de longs travaux ; son sang est aqueux, sa chair moins compacte, ses cheveux plus longs, ses membres plus arrondis, les bras moins musculeux, la bouche plus petite, les fesses plus relevées, les hanches plus écartées, le ventre plus large* »¹⁸². Toutes ces caractéristiques témoignent, selon les auteurs, de l'infériorité de la femme, justifiant ainsi sa soumission au profit de son époux.

La femme mariée n'a donc pas été mise sur le même pied d'égalité que l'homme durant la Révolution, de sorte qu'elle sera toujours plus ou moins dépendante de son mari en raison justement du lien conjugal qui les unit. La capacité de la femme peut être analysée au sein du mariage, toutefois ce n'est pas la seule problématique relative à l'incapacité de la femme. En effet, la Révolution française a également traité de l'incapacité en raison de l'aliénation des facultés mentales.

2) Une incapacité en raison de l'aliénation des facultés mentales

L'incapacité peut, comme expliqué précédemment, frapper une personne en raison de son sexe - l'ancien droit avait coutume d'affirmer la supériorité du mari -, mais l'incapacité peut également être due en raison de l'aliénation¹⁸³ des facultés mentales. Le domaine familial peut ainsi être impacté en raison d'une aliénation des facultés mentales, dans ce cas quelle était la position des révolutionnaires ? Il convient de s'attarder quelques instants sur ce point.

D'abord, il faut mentionner le fait que ce n'est pas forcément les personnes constituant la famille qui auront la lourde tâche de représenter l'aliéné. La loi du 24 vendémiaire an II a été édictée en ce sens, dans certains cas les aliénés à la charge de l'État seront enfermés dans des

¹⁸² Voltaire, Dictionnaire philosophique, article Femme.

¹⁸³ Serge Guinchard, Thierry Debar, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 58. Aliénation mentale : « *Altération des facultés mentales telle que l'individu qui en est atteint (l'aliéné) n'a pas pleinement conscience des actes ou des faits dont il est l'auteur.* »

maisons de répression, donc en d'autres termes, en cas d'aliénation des facultés mentales, les aliénés pouvaient être enfermés ce qui va diminuer fortement leur capacité juridique.

À la fin de l'Ancien Régime, les majeurs incapables étaient divisés en deux catégories, d'abord les aliénés en raison d'une absence absolue de la raison, et les aliénés en raison d'un affaiblissement ou altération de la raison. Les majeurs de la première catégorie étaient encadrés par un curateur, tandis que les majeurs de la seconde catégorie étaient assistés par un conseil judiciaire : dans cette situation, le majeur protégé ne pouvait réaliser certains actes sans l'accord de ce conseil. Une autre catégorie pouvait être constatée : les prodigues, cette catégorie pouvait regrouper les majeurs qui réalisaient des dépenses excessives inhabituelles et dans ce cas, les tribunaux avaient pour habitude de nommer un conseil judiciaire.

Sur ces points la Révolution française ne fera aucune grande innovation, elle laissera perdurer la législation d'époque, toutefois elle décidera - et cela sera développé concernant la capacité des enfants au sein de la famille - d'abolir les lettres de cachet, de sorte qu'il y aura beaucoup moins d'internement arbitraire. Le Code civil également se questionnera quant à l'attitude à aborder en présence d'un prodigue, en 1804 il sera prévu que le prodigue continue de jouir de toutes ses facultés, Tronchet dira à cet égard que « *la prodigalité, n'est pas plus nuisible que l'avarice* »¹⁸⁴. Il ne faut pas omettre le fait que l'altération des facultés mentales pourrait largement mettre en danger l'équilibre et la stabilité d'une famille, pour cette raison les tribunaux réclamaient une législation plus sévère à l'encontre des prodigues. Cambacérès permettra de contrôler la situation, le 13 brumaire an XI sera adoptée une proposition visant à « *sanctionner les faits de prodigalité par l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire* »¹⁸⁵.

Est-ce la position adoptée par Napoléon au sein de son Code civil ? Il s'avère que sous l'empire du Code civil, l'interdiction¹⁸⁶ à l'encontre des majeurs protégés de première catégorie - absence absolue de la raison - va subsister, quant au prodigue, la personne qui a tendance à dilapider ses biens de manière excessive, il sera donc lui seul soumis à une surveillance. Ils relèvent du

¹⁸⁴ Fenet, t. X, p. 689, Sur la discussion au Conseil d'Etat in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 162

¹⁸⁵ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 163

¹⁸⁶ Code civil 1804, Article 489 « *le majeur qui est dans un état habituel d'imbecilité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides* ».

conseil judiciaire, ce même conseil judiciaire qui sera abordé par le Code civil en son article 513 : « *il peut être défendu aux prodigues de plaider, transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner, ni de grever leurs biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui leur est nommé par le tribunal* ». Le conseil judiciaire et l'interdiction font l'objet des articles 489 à 515 du Code civil. En ce qui concerne le déroulé de la procédure, une requête sera soumise au président du tribunal de première instance pour faire constater les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, cette requête peut être introduite par les parents, le conjoint ou le ministère public dans certaines hypothèses. Ensuite, le président du tribunal transmettra la requête au ministère public et enjoindra un juge de faire un rapport, qui sera analysé en réunion. Suite à cela, le conseil de famille va se réunir devant un juge, après quelques autres étapes, un tuteur pourra être nommé par le conseil de famille, la famille a un rôle à jouer dans cette procédure, de sorte que la capacité de celui qui fait l'objet d'une aliénation des facultés mentales se voit restreinte au profit des membres de sa famille. Cette mesure peut s'avérer protectrice et dans l'intérêt de la famille, mais peut être également très attentatoire aux libertés.

La Révolution française, malgré ses principes égalitaristes, n'a pu parvenir à l'égalité parfaite au sein du couple marié, en effet la femme reste sous la dépendance de son mari, même si les révolutionnaires n'ont cessé d'entreprendre des mesures allant jusqu'à cette égalité. La volonté égalitariste révolutionnaire ne sera pas ressentie par les rédacteurs du Code civil, qui ont eu attrait à soumettre la femme mariée à son mari.

Section 2 : La rupture incontestable entre Révolution et Codification en matière de capacité juridique de la femme mariée

Jean-Michel Poughon résume efficacement la question de la capacité juridique de la femme mariée durant la codification : « *l'égalité du mari et de la femme dans l'administration de leurs biens, conception révolutionnaire, qui ne sera pas reprise par le Code de 1804* »¹⁸⁷. En d'autres termes, si la pensée révolutionnaire avait tenté d'instaurer une pleine égalité juridique entre le mari et la femme, cette égalité ne sera pas reprise par Napoléon. Cette supériorité maritale, telle que l'ont connu les femmes durant l'Ancien Droit, sera reprise durant la grande codification.

Pour mettre en évidence la supériorité maritale au sein même de la codification, il convient d'analyser les avants-projets (A) avant de comparer avec les articles du Code civil de 1804 (B) pour rendre compte de la réelle rupture avec la Révolution française en matière de capacité juridique de la femme mariée.

A) La continuité éphémère d'une plus grande capacité juridique féminine à travers les projets de Code civil

Pour rappel, les « projets de Code civil » font référence aux projets rédigés par Cambacérés respectivement en 1793, 1794 et 1796. Peuvent être également cités les travaux de Jacqueminot.

La période révolutionnaire entendait accroître la capacité juridique de la femme mariée en lui permettant de donner son accord quant à l'administration des biens communs, cette vision révolutionnaire était très nettement partagée par Cambacérés puisqu'il décide d'abolir purement et simplement l'autorité maritale dans son premier projet de Code civil - 1793 -, il dispose même à ce propos que le « *principe d'égalité doit régler tous les actes de l'organisation sociale* »¹⁸⁸. L'égalité

¹⁸⁷ Jean-Michel Poughon. « Cambacérés. Des approches du Code civil », *loc.cit.*, pp. 161-172

¹⁸⁸ Jennifer Heuer, Anne Verjus, « L'invention de la sphère domestique au sortir de la révolution », *loc.cit.*, pp.1-28.

est, selon Cambacérès, le régulateur dans tous les actes de l'organisation sociale¹⁸⁹. La réforme envisagée par Cambacérès a très vite été écartée, puisqu'elle était trop éloignée de l'état social du temps, la Convention ne fit d'autre choix que de la supprimer, et cela peut paraître regrettable dans la mesure où l'auteur supprimait l'autorité et la puissance maritale.

Cambacérès reviendra avec son deuxième projet de Code civil en estimant que « *Dans le premier projet de code, on avait adopté l'usage de l'administration commune. Et quoique l'égalité doive servir de régulateur dans tous les actes de la vie sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel, et de détruire ainsi les débats qui détruiraient les charmes de la vie domestiques (...). Rien n'empêcherait d'ailleurs que l'administration commune ne fût mise exclusivement entre les mains de la femme ; une pareille convention n'est-elle pas une contravention à la loi naturelle, et ne ferait-elle pas supposer l'imbécilité du mari ?* », il ira plus loin en assimilant le célibat à un vice qu'il faudrait combattre en honorant un mariage. Si le premier projet de Cambacérès avait été plus égalitariste, le second semble être revenu vers une vision plus archaïque, se rapprochant davantage d'une conception d'Ancien Régime.

Cette vision égalitariste au sein du mariage ne sera pas prolongée par la suite puisqu'une égalité ne « *permettrait pas de fonder durablement des rapports de collaboration et de confiance dans le couple* »¹⁹⁰, et c'est pour cette raison que l'autorité maritale sera de nouveau envisagée dans le troisième projet de Code civil de Cambacérès. « *Plus précisément ce texte de 1797 abandonnait certains principes de la législation la plus avancée de la Convention en rétablissant l'incapacité de la femme mariée (...).* »¹⁹¹. Cambacérès a donc renoncé à cette égalité au sein du mariage entre le mari et l'épouse dans son troisième projet, il dispose d'ailleurs au moment de sa présentation au Conseil des Cinq-Cents que « *l'administration commune (des époux) serait perpétuellement entravée et la diversité d'opinion sur des petits détails opérerait bientôt la dissolution du mariage* »¹⁹², l'idée selon lui étant que finalement, la pleine égalité au sein du couple marié pourrait accroître les discordances et conduire à une fin regrettable du mariage.

¹⁸⁹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 172

¹⁹⁰ Françoise Fortunet, *La Révolution, la déférence et l'égalité*, *loc.cit.*, pp. 105-113.

¹⁹¹ Jean Hilaire, *Cambacérès et le Code civil*, Académie des sciences et lettres de Montpellier, Séance du 12/03/2007, Bulletin n°38, pp. 61-68 (édition 2008)

¹⁹² Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p.172

Cambacérés n'étant pas le seul à avoir imaginé un Code civil, il convient d'aborder rapidement la vision de la capacité de la femme mariée à travers les travaux de Jacqueminot. Dans son projet de Code civil, Jacqueminot prévoit dans son article 56 que « *le mari a le droit d'obliger sa femme à le suivre partout où il juge à propos de demeurer ou de résider.* », l'article 57 de ce projet va dans le même sens puisqu'il dispose que « *la femme ne peut ester en jugement sans l'assistance de son mari, quand bien même elle serait marchande publique non commune ou séparée de biens. L'assistance du mari n'est pas nécessaire, lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police correctionnelle* ». La femme, selon Jacqueminot est soumise à son mari, l'article 58 en témoigne puisque le consentement de son mari est exigé dès qu'une femme mariée veut donner, aliéner ou accepter une succession ou donation¹⁹³. Par contre, Jacqueminot estime que la femme peut faire un testament sans l'accord de son mari, ce qui peut accroître sa capacité juridique¹⁹⁴.

La législation révolutionnaire a fait en sorte de remettre en cause la structure familiale traditionnelle, et c'est ce que continuera par la suite le Code civil. Toutefois, Philippe Daumas estimera qu'un rétablissement complet de l'ordre ancien durant la période de codification n'était pas envisagé par Napoléon¹⁹⁵. Durant les périodes qui ont suivi la Révolution française c'est à dire sous le Consulat, l'Empire ou encore la Restauration, la pensée révolutionnaire ne sera jamais complètement abolie, même si l'autorité maritale par exemple a totalement été remaniée, laissant penser à un retour à l'ordre d'Ancien Régime.

¹⁹³ Projet de Jacqueminot, 21 décembre 1799, Titre Ier Article 58 « La femme même non commune ou séparée de biens ne peut donner, aliéner, accepter une succession ou une donation sans le consentement par écrit, ou le concours de son mari dans l'acte ». in Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T1, 1836, p. 341

¹⁹⁴ Projet de Jacqueminot, 21 décembre 1799, Titre Ier Article 66 « La femme peut tester sans le consentement, ni le concours du mari ». in Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T1, 1836, p. 342

¹⁹⁵ Philippe Daumas, « Familles en révolution (1775-1825). Recherches sur les comportements familiaux des populations rurales d'Île-de-France, de l'Ancien Régime à la Restauration », *Annales historiques de la Révolution française*, 329 | 2002, pp. 161-168.

B) Un mari omniprésent dans l'esprit des rédacteurs du Code civil

Napoléon a dit que sa « *vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires ; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est (son) Code civil* »¹⁹⁶. Force est de constater qu'encore aujourd'hui le Code civil de Napoléon, et ce même en dépit des nombreuses réformes effectuées, est une mine d'or en termes de codification. Napoléon avait à coeur de considérer la famille au sein du code civil, ce faisant selon une hiérarchisation dans laquelle il place au sommet le père qui a une certaine autorité aussi bien sur ses enfants que sur son épouse. D'ailleurs, Napoléon avait dit « *il faut que la femme sache, qu'en sortant de la tutelle de sa famille, elle passe sous celle de son mari* »¹⁹⁷.

Napoléon a très clairement été inspiré des travaux préparatoires afin de construire son oeuvre, et notamment de l'avant-projet réalisé par la commission gouvernementale composée de Portalis, Tronchet, Maleville et Bigot de Prémeneu, comme expliqué précédemment. Portalis a énormément justifié dans son discours préliminaire le retour de la supériorité maritale, qui a très nettement été reprise par Napoléon, malgré une tendance révolutionnaire égalitariste. À titre d'exemple, l'article 213 du Code civil énonce que « *le mari doit protection à sa femme ; la femme, obéissance à son mari* ». Le discours préliminaire expliquera à ce propos que « *Nul n'ignore non plus que la femme mariée est, par essence, un être dont la fragilité rend nécessaire une protection constante* ».

D'autres dispositions tendent à rendre la femme mariée complètement dépendante de son mari, l'article 214 du Code civil dispose en effet que « *la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* »¹⁹⁸. Cet article témoigne de la volonté napoléonienne de faire de la femme mariée une « perpétuelle

¹⁹⁶ Napoléon Bonaparte, Mémorial de Sainte-Hélène

¹⁹⁷ Anne Lefebvre-Teillard, La Famille, Piller du Code civil, *Histoire de la justice*, vol. 19, n° 1, 2009, p. 312

¹⁹⁸ Régine Beauthier, « Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon », Devillé, Anne, et Olivier Paye. *Les femmes et le droit : Constructions idéologiques et pratiques sociales*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1999, pp. 75-98.

mineur » au même titre que les enfants qui doivent obéissance à leur père¹⁹⁹. À cet égard, Portalis dispose qu' « *On a longtemps discuté sur l'égalité et la préférence des sexes. Rien de plus vain que ces disputes* ». Il avançait également que « *les lois civiles doivent interposer leur autorité entre les époux, (...) ; elles doivent régler le gouvernement de la famille. Nous avons cherché dans les indications de la nature le plan de ce gouvernement. L'autorité maritale est fondée sur la nécessité de donner dans une société de deux individus, la voix pondérative à l'un des associés, et sur la prééminence du sexe auquel cet avantage est attribué* ».

Le retour en force de la puissance maritale fait écho à la pensée qu'avait développé Pothier dans son « *Traité du contrat de mariage* » dans lequel il estime que la femme doit « *aimer son mari, lui être soumise, lui obéir dans toutes les choses qui ne sont pas contraires à la loi de Dieu* ». L'obéissance de la femme mariée peut apparaître comme un « *hommage rendu au pouvoir qui la protège et une suite nécessaire de la société conjugale qui ne pourrait subsister si l'un des époux n'était subordonné à l'autre* »²⁰⁰.

Le fait de rendre le mari supérieur face à son épouse est perçu comme étant « *à la base de la réglementation des rapports entre époux* »²⁰¹, la femme doit être incapable, et tel est l'esprit des rédacteurs du Code civil, de faire aucun acte juridique sans autorisation de son mari, ou autorisation de la justice²⁰². La pensée de l'époque vis-à-vis des femmes a beaucoup joué sur le retour en force de l'autorité maritale, en effet la femme étant considérée comme le « *sexe faible qui gouverne l'autre en lui obéissant* »²⁰³, ou encore comme une personne qui « *a besoin de protection parce qu'elle est plus faible* »²⁰⁴, c'est naturellement que l'homme est mis en position de protecteur et donc de chef de famille. Les pères de famille sont considérés comme des membres honorables, pour cela il faut leur admettre la toute puissance, « *ce sont des moyens que le père de famille peut seul*

¹⁹⁹ Françoise Dekeuwer-Défossez, « *Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...)* », *Pouvoirs*, vol. 107, no. 4, 2003, pp. 37-53.

²⁰⁰ Exposé des motifs au Corps législatif lors de la séance du 16 ventôse an XI (7 mars 1803, Loché, t. 4, p. 521-522)

²⁰¹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 172

²⁰² François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, *Droit civil La Famille*, *op.cit.*, p. 4

²⁰³ Martine Lapiéd, « *Anne Verjus, Le bon mari. Une histoire politique des hommes et des femmes à l'époque révolutionnaire* », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], 34 | 2011, mis en ligne le 15 décembre 2011, consulté le 21 mai 2021

²⁰⁴ Exposé des motifs au Corps législatif lors de la séance du 16 ventôse an XI (7 mars 1803, Loché, t. 4, p. 521-522)

*avoir: Sa volonté sera donc mieux adaptée aux besoins et aux avantages particuliers de sa famille »*²⁰⁵.

En définitive, les rédacteurs du Code civil avaient la ferme intention de rétablir la puissance maritale, la supériorité du mari sur son épouse, car ce dernier est plus apte à être le dirigeant. Toutefois, cette puissance maritale n'a qu'un but protecteur, il ne s'agit pas d'une autorité à proprement parlé, il s'agit plus d'une protection puisque la femme est synonyme de timidité et de pudeur alors que l'homme n'est que force et audace²⁰⁶. À ce propos, Portalis ne remet pas en cause l'égalité homme et femme - il dispose qu'ils sont égaux « *dans certaines choses mais ne sont pas comparables dans d'autres* » - mais estime que la place de la femme est uniquement à « *l'intérieur des murs clos du ménage* »²⁰⁷.

La vision des rédacteurs du Code civil apparaît comme idéalisante de l'autorité maritale, ils estiment que cette autorité sera bienveillante, que le mari agira uniquement en faveur du bonheur familial, pourtant ce n'est pas toujours le cas, et l'avènement du divorce en témoignera.

²⁰⁵ Jean-François Niort, Chapitre II. Homo civilis : le Code civil ou les modalités juridiques du projet politique des rédacteurs In : Homo Civilis. Tome I et II : Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965) [en ligne consulté le 22 mai 2021]. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004

Citation de Bigot-Préameneu, un des rédacteurs de l'avant projet du Code civil.

²⁰⁶ Régine Beauthier, « Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon », *loc.cit.*, pp. 75-98.

²⁰⁷ Exposé des motifs au Corps législatif lors de la séance du 16 ventôse an XI (7 mars 1803, Loqué, t. 4, p. 521-522)

Titre 2 : La dissolution possible du lien matrimonial : une avancée révolutionnaire indiscutable

Talleyrand disait « *le mariage est une si belle chose qu'il faut y penser pendant toute sa vie* »²⁰⁸. Si le mariage a été pendant très longtemps conçu comme étant perpétuel, la Révolution française est venue remanier ce principe, en effet la faculté de divorcer a été introduite pendant la Révolution française (Chapitre 1) avant d'être consacrée temporairement par le Code civil de 1804 (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'introduction du divorce sous la Révolution française

La faculté de divorcer a été en grande partie réclamée par les femmes à travers de nombreuses pétitions, ces femmes remettaient en cause le mariage perpétuel et plus particulièrement la domination masculine²⁰⁹. Effectivement, le fait d'être éternellement enfermée au sein de l'institution du mariage, comme le prévoyait la législation d'époque, pouvait être perçu comme emprisonnant la femme dans une situation délicate : Diderot estimait que cela revenait à « *la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme* »²¹⁰. Par ailleurs, Dominique Dessertine estime que ce sont les femmes qui vont tirer le plus profit de la liberté accordée lors de la période révolutionnaire²¹¹. L'instauration du divorce a contribué, selon Philippe Corno, à la « *fragilisation, voire la destruction, de la communauté familiale d'Ancien Régime* »²¹².

²⁰⁸ Charles-Maurice De Talleyrand-Perigord, Mémoires du prince de Talleyrand II, 1809-1815, paru le 1er juin 2012

²⁰⁹ Suzanne Desan, « Pétitions de femmes en faveur d'une réforme révolutionnaire de la famille », *loc.cit.*, pp. 27-46.

²¹⁰ Ernest-Désiré Glasson, Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Etude de législation comparée, précédée d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne, A. Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 2ème éd., 1880, in Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, pp. 74-110.

²¹¹ Dominique Dessertine. « Le divorce et l'amour pendant la révolution », Évelyne Morin-Rotureau éd., *Combats de femmes 1789-1799. La Révolution exclut les citoyennes*. Autrement, 2003, pp. 203-221.

²¹² Philippe Corno, « La loi révolutionnaire du divorce et ses représentations théâtrales : du droit à la morale, une pensée de l'appartenance familiale », *Dix-huitième siècle*, vol. 41, no. 1, 2009, pp. 60-77.

Le divorce peut aujourd'hui être défini comme la « *rupture du lien conjugal provoquant la dissolution du mariage, du vivant des deux époux* »²¹³. Seulement pendant la période révolutionnaire, le divorce ne désignait pas « *une rupture radicale des liens matrimoniaux mais leur simple relâchement au terme d'une procédure judiciaire : la séparation de corps* »²¹⁴, ce divorce sera introduit en France par un décret du 20 septembre 1792. Le divorce sera assez accessible et s'organisera en partie devant le tribunal de famille (Section 1). Une fois devant le tribunal de famille, la procédure est assez simple (Section 2).

Section 1 : L'introduction des tribunaux familiaux

« C'est pour « *faire de la famille une association régie comme le corps politique par la liberté et l'égalité, indépendante, d'ailleurs, de l'État, et en cela une association unique et privilégiée parce qu'elle est la seule naturelle* »²¹⁵ » que sont créés ces tribunaux de famille. »²¹⁶.

Les tribunaux de famille ont été introduits par la loi des 16 et 24 août 1790 (A), toutefois dès le XV^{ème} siècle, certains textes annonçaient déjà les prémices d'une juridiction spécialisée en droit de la famille. « *En effet, il s'agissait de juges non juristes issus de la famille en conflit, d'amis ou de voisins* »²¹⁷. L'introduction de ces tribunaux est précédée d'une philosophie d'arbitrage et de conciliation, cependant elle est apparue insuffisante pour régler les conflits familiaux. Il convient donc de s'intéresser ensuite au champ d'application et fondement de ces tribunaux de famille (B).

²¹³ Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 380

²¹⁴ Francis Ronsin « Le divorce révolutionnaire », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989, pp. 307-324.

²¹⁵ Philippe Sagnac, La législation civile de la Révolution française (1789-1804), essai d'histoire sociale, Paris, 1898, p. 305

²¹⁶ Jennifer Heuer, Anne Verjus, « L'invention de la sphère domestique au sortir de la révolution », *loc.cit.*, pp.1-28

²¹⁷ Lionel Bathiard, « L'introduction du divorce à Lyon 1792 - an IV », Mémoire de Master 2 Mention Droit privé et Sciences Criminelles, Spécialité Histoire du droit et des Institutions, sous la direction de Monsieur David Deroussin, professeur à L'université Jean Moulin Lyon III, 2014/2015

A)La création des tribunaux de famille par la loi des 16 et 24 août 1790

« *Le tribunal de famille est une comète institutionnelle apparue dans le ciel révolutionnaire à la fin de l'été 1790* »²¹⁸, ces tribunaux de famille ont été consacrés pour régler les soucis qui pouvaient intervenir au sein des familles (1), toutefois cette idée d'arbitrage familial n'est pas nouvelle à l'aube de 1790 (2).

1)La consécration des tribunaux de famille

La justice durant l'Ancien Régime a fait l'objet de nombreuses critiques, de sorte qu'il était nécessaire, à l'aube de la Révolution, de la réformer. Les révolutionnaires ont donc, pour contrer les critiques établies dans les cahiers de doléances, établi un nouvel ordre judiciaire en adoptant la loi des 16 et 24 août 1790. Le mauvais fonctionnement juridictionnel avait permis aux révolutionnaires de totalement réformer la justice en consacrant une place importante à l'arbitrage. L'arbitrage va être favorisé dans tous les domaines de justice, et plus particulièrement en droit de la famille, de sorte que les affaires de famille vont être réglées au sein même de ces tribunaux de famille.

Les tribunaux de famille sont considérés comme une « *innovation révolutionnaire* »²¹⁹ et révélateur d'une « *conception fusionnelle entre la famille et de l'ordre politique* »²²⁰. Les révolutionnaires vont développer une toute autre conception de la famille - ce qui une nouvelle fois caractérise la rupture brutale avec l'ancien droit en matière de droit de la famille -, et c'est pour cette raison qu'ils confient la gestion des conflits familiaux à la famille elle-même. Les tribunaux de famille ont été institués dans le but d'« *améliorer les mœurs, en resserrant les liens de la famille ; établir une censure et une surveillance intérieure, qui contenant chaque membre dans les bornes de*

²¹⁸ Jérôme Ferrand, La famille assemblée en tribunal, instance de pacification conviviale ou authentique juridiction arbitrale ? CHJ@édition électronique, 2011

²¹⁹ Jacques Commaille, « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française », dans La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil, Actes du séminaire organisé par le Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Paris, 1989, p. 274 - 285

²²⁰ *Ibid.*, p. 282

la morale, épargnent aux lois la douleur de punir, préparer tous les citoyens indistinctement aux magistratures publiques, par l'exercice des magistratures privées »²²¹.

Afin d'encadrer cette nouvelle institution, la loi des 16 et 24 août 1790 émet six articles réunis dans le Titre X intitulé « Des bureaux de paix et du tribunal de famille ». L'article 12 énonce que « *S'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et soeurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessous, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parens, ou, à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différend, et qui, après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée* », c'est en cela que consiste l'arbitrage familial mis en place en 1790. Augustin-Charles Guichard valorise cette institution, il estime qu'en permettant à la famille de régler elle-même leurs conflits, la famille s'intéressera aux lois²²².

Si ces tribunaux familiaux sont assez bien perçus par certains auteurs, d'autres remettent en cause son innovation. En effet, comme énoncé précédemment, sous le XV^{ème} siècle déjà, existait une juridiction spécialisée en droit de la famille.

²²¹ Augustin-Charles Guichard, *Traité du Tribunal de Famille, contenant une Instruction détaillée sur la compétence et les fonctions de ce Tribunal, considéré sous ses divers rapports ; suivie d'un Formulaire de tous les actes et procédés d'instruction qui peuvent avoir lieu en ce Tribunal, dans toutes les affaires susceptibles d'y être décidées ; terminée par plusieurs décisions des comités de constitutions et conseil de Justice, confirmatives de ladite Instruction*, Imprimerie de P. Fr. Didot le Jeune, Paris, 1791, p. 12-13

²²² *Ibid.*

« *Mais rendez justice à l'espèce humaine, et détruisez cette inégalité contre nature ; que personne ne soit étranger à la chose publique, et que chacun, dans son poste, s'aperçoive qu'il contribue à la manœuvre du vaisseau ; que le dernier des citoyens soit compté pour quelque chose ; que tous enfin, soit par la possibilité de parvenir aux places publiques, soit par la nécessité d'exercer les magistratures privées, sentent le besoin et l'utilité de s'instruire et d'étudier, et bientôt vous aurez des citoyens éclairés, respectant les lois parce qu'ils les protègent, et disputant sans cesse entre eux de zèle d'apprendre et d'amour de la patrie. Et ces vertus publiques seront encore dues à l'institution du tribunal de famille qui, appelant incessamment les citoyens de toutes les classes au droit de juger, leur donnera pour leur dignité personnelle un respect qui rejaillira jusque sur la constitution à laquelle ils doivent, et leur fera sentir perpétuellement le besoin d'étudier les lois, qu'ils chériront d'autant plus qu'ils les connaîtront mieux »*

2) L'absence d'innovation de l'arbitrage familial

Les tribunaux de famille font partie intégrante de la procédure d'arbitrage. La loi des 16 et 24 août 1790 définit l'arbitrage au sein de son Titre premier à l'article premier comme étant « *le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis* »²²³. L'arbitrage est un mode extrajudiciaire de règlement des litiges. L'arbitrage familial était pensé de manière positive, les auteurs estiment à cet égard qu'il produit « *les plus heureux effets au sein des sociétés primitives et faiblement institutionnalisées* »²²⁴, cependant certains auteurs pensent que l'arbitrage est « *contraire à la réalité des pratiques qui avaient cours devant les tribunaux de famille* »²²⁵.

L'idée d'un arbitrage familial n'est cependant pas née de la Révolution française, effectivement deux édits de Fontainebleau pris par François II en août 1560²²⁶ avaient déjà mis en place un arbitrage entre parents, avec l'idée d'« *entretenir paix et amitié entre proches parents* »²²⁷. Même si ces édits n'ont pas fait l'objet d'un enregistrement de la part des Parlements, force est de constater que l'arbitrage familial par les tribunaux de famille organisé en 1790 n'est pas novateur²²⁸.

Si le manque d'innovation peut être regrettable s'agissant de l'arbitrage familial durant la période révolutionnaire, l'État va mettre en place une nouveauté puisqu'il va contraindre les parties

²²³ Loi des 16-24 août 1790, Titre Ier, Article Ier, in Jean-Baptiste Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État... : de 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique, continuée depuis 1830.... T. 1, Paris, 1837, p. 310

²²⁴ François de Menthon, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse de doctorat de droit, Paris, 1926, dactylographiée

²²⁵ Jérôme Ferrand, « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *Histoire de la justice*, vol. 24, no. 1, 2014, pp. 153-166.

²²⁶ Édit de Fontainebleau, août 1560, Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises, t. XIV, p. 51

²²⁷ Carine Jallamion, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, pp. 69-85

²²⁸ *Ibid.*

à recourir à cet arbitrage. Il ne sera plus question d'arbitrage volontaire, en effet il sera rendu obligatoire, et la Convention va même généraliser en 1793 cet arbitrage forcé²²⁹.

Si la consécration des tribunaux de famille permet de « rétablir la nécessaire concorde entre les proches »²³⁰, il convient maintenant d'en analyser leurs compétences, leur fonctionnement mais également les raisons pour lesquelles ils seront supprimés en 1796. Leur suppression n'est pas surprenante dans la mesure où des auteurs estiment que les tribunaux de famille ne témoignaient en aucun cas d'une volonté législative de concilier les parties²³¹.

B)Le champ d'application et le fondement des tribunaux de famille

« Ces tribunaux de famille, chargés spécialement d'étouffer entre les époux tout sujet de discorde et de les détourner du divorce, ont-ils justifié la confiance du législateur, ou, au contraire, contribué par des négligences, de la partialité ou l'inobservation des lois, à rendre abusif l'usage de cette institution ? »²³², Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz s'interrogent quant au rôle précis des tribunaux de famille, il convient donc de préciser les contours d'une telle institution (1). Ces tribunaux de famille ont toutefois été objets de nombreuses critiques et ont fini par disparaître (2).

²²⁹ Carine Jallamion, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Annales historiques de la Révolution française*, 350 | 2007, 69-85 et Jérôme Ferrand, « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *Histoire de la justice*, vol. 24, no. 1, 2014, pp. 153-166 « Les lois de l'an II qui avaient tenté de généraliser l'arbitrage forcé »

²³⁰ Véronique Demars-Sion. Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires. *Revue historique de droit français et étranger*, Sirey, Dalloz, 2005, 83 (3), pp.385-420

²³¹ Jérôme Ferrand, « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²³² Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 74

1) Une institution pacificatrice révolutionnaire

Les tribunaux de famille sont organisés selon la loi des 16 et 24 août 1790, et permettent une justice rendue par les pairs²³³, une justice rendue par les membres de la famille eux-mêmes. La loi exprime les modalités de désignation des arbitres au sein de l'article 13, les arbitres seront nommés par les parties, en cas de refus le juge pourra nommer des arbitres d'office²³⁴. La désignation d'un surarbitre est prévue en cas de partage d'opinion²³⁵. Les tribunaux de famille, selon Philippe Sagnac, avaient au moins le mérite d'écarter les hommes de loi, ce qui n'était pas systématiquement une mauvaise chose : « *Au lieu des tribunaux publics et de cette armée avide d'hommes de loi, procureurs, avocats, qu'ils traînent après eux, un tribunal domestique composé de quatre des plus proches parents, amis ou voisins, choisis par les parties pour arbitrer, jugera les différends qui naîtront entre les membres de la famille : les époux, les enfants, les proches* »²³⁶.

Des auteurs comme Pigeau estiment que l'arbitrage familial peut être une bonne chose²³⁷, seulement le bien fondé de cet arbitrage doit être subordonné à une volonté de la part de la famille, de sorte qu'en devenant obligatoire, il perdrait toute utilité.

Cette justice rendue par les pairs est mise en place dans le but de régler les conflits qui pourraient survenir au sein de la famille, la désignation des arbitres de famille par la volonté réciproque des parties rend compte de cette idée de régler à l'amiable les conflits. Un appel est

²³³ Loi des 16 et 24 août 1790, Article 12 : « *S'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessus, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parents, ou, à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différend, et qui, après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée* »

²³⁴ Loi des 16 et 24 août 1790, Article 13 : « *Chacune des parties nommera deux arbitres; et si l'une s'y refuse, l'autre pourra s'adresser au juge, qui, après avoir constaté le refus, nommera des arbitres d'office pour la partie refusante. Lorsque les quatre arbitres se trouveront divisés d'opinions, ils choisiront un sur-arbitre pour lever le partage* ».

²³⁵ Jérôme Ferrand, « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²³⁶ Dominique Dessertine. *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire* [en ligne consulté le 15 mai 2021]. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981

²³⁷ Véronique Demars-Sion. Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires. *loc.cit.*, pp.385-420

même prévu à l'issue de la décision arbitrale²³⁸. Les tribunaux de famille ont d'abord été institués pour régler les conflits relatifs à la conduite d'un enfant, mais leur compétence n'a cessé d'accroître puisqu'en 1792 - date du décret des 20 et 25 septembre 1792 -, les tribunaux de famille se sont vus confiés une partie de la procédure de divorce fraîchement admis. Effectivement, à la suite de l'admission du divorce, les époux voulant divorcer pour une cause déterminée par la loi devront se réunir devant le tribunal de famille, devant ces arbitres de famille préalablement désignés, pour que ces derniers constatent l'existence avérée d'un motif prévu par le législateur. Le divorce pour cause déterminée - expliqué plus en détails ultérieurement - recoupe sept motifs²³⁹. Une fois que les époux ont fait constater l'existence d'un de ces sept motifs devant les arbitres de famille, c'est à l'officier d'état que revient la tâche de prononcer le divorce²⁴⁰.

Les révolutionnaires ont fait en sorte, en instituant les tribunaux de famille et donc les arbitres de famille, de désengorger les tribunaux, d'accélérer la justice, puisque les cahiers de doléances faisaient état de la lenteur de la justice. Toutefois, en dépit de cet avantage que conféraient ces tribunaux arbitraux, l'institution sera fortement décriée et finira par disparaître²⁴¹.

2) La fin d'une institution discutée

« *L'institution des tribunaux de famille est donc entourée d'obscurité* »²⁴², d'ailleurs, au moment de l'adoption du Code civil, les auteurs composant la commission gouvernementale ont très nettement affirmé leur position : la famille n'a rien à faire dans le règlement des conflits

²³⁸ Loi des 16 et 24 août 1790, Article 14 : « La partie qui se croira lésée par la décision arbitrale, pourra se pourvoir par appel devant le tribunal du district, qui prononcera en dernier ressort. »

²³⁹ Loi du 20 septembre 1792 instituant le Divorce, in Jean-Baptiste Duvergier, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'Etat /Paris, 1824, p. 557

²⁴⁰ Carine Jallamion, « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *loc.cit.*, pp. 69-85

²⁴¹ Les tribunaux de famille seront supprimés sous le Directoire par une loi du 9 ventôse an IV (28 février 1796), l'intégralité de leurs compétences sera confiée aux juridictions civiles.

²⁴² Véronique Demars-Sion. Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires. *loc.cit.*, pp.385-420

familiaux, ils jugent une telle intervention « *contre la nature des choses* »²⁴³ et « *illusoire* »²⁴⁴. Cambacérès ira même jusqu'à dire que les « *juges civils sont les juges impartiaux et naturels de tous les différends* »²⁴⁵, par conséquent la famille ne devrait pas avoir besoin de régler les conflits eux-mêmes. Des appréhensions avaient déjà été soulevées au moment de l'adoption de la loi des 16 et 24 août 1790, Robespierre craignait pour la bonne qualité des jugements rendus, notamment en raison de la faible expérience des arbitres familiaux²⁴⁶.

Bon nombre d'auteurs rejettent l'utilité des tribunaux de famille, Jean Forcioli les aborde comme une « *anomalie (...), produit de l'illusion d'un législateur révolutionnaire ayant cru voir en lui la panacée à toutes les discordes familiales* »²⁴⁷, les révolutionnaires sont également perçus comme « *à contre-courant* »²⁴⁸ avec cette idée d'arbitrage familial par les pairs. Lucien Darnis parle aussi de « *contresens historique* »²⁴⁹ pour qualifier ces tribunaux. Ce qu'il serait absurde de nier, c'est que grâce à ces tribunaux la justice était rendue plus rapidement, à moindre coût et sans connaissances juridiques, donc plus accessible²⁵⁰.

²⁴³ Bigot-Préameneu, séance du conseil d'État du 16 vendémiaire an X, Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, t. 9, p. 286-287 in Jérôme Ferrand. « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²⁴⁴ Tronchet, séance du conseil d'État du 16 vendémiaire an X, P.-A. Fenet, *op. cit.*, p. 284 in Jérôme Ferrand. « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²⁴⁵ Cambacérès, séance du conseil d'État du 8 vendémiaire an XI, P.-A. Fenet, *op. cit.*, t. 10, p. 495-496 in Jérôme Ferrand. « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²⁴⁶ Archives Parlementaires de 1789 à 1860 (Madival et Laurent), Recueil Complet des Débats Législatifs et Politiques des Chambres Françaises, 1ère série 1789-1799, Paris 1867-1896, 47 vol, t 17, 621, in Jérôme Ferrand, *Entre ville et montagne : l'arbitrage familial dans le district de Grenoble pendant les premières années de la Révolution (1790-1792)*.

²⁴⁷ Jean Forcioli, *Les tribunaux de famille d'après les archives du district de Caen*, thèse de doctorat de droit, Caen, A. Oliver, 1932, p. 101-102.

²⁴⁸ Jérôme Ferrand. « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²⁴⁹ Lucien Darnis, *Les tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, thèse de doctorat de droit, Paris, 1903, dactylographiée, p. 134

²⁵⁰ Jérôme Ferrand. « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166

En définitive, beaucoup de contestations ont été émises par rapport à ces tribunaux familiaux qui seront supprimés à la suite d'un décret du 29 février 1796²⁵¹. Cette institution « *déplorable et éphémère* »²⁵² ne sera pas regrettée par des auteurs, et les compétences seront directement attribuées aux autorités civiles.

Les tribunaux de famille ne sont peut-être pas restés actifs durant un long moment, mais ils ont au moins le mérite d'avoir permis l'introduction du divorce. En effet, en 1790 quand l'Assemblée législative travaillait sur la réorganisation judiciaire et plus particulièrement la réforme des tribunaux de famille, l'idée a été d'accroître leurs compétences. C'est chose faite par l'Assemblée puisqu'elle décide de donner compétence aux tribunaux de famille les jugements concernant la séparation de biens et de corps. Durant les débats, le député Gossin remet le sujet du divorce à l'ordre du jour en précisant que la séparation de corps n'était pas la solution adéquate, il estime que « *c'est un attentat à la liberté de l'homme que de lui dire : je te défends de vivre avec la femme que tu as épousée et je te défends d'en épouser une autre* ». Ces arguments semblent avoir été efficaces puisque plus tard l'Assemblée sera sollicitée par des citoyens de rendre possible le divorce.²⁵³ Ce n'est qu'une année plus tard que le divorce sera adopté, mais l'intervention de Gossin a sans doute conforté la tendance divorciaire.

²⁵¹ décret du 9 ventôse an IV

²⁵² Raymond Bordeaux, Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice, Évreux, 1857, p. 85

²⁵³ Dominique Dessertine, "Chapitre VI. Le processus législatif". *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire*. By Dessertine. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981. (pp. 57-65) Web

Section 2 : La mise en place du divorce sous la Révolution française

Le divorce est en grande partie une inspiration de la philosophie des Lumières (A), mais il est surtout le résultat d'une nouvelle conception du mariage (B), un mariage qui n'est plus vu comme étant perpétuel.

A) La rupture du mariage à l'initiative de la philosophie des Lumières

« *Tantôt sur le mode du rejet d'une philosophie des Lumières jugée responsable de tous les maux de la Révolution* »²⁵⁴, si la philosophie des Lumières n'a cessé d'inspirer de nombreux domaines du droit, la famille n'y a pas échappé. En effet, les Lumières sont venues repenser l'institution familiale, ceci n'étant pas très surprenant dans la mesure où une lutte contre l'intolérance et le despotisme était opérée²⁵⁵. Les philosophes des Lumières se sont rapidement prononcés en faveur du divorce, et cela au nom de la liberté, d'ailleurs la loi du 20 septembre 1792 légalisant le divorce débute en ces termes : « *L'Assemblée nationale, considérant combien il importe de faire jouir les français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte (...)* ». La liberté individuelle étant une conception défendue par la philosophie des Lumières, force est de constater leur influence dans cette adoption du divorce.

S'agissant de la philosophie des Lumières, certains noms sont assez évocateurs, par exemple Voltaire qui définissait le mariage comme « *un contrat du droit des gens, dont les catholiques romains ont fait un sacrement. Mais le sacrement et le contrat sont deux choses bien différentes: à l'un sont attachés les effets civils, à l'autre les grâces de l'Église. Ainsi lorsque le contrat se trouve conforme au droit des gens, il doit produire tous les effets civils. Le défaut de sacrement ne doit*

²⁵⁴ Jérôme Ferrand, « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *loc.cit.*, pp. 153-166.

²⁵⁵ Dominique Dessertine. *Chapitre III. La bataille philosophique in : Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire* [en ligne consulté le 21 mai 2021]. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981

*opérer que la privation des grâces spirituelles »*²⁵⁶, condamnait le mariage indissoluble, Voltaire était en effet favorable au divorce. Il ne sera pas le seul à défendre le divorce, Montesquieu précisera dans la lettre CXVI d'Ubsek à Rhédi : « *Le divorce était permis dans la religion païenne et il fut défendu aux chrétiens... On ôta non seulement toute la douceur du mariage, mais aussi l'on donna atteinte à sa fin ; en voulant resserrer ses nœuds, on les relâcha ; et, au lieu d'unir les cœurs comme on le prétendait, on les sépara pour jamais. Dans une action aussi libre et où le cœur doit avoir tant de part, on suit la peine, la nécessité et la fatalité du destin. On compte pour rien les dégoûts, les caprices et l'insociabilité des humeurs ; on voulut fixer le cœur, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus variable et de plus inconstant dans la nature...* », Montesquieu parlait de divorce au « *nom du mariage des cœurs* »²⁵⁷. Montaigne plus simplement précise que le divorce n'est pas signe de la décadence des mœurs²⁵⁸.

D'autres auteurs comme Holbach admettent le divorce dans le but de ne pas salir le mariage : « *lorsque l'antipathie entre les conjoints prive le mariage de sa raison d'être* »²⁵⁹, Toussaint caractérise le divorce de « *remède contre certaines situations malheureuses* »²⁶⁰. Enfin, même si Rousseau tolère la possible dissolution du mariage par un divorce, il estime que le divorce pourrait affaiblir la famille composée d'enfants²⁶¹. Toute une idée autour du divorce s'est progressivement construite de 1768 à 1789. Jean Bart, lors d'un Colloque sur le bonheur commun²⁶² estimera même que « *La prise en compte de la notion de bonheur par les législateurs révolutionnaires toucha même le droit de la famille, et elle participa à l'introduction du divorce, puisque l'indissolubilité du mariage pouvait entraver le bonheur des individus et des familles* »²⁶³.

²⁵⁶ Dictionnaire philosophique, 1764, Définition du mariage, Section II, in Lionel Bathiard, « L'introduction du divorce à Lyon 1792 - an IV », *op.cit.*

²⁵⁷ Dominique Dessertine. *Chapitre III. La bataille philosophique* In : *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire* [en ligne consulté le 21 mai 2021]. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Germain Sicard, "La Révolution Française et le divorce". *Mélanges Germain Sicard*. By Sicard. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2000, pp. 427-439

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Rousseau, *Confessions*, « *les enfants fourniront toujours une raison invincible contre le divorce* », in Germain Sicard, "La Révolution Française et le divorce". *loc.cit.*, pp. 427-439

²⁶² Jean Bart, « Le but de la société est le bonheur commun », in Les déclarations de l'an I, Colloque de Poitiers, 2 et 3 décembre 1993, Paris, PUF, 1995, p. 142

²⁶³ Amandine Duillet. Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle), *op.cit.*, p. 13

En d'autres termes, l'idée du divorce a été beaucoup discutée par les philosophes des Lumières, le divorce sera objet d'études avant même d'être consacré. À titre d'exemple, Désenne avait publié un ouvrage anonymement intitulé « Du divorce » en 1789²⁶⁴.

L'instauration du divorce sous la Révolution française n'aurait été possible si les principes encadrant le mariage n'avaient pas été repensés, en effet d'un mariage perpétuel et indissoluble, la pensée révolutionnaire a permis le mariage qui peut être rompu autrement que par la mort d'un des époux.

B)La mouvance révolutionnaire des contours du mariage permettant la rupture du lien conjugal

La Constitution du 3 septembre 1791 a institué le mariage civil, mais ce n'est pas la seule innovation apportée en matière de mariage, puisque depuis le décret du 20 septembre 1792 le mariage peut être dissout librement par les époux. Les révolutionnaires ont très vite affiché leur position à l'encontre de l'indissolubilité du mariage, et ce, avant même la convocation des Etats Généraux²⁶⁵. À ce propos, Albert-Joseph-Ulpien Hennet a affirmé : « *Le mariage est une des plus belles institutions qui existent sur la terre : il épure et protège les plaisirs des époux ; il assure l'existence et l'éducation des enfants ; il attache les parents à leurs familles et les citoyens à leur patrie ; il féconde l'état par la population ; il donne des moeurs à la société ; et l'humanité lui doit ses doux sentiments. Mais tous ces avantages, dont je pourrais étendre et développer l'énumération, ils ne se trouvent que dans les mariages heureux ; une union malheureuse produit précisément les effets contraires : fléau des époux, des enfants et des familles, elle éteint le patriotisme, nuit à la population, trouble la société et outrage l'humanité* »²⁶⁶. Incontestablement, selon Hennet, il vaudrait bien un divorce heureux que la continuité d'un mariage malheureux.

²⁶⁴ Lionel Bathiard, « L'introduction du divorce à Lyon 1792 - an IV », *op.cit.*

²⁶⁵ Albert-Joseph-Ulpien Hennet, *Du Divorce*, 1789, 3e éd., 1792, in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 67

²⁶⁶ Jean Gillardin, "L'intervention du juge dans le conflit conjugal". Gérard, Philippe, et al.. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1983. (pp. 199-251) Web

S'il est courant lors de la célébration des mariages d'entendre qu'il est contracté « pour le meilleur et pour le pire », les révolutionnaires relèvent que « le pire » en question doit avoir des limites²⁶⁷, et c'est pour cela que la rupture du mariage doit pouvoir intervenir du vivant des époux. La loi du 20 septembre 1792 fait état de la possible dissolution du mariage, des causes de cette dissolution, du mode ainsi que des effets du divorce.

Le mariage étant perçu désormais comme un simple contrat, naturellement il peut être dissout par un accord de volonté, et c'est cette position qui sera adoptée. Le divorce apparaît ainsi comme une des conséquences de la laïcisation du contrat de mariage et du principe de liberté de conscience²⁶⁸.

Cette loi si novatrice, en comparaison avec l'Ancien Régime, a été pensée en grande partie par Robin de la Charente qui est en quelque sorte le « père de la loi qui rétablit le divorce ». La loi du 20 septembre 1792, instituant le divorce, en son article premier précise que le mariage n'est plus indissoluble²⁶⁹. En ce qui concerne les causes du divorce, l'Assemblée législative admet le divorce par consentement mutuel²⁷⁰, mais également le divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère²⁷¹, enfin les époux peuvent faire prononcer le divorce selon sept motifs déterminés par la loi, à savoir :

« 1° sur la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ;

2° sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes ;

3° sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ;

4° sur le dérèglement de mœurs notoires ;

5° sur l'abandon de la femme par le mari, ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ;

6° sur l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans ;

²⁶⁷ Des pétitions sont parvenues à l'Assemblée législative qui a pu lire « J'ai supporté sans me plaindre dix années de suite mon pénible esclavage », AN D XXIX/92, lettre anonyme reçue par le Comité des Rapports le 23 juillet 1790, in Déborah Cohen et Camille Noûs, « Interrompre le temps, inventer le divorce en révolution », *Temporalités* [En ligne consulté le 23 mai 2021], 31-32 | 2020, mis en ligne le 03 février 2021

²⁶⁸ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *Napoleonica, La Revue*, vol. 14, n°2, 2012, pp. 74-110

²⁶⁹ Loi du 20 septembre 1792, Article Ier : « *Le mariage se dissout par le divorce* »

²⁷⁰ Loi du 20 septembre 1792, Article II : « *Le divorce a lieu par le consentement mutuel des époux* »

²⁷¹ Loi du 20 septembre 1792, Article III : « *L'un des époux peut faire prononcer le divorce sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère* »

7° sur l'émigration, dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792²⁷²».

Cette loi sera modifiée par des décrets de 1793 et 1794²⁷³.

La loi a été contestée puisque pour certains elle n'allait pas assez loin. Le député Mathurin Louis Sédillez étant totalement favorable au divorce²⁷⁴ - estimant qu'il s'agit d'une réhabilitation du divorce, catégorie juridique du droit romain que le droit canonique avait mis de côté²⁷⁵ -, mais aurait aimé qu'il soit remanié²⁷⁶ : il estime que le divorce doit être complexifié afin de ne pas devenir un « *moyen de pression aux mains des époux* »²⁷⁷, par la suite cet argument sera entendu puisque le divorce sera très largement restreint.

Des estimations concernant le nombre de divorce à Paris ont été réalisées par Lenglet²⁷⁸ et Grange, ces auteurs recensent presque six milles divorces à Paris au lendemain de la loi de 1792, ce qui témoigne d'une grande efficacité, d'une loi qui était attendue²⁷⁹. Plus précisément, « *Dans les trois mois qui suivent la promulgation de la loi de 1792, on a recensé à Paris un peu plus de cinq cent divorces pour mille huit cents mariages* »²⁸⁰. Dominique Dessertine remarque que dans les divorces prononcés, bon nombre d'entre eux ne sont que le résultat d'une « *cessation déjà ancienne*

²⁷² Loi du 20 septembre 1792, Article IV.

²⁷³ Didier Veillon, Le divorce en France du Code civil de 1804 à la loi du 26 mai 2004, *Slovenian Law Review*, University of Ljubljana Faculty of Law, 2006, III (1-2), pp. 45-62.
Ces décrets abrègent les délais de procédures en vue d'accélérer le prononcé des divorces, permettant aux époux divorcés de se remarier.

²⁷⁴ Archives Parlementaires, t. XLIX, p. 610, Paris, 1896
Durant l'Assemblée législative Sédillez énonce : « *Le mariage est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se résoudre de la même manière dont ils ont été formés. Le mariage étant formé par la volonté de deux personnes, il est naturel qu'il puisse se dissoudre par une volonté contraire* ».

²⁷⁵ Mathurin Louis Sédillez, Du divorce et de la répudiation : opinion et projet de décret du 9 septembre 1792, Paris : Impr. Nat. 1792

²⁷⁶ Arend.H. Huussen, Le droit du mariage au cours de la Révolution française

²⁷⁷ Mathurin Louis Sédillez, Du divorce et de la répudiation : opinion et projet de décret du 9 septembre 1792, Paris : Impr. Nat. 1792

²⁷⁸ E-G Lenglet, Essai sur la législation du mariage, suivi de l'observation sur les dernières discussions du Conseil des Cinq-Cents concernant le divorce, Moutardier, Paris, 1797, p. 57

²⁷⁹ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, pp. 74-110

²⁸⁰ Sabine Melchior Bonnet, Catherine Salles, Histoire du mariage, Ed. De la Martinière, 2001, p. 132

de la cohabitation conjugale »²⁸¹ prônant soit la séparation de deux ans au moins, soit les abandons pendant plus de cinq ans sans nouvelle.

Le divorce ainsi institué sous la Révolution française a permis bien des changements dans la conception de la famille. En effet, puisque le mariage n'est plus indissoluble, il convient d'adapter cette nouvelle vision de la famille, une famille qui peut avoir existé et se reformer. La loi du 20 septembre 1792 permet également aux époux divorcés de se remarier, ce qui apparaît comme une innovation, innovation en contradiction avec le droit canonique qui a longtemps influencé la législation familiale. Seulement, la Révolution française apparaissant comme un droit intermédiaire, il convient de s'interroger sur l'avenir du divorce au sein de la grande codification afin de percevoir si la période révolutionnaire a eu un réel impact perpétuel.

²⁸¹ Dominique Dessertine, "Le divorce sous la Révolution : audace ou nécessité ?", in *Enfance, santé et société*. Par Dessertine, Larhra, 2013, pp. 287-300 (Web)

Chapitre 2 : La continuité restreinte de la rupture du lien conjugal à travers le Code civil

Le divorce institué sous la Révolution française n'a pas fait l'unanimité, bon nombre d'auteurs regrettent que le divorce dénature le mariage. De sorte que les rédacteurs du Code civil ne voyaient pas d'un bon oeil cette institution, qui sera fortement restreinte (Section 1). Force est de constater pourtant que le divorce permet aux époux qui regretteraient leur mariage précipité pensant ainsi demeurer liés à jamais à un époux mal assorti²⁸², de se libérer d'une telle situation, et c'est pour cette raison que la Codification napoléonienne a maintenu cette institution (Section 2).

Section 1 : Une nette restriction législative du divorce

« *Le Code civil doit assurer la stabilité des familles en restreignant le divorce* »²⁸³, le divorce a été longuement débattu, de sorte qu'il y a eu une réelle discontinuité du « *courant divorciaire* »²⁸⁴ révolutionnaire (A) qui a pu être observée à travers la diminution du champ d'application du divorce (B).

A) La discontinuité discutée du courant divorciaire révolutionnaire

« *La perpétuité étant de l'essence du mariage et le mariage étant le fondement de la société, c'est évidemment attaquer la société par ses fondements, que de permettre que le mariage soit détruit dans son essence* »²⁸⁵, le divorce est assez contesté à la suite de son adoption puisqu'il dénature le mariage selon le Tribunal d'appel de Riom. « *Le mariage, déclare Mailhe, n'est plus en*

²⁸² Jennifer Heuer, « « Réduit à désirer la mort d'une femme qui peut-être lui a sauvé la vie » : la conscription et les liens du mariage sous Napoléon », *Annales historiques de la Révolution française*, 348 | 2007, pp. 25-40.

²⁸³ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit privé - Personnes et biens*, *op.cit.*, p. 126

²⁸⁴ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 67

²⁸⁵ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Marchand du Breuil, Paris, 1827, Tome V, Observations du Tribunal d'appel de Riom sur le projet de Code civil, p. 416

*ce moment qu'une affaire de spéculation ; on prend une femme comme une marchandise, en calculant le profit dont elle peut être, et l'on s'en défait aussitôt qu'elle n'est plus d'aucun avantage ; c'est un scandale, vraiment révoltant »*²⁸⁶. La Révolution française abritait alors déjà de nombreuses contestations relatives au divorce, la prospérité de l'Etat était régulièrement mise en avant, selon certains auteurs, le divorce mettrait à mal cette prospérité étatique, mais également l'accroissement de la population ou encore la dignité de la famille légitime²⁸⁷. Et pourtant les pétitions témoignent au contraire d'un très bon accueil du divorce, à travers lequel est perçu « *le triomphe de la philosophie et la défaite des préjugés immoraux* »²⁸⁸, les pétitions demanderont même un élargissement de son champ d'application.

Le fait que le divorce soit assez contesté peut être relatif à la montée en puissance du catholicisme puisqu'à l'aube de la codification²⁸⁹, une renaissance du catholicisme a pu être observée. Les ecclésiastiques ont remis en cause la compétence et la légitimité de l'Assemblée nationale en matière de divorce, pour l'abbé Barreux, le mariage étant un sacrement, l'assemblée était inapte à traiter de son indissolubilité. Cette position sera reprise par de Rastignac dans son livre « *Accord de la révélation et de la raison contre le divorce* », il dispose à ce titre que l'Assemblée n'est pas compétente pour « *juger la question si le divorce est permis par la loi Divine ; elle n'a pas le pouvoir de le permettre contre cette même loi* »²⁹⁰. Napoléon n'avait pour objectif de tenir compte de cette influence religieuse contrairement aux rédacteurs du Code « *qui se montraient soucieux de légiférer sans heurter les moeurs catholiques des français* »²⁹¹.

L'atténuation de la tendance divorciaire est également due aux conséquences que le divorce entraîne, la famille pourrait s'en trouver affaiblie, mais ce qui préoccupe en grande partie les débats

²⁸⁶ Moniteur an III, n°307 in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution Française et la famille, *op.cit.*, p. 83

²⁸⁷ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, pp. 74-110

²⁸⁸ Pétition de la citoyenne Lefebvre, Arch. Nat., D. - III-361, in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution Française et la famille, *op.cit.*, p. 78

²⁸⁹ Fernand L'Huillier, L'Église catholique et la Révolution française. In: *Revue d'histoire et de philosophie religieuses*, 32e année n°3, 1952. pp. 223-229

« *La renaissance religieuse s'annonçait déjà : par la reconstruction de l'Eglise assermentée à partir des réunis de mars 1795, par le renouveau d'influence des romains, avec les missions de l'an IV* ».

« *Des années durant, Napoléon « gagne en force » en favorisant le relèvement de l'Eglise catholique.* »

²⁹⁰ De Rastignac, C. *Accord de la révélation et de la raison contre le divorce*, Chapitre IV, Cloutier 1790.

²⁹¹ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, pp. 74-110

c'est le possible affaiblissement de l'autorité de l'époux et du père²⁹². Bigot de Préameneu considérait que le divorce était « *inadmissible. Le contrat de mariage n'appartenant pas aux époux seuls, ne peut être détruit par eux : les enfants, la société y sont parties intéressées* »²⁹³.

Des débats parlementaires témoignent de cette discontinuité du courant divorciaire, d'un côté la commission parlementaire composée de Portalis²⁹⁴, Tronchet²⁹⁵, Maleville²⁹⁶, Bigot de Préameneu, de l'autre Berlier, Regnault de St-Jean d'Angély, Thibaudeau²⁹⁷ et Cambacérès²⁹⁸. La commission présente le mariage comme le plus saint des engagements²⁹⁹, ce qui aurait pu constituer un obstacle au divorce, mais là n'est pas la position adoptée par Tronchet qui vient distinguer deux types de divorce. Pour Tronchet, il existerait un divorce absolu et définitif et un divorce de simple épreuve. C'est en ce sens que sera adoptée la séparation de corps - qui sera développée ultérieurement -, avec l'idée qu'une réconciliation peut intervenir entre les deux époux, Maleville faisait part de cette réconciliation en estimant que « *Tous les autres délits qu'on voit arriver quelquefois entre époux et qui se réduisent à quelque violence ou à quelque grossière injure, ne doivent pas être un moyen de divorce, mais seulement de séparation de corps, pour laisser toujours une porte ouverte à la réconciliation* »³⁰⁰.

²⁹² Josée Bloquet, La définition de l'ordre public en droit civil, de la fin du XVIII^e siècle au début du XX^e siècle, Histoire d'un concept, Thèse droit, Paris-Est, 2010, p. 140

²⁹³ Leila Saada, « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012, pp. 25-49.

²⁹⁴ Jean-Etienne-Marie Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801 : « *Il résulte de ce que nous avons, que le mariage est un contrat perpétuel par sa destination. Des lois récentes autorisent le divorce, faut-il maintenir ces lois ?* »

²⁹⁵ Tronchet, séance du C.E. du 16 vendémiaire an x (8 octobre 1801), *Loché*, t. 5, p. 77 in Régine Beauthier, *Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon*, *loc.cit.*, : « *Le mariage est le plus saint des engagements parce qu'il tient à l'harmonie sociale (...) et qu'il est le conservateur des mœurs* ».

²⁹⁶ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, pp. 74-110 : « *Le divorce détruit de toute manière les mœurs (...), il introduit dans le ménage une anarchie mère de tous les désordres* »

²⁹⁷ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 170
Selon ces auteurs, le divorce est simplement un complément nécessaire du mariage.

²⁹⁸ Cambacérès, 9 sept. 1794 Rapport fait à la Convention nationale sur le II^e projet de Code civil : Le divorce apparaît comme le surveillant et le modérateur du mariage.

²⁹⁹ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.* pp. 74-110

³⁰⁰ J. Maleville, *Du divorce et de la séparation de corps*, impr. de Goujon fils (Paris), 1801, pp. 27-28

La famille, à cette époque, était composée du mari, de l'épouse et des enfants, et en admettant l'existence du divorce J. Girard estime que ça conduirait à faire des enfants issus du mariage des orphelins et des victimes³⁰¹. La question de l'intérêt des enfants a beaucoup préoccupé les débats, admettre le divorce pourrait, selon les parlementaires, causer du tort aussi à la famille. Sur cette question, certains estiment que dans l'hypothèse d'une mésentente entre les époux, « *heureux l'enfant qui naîtra sous l'empire du divorce* »³⁰².

La législation du divorce a donc été mise à rudes épreuves, en particulier sous le Consulat, une tendance tenait à son discrédit, cependant l'interdire n'était pas à l'ordre du jour en raison de son ancrage dans les moeurs. C'est pour cette raison que la commission gouvernementale, très certainement inspirée des critiques et des avant-projets réalisés par Cambacérès ou Jacqueminot, décide de restreindre le divorce afin d'en limiter les abus. Cette position apparaît très nettement contradictoire avec l'esprit développé durant la période révolutionnaire. Le divorce constitue donc un point d'écart, que ce soit entre l'Ancien Régime et la période Révolutionnaire, qu'entre la Révolution et la codification napoléonienne.

B) La diminution incontestable du champ d'application du divorce

S'il avait été inconcevable pour l'époque de supprimer purement et simplement le divorce, son champ d'application a été très nettement réduit, et ce pour lutter aussi bien contre les « *mariages à la petite semaine* »³⁰³ que pour « *redonner au lien conjugal sa force d'autrefois* »³⁰⁴.

La diminution du champ d'application du divorce a été pensée pour décourager les époux souhaitant mettre un terme à leur mariage, cette diminution n'est toutefois pas au goût de tous les auteurs, Lecoingte-Puyraveau estime que « *C'est pour les moeurs qu'on établit le divorce ; c'est*

³⁰¹ J. Girard, *Considérations sur le mariage et sur le divorce*, Deltufo et Everat, Paris, 1797, p. 15
« *Prononcer le divorce quand il y a des enfants, c'est en faire des orphelins et des victimes* »

³⁰² P. Juge, 1791, in Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, p.99

³⁰³ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit de la famille*, *op.cit.*, p. 100

³⁰⁴ *Ibid.*

pour les moeurs qu'on veut l'anéantir ! Pauvres humains ! » ³⁰⁵. Pour rappel, le divorce sous la Révolution française pouvait être admis dans les sept hypothèses précisées par la loi du 20 septembre 1792, par un consentement mutuel ou selon la volonté d'un seul époux invoquant l'incompatibilité d'humeur et de caractère. Déjà sous le Consulat, les époux rencontraient certaines difficultés pour divorcer, le Tribunal d'appel de Montpellier avait même posé une interdiction de divorcer pour tous les époux mariés avant 1792, ce qui était contraire à l'égalité très largement acquise grâce à la Révolution française³⁰⁶. Cette attitude consulaire témoignait d'une volonté de réduire les voies de divorce.

Les différents projets du Code civil ont témoigné de cette diminution du courant divorciaire révolutionnaire, à titre d'exemple Cambacérès aborde le divorce dans son premier projet de Code civil en 1793. Le Titre VI intitulé « Du divorce » entend consacrer la possible dissolution du mariage acquise pendant la Révolution française. S'agissant des effets par rapports aux époux, l'article 15 dispose que le divorce permet de « *rendre au mari et à la femme leur entière indépendance, avec la faculté de contracter un nouveau mariage* », ce nouveau mariage peut être contracté entre les époux eux-mêmes fraîchement divorcés, mais également avec d'autres personnes. Des délais sont toutefois prévus en cas de remariage avec une tierce personne, l'épouse ne peut se remarier qu'à l'issue de dix mois après le prononcé du divorce³⁰⁷, à moins qu'il ait été causé par l'absence du mari pendant au moins deux ans³⁰⁸. Le deuxième projet de Cambacérès consacre un Titre VII au divorce et ne comprend que six articles - alors qu'il en contenait vingt et un dans le premier projet -, ce deuxième projet ne mentionne aucunement les sept motifs développés sous la période révolutionnaire, cette version apparaît très abrégée, ce qui met en exergue cette volonté de restreindre la dissolution du lien conjugal. Cambacérès n'entend pas remettre en cause l'existence du divorce, il considère que le mariage étant une manifestation de volonté, il est naturel de considérer que « *le changement de cette volonté en opère la dissolution* » ³⁰⁹.

³⁰⁵ Corps législatif, Conseil des cinq-cents, opinion de Lecoing-Puyraveau, sur le projet de suspension de l'Article III de la loi du 20 septembre 1792, qui permet le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur ou de caractère, séance du 5 Pluviôse an V

³⁰⁶ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, p. 104

³⁰⁷ Cambacérès, 1eme projet du Code civil, 1793, Article 16 du titre VI du Livre Premier

³⁰⁸ *Ibid.*, Article 17 du titre VI du Livre Premier

³⁰⁹ Jean-Michel Poughon, « Cambacérès. Des approches du Code civil », *loc.cit.*, pp. 161-172.

Le troisième et dernier projet de Cambacérès aborde le divorce dans son Titre VII expose les causes du divorce - article 325 à 330 du Code civil -, le mode du divorce - article 331 à 356 du Code civil, et enfin les effets du divorce - article 357 à 369 du Code civil -. Selon Cambacérès le divorce peut intervenir par consentement mutuel ou sur la demande de l'un des époux, sur ces points il n'y a pas une grande innovation, par contre Cambacérès évoque les motifs pour justifier d'un divorce à la demande d'un seul époux : l'incompatibilité d'humeur ou de caractère ; l'interdiction ; la condamnation à des peines afflictives ou infamantes ; les crimes, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; l'abandon suite à une séparation de fait de deux années au moins ou encore l'absence sans nouvelles durant cinq années. En comparaison avec le divorce adopté sous la Révolution française, la folie, démence et fureur ne sont plus un motif pour divorcer, au même titre que le dérèglement des mœurs notoires ou encore l'émigration.

Jacqueminot lors de la rédaction de son projet de Code civil ne consacre qu'un seul article à la dissolution du mariage, l'article 67 énonce que « *Le mariage se dissout, 1° Par la mort de l'un des époux ; 2° Par le divorce légalement prononcé ; 3° Par la condamnation contradictoire ou devenue définitive de l'un des deux époux à une peine emportant mort civile* »³¹⁰.

Dans le projet de Code civil rendu par la commission gouvernementale, seul le divorce pour faute était admis. La commission avait pris le soin de déterminer les fautes constituant un motif suffisant : l'adultère était à ce titre un motif pour divorcer, et était plus sévèrement puni s'il venait de l'épouse. Le divorce par consentement mutuel a finalement été repris, seulement les rédacteurs du projets ne voulaient pas qu'il soit égalable à celui issu de la Révolution française, c'est pourquoi le divorce par consentement mutuel sera assorti de plusieurs conditions. D'abord, le divorce par consentement mutuel était assorti d'une condition d'âge : il ne pouvait être demandé si le mari avait vingt-cinq ans révolus, quant à l'épouse, elle devait être âgée d'au moins vingt et un ans, ce divorce était ensuite interdit si l'épouse avait plus quarante-cinq ans. Les anciens articles 276 et 277 du Code civil prévoyaient qu'il n'était pas possible de divorcer avant d'avoir été mariés pendant au moins deux ans, ou si les époux étaient mariés depuis plus de vingt ans. Le divorce était assorti d'autres conditions, par exemple l'ancien article 278 du Code civil prévoyait que le consentement des parents devait être requis et renouvelé. Tout était mis en oeuvre pour compliquer l'obtention du divorce afin d'en limiter les excès.

³¹⁰ Jacqueminot, Projet de Code civil, 21 décembre 1799, *In* Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T1, 1836, p. 342

Les excès sous la Révolution française ont été observés par rapport au divorce pour incompatibilité d'humeur et de caractère, le Code civil n'entendait donc pas retranscrire un tel divorce, pour cela, le divorce pour incompatibilité d'humeur et de caractère a été supprimé, laissant aux époux la possibilité de divorcer selon l'expression du consentement mutuel³¹¹, ou selon certains motifs déterminés par le Code. Les sept motifs déterminés sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792 ont très largement été modifiés, le Code ne laissant que : l'adultère³¹² ; l'excès, sévices ou injures graves³¹³ ; la condamnation à une peine infamante³¹⁴.

Le Code civil, bien que prenant en compte les critiques relatives au divorce, n'a fait d'autres choix que de le laisser en vigueur - restreint mais effectif -, ce qui témoigne de l'attachement ressenti face à ce mode de dissolution du mariage.

³¹¹ Ancien article 233 du Code civil : « *Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle déterminé, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce* ».

³¹² Ancien article 229 du Code civil : « *Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme* ».

Ancien article 230 du Code civil : « *La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune* ».

L'adultère sera plus largement réprimé pour la femme, puisqu'indirectement le Code civil laisse à penser que le mari pourrait être infidèle et resté marié s'il ne ramène pas sa maîtresse dans la maison familiale.

³¹³ Ancien Article 231 du Code civil : « *Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves, de l'un d'eux envers l'autre* ».

³¹⁴ Ancien Article 232 du Code civil : « *La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce* ».

Section 2 : La conservation discutée du divorce

Le divorce a donc été intégré dans le Code civil, - temporairement puisqu'en 1816 il sera supprimé jusqu'au moment de son rétablissement en 1884 par la loi Naquet -, la conservation du divorce dans le Code civil permet de rendre compte de l'attachement certain d'une faculté mise en place sous la Révolution française (A). La restriction des motifs pour divorcer, la diminution de son champ d'application a toutefois permis aux rédacteurs du Code civil de promouvoir d'autres moyens alternatifs pour permettre au couple marié de ne plus être dépendant l'un de l'autre, au lieu et place du divorce (B).

A) Un attachement certain au divorce

« *La plus contestée fut la loi sur le divorce. Quoique applaudie comme le plus grand bienfait de la Révolution française, la critique ne manquait point* »³¹⁵, la loi du 20 septembre 1792 a largement été critiquée, il aurait donc été possible d'imaginer que la codification remanie complètement la législation du divorce, pourtant force est de constater que malgré sa restriction, le divorce révolutionnaire est toujours en vigueur durant la codification napoléonienne³¹⁶. Même si « *dans l'esprit de Napoléon Bonaparte, le mariage est un contrat essentiellement perpétuel* »³¹⁷, le Code civil n'avait pour but de réduire à néant les apports révolutionnaires, naturellement le divorce a donc été maintenu. L'idée du Code civil a été de considérer le divorce comme une exception au mariage, le mariage perpétuel étant le principe, le divorce constitue ainsi l'exception.

Si l'admission du divorce par Napoléon peut être surprenante aux vues des opinions de l'époque concernant le célibat³¹⁸ et les unions libres³¹⁹, il ne faut pas omettre le fait que Napoléon

³¹⁵ A.H. Huussen, Le droit du mariage au cours de la Révolution française

³¹⁶ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, p. 74-110 : « *Mais si Bonaparte faisait aussi du mariage l'un des sacrements les plus importants de la vie, cela ne l'empêchait pas pour autant de défendre le principe du divorce* ».

³¹⁷ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 101

³¹⁸ Robespierre ; « Le célibat est un vice que le législateur doit poursuivre »

³¹⁹ Napoléon ; « *Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* »

était très attaché au divorce, notamment au divorce par consentement mutuel, il était à ce titre considéré comme un « *partisan résolu* »³²⁰.

Des suppositions quant à l'attachement au divorce de Napoléon ont été formulées, Jean Carbonnier soutenait qu'il « *ne pensa qu'à lui même et à ses ambitions dynastiques ; il faut regretter que le sort des institutions d'un pays ait pu dépendre aussi étroitement des expériences du mari trompé d'une femme stérile* »³²¹. Napoléon s'était marié avec Joséphine de Beauharnais le 9 mars 1796, mais « *il y a souvent, dans les débuts des histoires d'amour, les prémices de leur fin* », et leur histoire n'a pas connu d'autre fin. Le mariage civil est intervenu en 1796, contrairement au mariage religieux qui lui a eu lieu plus tard - pour rappel, le mariage religieux était toujours autorisé, malgré la sécularisation du mariage, toutefois il devait intervenir après le mariage civil -, en 1804³²². Des auteurs se questionnent quant à l'intention de Napoléon en conservant le divorce, ne souhaitait-il pas déjà mettre un terme à son mariage contracté avec Joséphine ?³²³ Cette hypothèse pourrait expliquer son attachement pour le divorce, il n'aurait pas supprimé une institution qui aurait très bien pu lui servir par la suite.

Cette conservation du divorce est discutée en raison du durcissement de ses conditions, toutefois l'attachement de Napoléon en partie, mais également le fait que le divorce ait été ancré dans les moeurs à la suite de la Révolution française ont fortement contribué à son maintien dans la législation du droit de la famille. Sa conservation restreinte est indéniable, de plus il est facile d'imaginer que la suppression pure et simple du divorce aurait amené à de fortes contestations de la société. Toutefois les anti-divorciaires ne se sont pas arrêtés à cet obstacle et ont fait la promotion de moyens alternatifs au divorce.

³²⁰ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, p. 74-110

³²¹ Valérie Rongier, « L'insaisissable famille », Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Droit privé et sciences criminelles, 14 déc. 2015, Laboratoire LexFEIM, p. 18

³²² Henri Welschinger, *Le Divorce de Napoléon*, E. Plon, Nourrit et Cie (Paris), 1889

³²³ Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, *op.cit.*, p.95

B) Des alternatives législatives éphémères empêchant le divorce

La loi sur le divorce n'avait pas été très bien accueillie par bon nombres de membres de la Législative et de la Convention, ces derniers assuraient que le divorce détruisait les familles³²⁴. De sorte qu'il a fallu penser à une solution alternative. Déjà sous l'Ancien droit, dès lors que les époux ne s'entendaient plus, pouvait intervenir une séparation de corps. Cette séparation de corps était réglementée et soumise à certaines conditions, à titre d'exemple la coutume de Normandie ne prononçait une séparation de corps qu'en présence de motifs graves - adultère ou violence de son époux -, un juriste normand nommé David Houard disposait que « *si la débauche du mari ne va pas jusqu'à contraindre la femme à recevoir chez elle les objets des affections scandaleuses criminelles de son époux, elle ne doit trouver sa consolation que dans sa patience* »^{325 326}.

La séparation de corps avait été instaurée, mais la Révolution française avait pris soin de la supprimer en introduisant le divorce. Toutefois le Code civil, en considération de la nouvelle montée en puissance du catholicisme, décide de réintroduire la séparation de corps, plus communément surnommée « le divorce des catholiques ». La séparation de corps peut être définie comme étant « *un simple relâchement du lien conjugal, consistant essentiellement dans la dispense du devoir de cohabitation, alors que les devoirs de fidélité et d'assistance demeurent* »³²⁷. La séparation de corps doit être « *constatée par le consentement mutuel des époux* »³²⁸, et permet à l'un ou l'autre des époux de ne plus vivre sous le même toit³²⁹. Ce relâchement du lien conjugal permet aux époux d'obtenir un divorce à l'issue d'une durée de trois ans au moins.

Des auteurs font la promotion de la séparation de corps, notamment dans l'intérêt de l'enfant, pour rappel le mariage étant établi - même si aujourd'hui la conception du mariage et de la

³²⁴ Philippe Corno, « La loi révolutionnaire du divorce et ses représentations théâtrales : du droit à la morale, une pensée de l'appartenance familiale », *loc.cit.*, pp. 60-77.

³²⁵ David Houard, Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la Coutume de Normandie, Rouen, 1780-1782, t. III. p. 259

³²⁶ Philippe G. Roderick, Le divorce en France à la fin du XVIIIe siècle, Annales. Economies, sociétés, civilisation, 34e année, N°2, 1979, pp. 386-387

³²⁷ Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 971

³²⁸ Ibid.

³²⁹ J.B. Coignard, Dictionnaire de l'Académie Française, Définition de la séparation, Paris, 1762
« *Sentence ou acte par lequel il est permis à un mari de ne plus habiter avec sa femme ou à une femme de ne plus habiter avec son mari* ».

famille a nettement évolué - pour faire des enfants, mais un mariage qui ne fonctionne plus pourrait mettre à mal l'intérêt de l'enfant, pour cette raison Maleville fait l'éloge de la séparation de corps³³⁰. La séparation de corps est jugée nettement moins scandaleuse que le divorce³³¹, c'est ainsi qu'elle peut être qualifiée d'alternative à la rupture définitive du lien conjugal. La séparation de corps sera alors autorisée par les rédacteurs du Code civil, selon les mêmes motifs établis pour autoriser le divorce.

Si la Révolution française, suivie en majorité par la codification napoléonienne, a permis bien des réformes en matière de construction de la famille, elle ne s'est pas limitée qu'au mariage. En effet la Révolution française, à travers le droit privé qu'elle invente, a modifié en profondeur la structure familiale de l'Ancien Régime³³², en passant aussi bien du mariage jusqu'au divorce, mais en réformant également toutes les règles relatives à la filiation. La filiation révolutionnaire a par exemple mis un terme à l'infériorité successorale qui pouvait être observée à l'égard des enfants naturels, elle permet ainsi une plus grande égalité entre les filiations. En effet, les révolutionnaires n'ont pas développé une conception totalement égalitariste entre le mari et la femme, toutefois ils ont voulu placer les enfants sur un même pied d'égalité.

³³⁰ Sylvain Bloquet, « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, p. 99

³³¹ P.-A. Fenet, *op. cit.*, Tome IX, Discussion au Conseil d'État, 8 octobre 1801, p. 286.

³³² Philippe Corno, « La loi révolutionnaire du divorce et ses représentations théâtrales : du droit à la morale, une pensée de l'appartenance familiale », *loc.cit.*, pp. 60-77.

Deuxième Partie : une révolution dans les règles de la filiation

La filiation peut être considérée comme la clé d'accès à la famille³³³, la filiation apparaît essentielle voire indispensable puisqu'elle permet la reproduction, la perpétuation ou encore la survie de la famille³³⁴. Force est de constater que la filiation recouvre une composante importante en matière de droit de la famille, que ce soit dans l'ancien droit ou à partir du droit révolutionnaire, elle sera distinguée selon qu'elle se situe dans le mariage (Titre 1), ou en dehors du mariage (Titre 2).

Titre 1 : La filiation dans le mariage

À titre de rappel, le concubinage et le célibat n'étaient pas perçus d'un bon œil par les révolutionnaires et encore moins par Napoléon, Napoléon n'envisageait la famille qu'à l'intérieur du mariage. Cependant, en abordant la filiation au sein même du mariage, il convient de distinguer la filiation légitime (Chapitre 1) de la filiation adoptive (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La filiation légitime

La filiation légitime est aujourd'hui dans le droit positif abandonnée, cela étant, elle peut être définie comme caractérisant « *les enfants conçus ou nés pendant le mariage de leurs parents* »³³⁵. L'établissement de la filiation légitime permet de constater une certaine survivance révolutionnaire des règles d'ancien droit (Section 1), règles qui font aussi l'objet d'une approbation au sein du Code civil (Section 2). Ces constats illustrent le fait que la réforme de la filiation légitime n'était pas la priorité des révolutionnaires d'une part, puis de Napoléon d'autre part. Cette attitude

³³³ Anne Lefebvre-Teillard, « La famille, pilier du Code civil », *loc.cit.*, pp. 311-319

³³⁴ André Burguière, *Le mariage et l'amour en France. De la Renaissance à la Révolution*, Paris, Seuil, 2011

³³⁵ Serge Guinchard, Thierry Debard, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, *op.cit.*, p. 484

révolutionnaire se justifie très bien en raison des principes défendus à savoir la lutte contre les différences de traitement entre les enfants. Donc pour obtenir une plus grande liberté, en se concentrant essentiellement sur la réforme de la filiation naturelle, les révolutionnaires ont axé leur angle d'attaque sur une filiation qui nécessitait de nombreux changements.

Section 1 : La survivance révolutionnaire incontestée des règles d'Ancien régime

Les révolutionnaires reprennent essentiellement les règles établies sous l'Ancien Régime quant à l'établissement du lien de filiation légitime (A). François Bourjon affirme à ce titre que « *tout enfant né pendant le mariage est présumé légitime ; présomption qui tient lieu et qui opère même la plus forte preuve : elle est la base de la tranquillité des familles ; ce serait s'en écarter, que de tenter de l'affaiblir par de certains faits apparents ; elle subjugué impérieusement le fait et même la raison* »³³⁶. Si la filiation légitime est le mode de filiation qui semble être le plus simple à établir, la présomption établie n'est pas intouchable, de sorte que la période révolutionnaire borne le désaveu de paternité (B), permettant dans certaines hypothèses de remettre en cause cette filiation légitime.

A) La continuité des règles en matière d'établissement du lien légitime

Sous l'Ancien Régime, la filiation légitime était la filiation qui primait, elle était considérée comme « *la véritable assise du lien familial, puisque, par elle, les enfants sont attachés aux parents et que, grâce à elle, ils ont vocation à accueillir la succession de leurs auteurs* »³³⁷. Cette filiation légitime va s'établir selon une présomption, et ce déjà depuis le droit romain. Une présomption peut

³³⁶ François Bourjon, *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Tome premier, Nouvelle éd., Paris, Grangé et Cellot, 1770, p. 20

³³⁷ Marie-Thérèse Allemand-Gay, *Le droit de la filiation légitime à la fin de l'Ancien Régime*, *Dix-huitième Siècle*, n°12, 1980, Représentation de la vie sexuelle, pp. 251-269

être définie comme étant un « *mode de raisonnement juridique en vertu duquel on induit de l'établissement d'un fait un autre fait qui n'est pas prouvé* »³³⁸.

Le mode d'établissement de la filiation légitime était donc opéré grâce à une présomption « *Pater is est* » en droit ancien, qui n'est autre que la consécration du principe de droit romain « *pater is est quem nuptiae demonstrant* ». La présomption de paternité étant considérée par les auteurs comme la « *pierre angulaire de la légitimité* »³³⁹. Elle fait en sorte de reconnaître le mari comme père de l'enfant, la loi désigne le père de l'enfant grâce à l'institution du mariage. La présomption de paternité va être réaffirmée par la Révolution française - puis par le Code civil -, ce qui témoigne de son efficacité et de sa pérennité.

S'agissant de la preuve de la présomption de paternité sous l'Ancien Régime, elle s'effectuait grâce à la mention et signature du père sur les registres qui étaient tenus par les paroisses, toutefois pendant la Révolution comme les actes d'état civil ont été confiés aux autorités civiles en lieu et place des autorités ecclésiastiques, la preuve de paternité s'effectue auprès des officiers d'état civil.

Enfin, dès lors qu'est abordée la question de l'établissement de la filiation, il convient de parler de la légitimation. La légitimation peut être définie comme étant simplement le fait de rendre un enfant légitime selon le dictionnaire Le Robert, et pouvait s'opérer, sous l'Ancien Régime, a posteriori par mariage subséquent ou par lettres. Mais qu'en est-il de la légitimation durant la période révolutionnaire ? - ce point sera évoqué ultérieurement -.

La légitimité va s'établir et créer un lien de filiation entre l'enfant et le mari dès lors que l'enfant naît après la célébration du mariage. La naissance durant le mariage n'est toutefois pas l'unique condition, en effet la grossesse doit coïncider en termes de délais, à ce sujet il faut que « *la naissance soit survenue un long délai après la formation du couple, les deux mariés vivant et cohabitant* »³⁴⁰, dans une telle hypothèse naturellement la présomption va s'appliquer et désigner

³³⁸ Serge Guinchard, Thierry Debar, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.* p. 812

³³⁹ Philippe Malaurie, Hugues Fulchiron, Droit de la famille, janv. 2018, Lextenso (en ligne consulté le 23 mai 2021).

³⁴⁰ Marie-Thérèse Allemand-Gay, Le droit de la filiation légitime à la fin de l'Ancien Régime, *loc.cit.*, pp. 251-269

pour père de l'enfant le mari. À l'inverse, dans l'hypothèse où la naissance interviendrait « *peu après la célébration des noces, la fécondation de la mère a été forcément antérieure au début du lien conjugal et rien ne démontre que le géniteur soit le futur mari* »³⁴¹. Durant l'Ancien Régime, le calcul de la durée de la grossesse n'était pas aussi précis qu'aujourd'hui, de sorte qu'il y a eu beaucoup de débats quant à cette durée, deux cent soixante-dix jours était initialement la durée choisie à l'époque. En ce qui concerne la Révolution française, la présomption de paternité est reprise purement et simplement par les révolutionnaires, de sorte que Cambacérès ne prend même pas la peine de préciser davantage la durée de la grossesse ou les contours de cette présomption.

La filiation légitime est donc établie par la présomption de paternité et fait du mari un père, toutefois il peut exister des hypothèses dans lesquelles le mari peut remettre en cause cette filiation.

B) La possible remise en cause du lien de filiation : le désaveu de paternité

Puisque la présomption de paternité a été purement et simplement reprise de l'Ancien Régime, il convient de raisonner par rapport à l'ancien droit. D'Aguesseau disait à propos de la présomption que « *prétendre qu'il suffit d'être né dans le mariage et que ce nom sacré pourra servir d'un voile favorable, c'est abuser manifestement des termes de la maxime* ». En d'autres termes, la présomption de paternité a été établie afin de rendre plus facile l'établissement de la filiation légitime, toutefois elle n'est pas irréversible. De sorte qu'un père pouvait contester sa paternité dans l'hypothèse où l'enfant naîtrait moins de six mois après la conclusion du mariage.³⁴²

Des doutes peuvent être établis par exemple si la naissance intervient moins de neuf mois avant le mariage ; quand le mari n'est pas présent durant le mariage ou encore lorsque la naissance intervient neuf mois après le décès du mari. Dans ce cas, la paternité du mari peut être remise en

³⁴¹ Marie-Thérèse Allemand-Gay, *Le droit de la filiation légitime à la fin de l'Ancien Régime*, *loc.cit.*, pp. 251-269

³⁴² Virginie Lemonnier-Lesage, *La filiation sous l'Ancien Régime*, Histoire du droit des personnes et de la famille, Université Numérique Juridique Francophone, consulté en ligne le 29 mai 2021.

cause. Les hypothèses de désaveu de paternité restent toutefois assez limitées, et ce dans l'idée d'assurer la stabilité de la famille³⁴³.

Cambacérès, dans son premier projet de Code civil avait pensé le désaveu de paternité, mais l'avait enfermé dans des délais assez brefs. D'abord, il avait pris soin de consacrer la présomption en ces mots : « *Les enfans appartiennent au père que le mariage désigne* ». En ce qui concerne les délais, il enferme le désaveu de paternité au sein de l'article 2 du Titre IV « Des enfans » et dispose : « *celui qui naît six mois seulement après le mariage peut être désavoué par le mari de mère dans le mois qui suivra sa naissance. Si le mari est absent lors de la naissance, il aura un mois après son retour pour faire ce désaveu* ».

Si la filiation légitime révolutionnaire a été très nettement calquée sur celle d'Ancien Régime, il convient maintenant de s'intéresser sur le point de vue napoléonien quant à cette question.

³⁴³ Anne Lefebvre-Teillard, « La famille, pilier du Code civil », *loc.cit.*, pp. 311-319.

Section 2 : Vers une continuité codifiée des règles relatives à la filiation légitime

Napoléon avait à coeur de protéger l'enfant légitime, au détriment des autres enfants³⁴⁴ - naturels par exemple -, pour cette raison il est opportun de se demander s'il a consacré ou non le mode d'établissement de la filiation légitime (A) en reprenant ou non ses exceptions (B).

A) La prise en compte effective de la présomption de paternité

Napoléon considérait la famille conçue sous la forme nucléaire : composée du père, de la mère et des enfants³⁴⁵. Il tenait à privilégier la filiation légitime, la famille dite légitime qu'il considérait comme facteur de stabilité sociale. D'abord la filiation légitime encourage et promeut l'institution du mariage, - Napoléon a réaffirmé la prééminence du mariage³⁴⁶ - , dans la même pensée, Portalis précisait que la filiation légitime devait être « *le fondement du nouvel ordre institutionnel de la France* »³⁴⁷. L'idée qui primait lors de la rédaction du Code civil était « *d'articuler de manière solide et stable la filiation au mariage de façon à assurer la paix des familles en même temps que l'ordre public* »³⁴⁸.

En toute connaissance des idées napoléoniennes de l'époque, il apparaît logique que ce dernier ait consacré législativement la présomption de paternité. La maxime « *pater is est* » fera donc l'objet d'une consécration au sein du Code civil à l'article 312 : « *L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari* ». La filiation sera légitime, précise ce même article, pour l'enfant né

³⁴⁴ Leila Saada. « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *loc.cit.*, pp. 25-49.

« *Le premier consul, à l'instar de ses contemporains, souhaite que l'enfant légitime soit protégé contre celui qu'on continuait à appeler à l'époque le bâtard* ».

³⁴⁵ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 99

³⁴⁶ Hugues Fulchiron, Evolution du droit français de la famille, Defrénois n°13, 15 juillet 2009, p. 1347

³⁴⁷ Sylvain Bloquet. « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *loc.cit.*, pp. 74-110.

³⁴⁸ Laurence Brunet, *Chapitre 12. Des usages protéiformes de la nature. Essai de relecture du droit français de la filiation* In : *L'argument de la filiation : Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes [en ligne consulté le 27 mai 2021]*. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2011

après le cent-quatre-vingtième jour du mariage ou moins de trois-cents jours après la dissolution³⁴⁹ du lien conjugal³⁵⁰.

En ce qui concerne la preuve de cette filiation légitime, elle s'effectue grâce à l'acte de naissance et titre par possession d'état. La naissance de l'enfant doit être déclarée auprès de l'officier d'état civil par le mari. Les actes d'état civil ayant été attribués aux autorités civiles, Napoléon ne réforme pas profondément cette règle, Portalis justifiait cela ainsi : « *Depuis la découverte de l'écriture, tout a changé : les mariages, les naissances, les décès sont constatés par des registres. En conséquences, la preuve la plus légitime dans les questions d'état, est celle qui se tire des registres publics* ».

Comme le précise l'article 312 du Code civil, le mari peut désavouer sa paternité, cette exception au « pater is est » a été purement et simplement reprise par les rédacteurs du Code civil, encore une fois il convient d'affirmer que la filiation légitime n'a pas été objet d'une refonte totale par rapport à l'Ancien Régime, et ce en raison des moeurs de l'époque.

B) L'exception reprise en matière de présomption de paternité

La présomption de paternité a été instaurée en droit romain et reprise ensuite durant l'Ancien Régime puis pendant la période révolutionnaire, cette présomption a toujours été assortie d'une réserve : le désaveu de paternité. L'exception en matière de présomption de paternité a été instaurée pour contrer une filiation qui en réalité ne serait pas légitime. Cette exception permet au mari qui ne serait pas réellement le père de l'enfant de ne pas être obligé à l'égard de cet enfant.

³⁴⁹ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.* p. 105

³⁵⁰ Code civil 1804, Article 312 : « *L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari. Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme* ».

Le désaveu de paternité est, à l'instar de la Révolution française et sous l'Ancien régime, enfermé dans des délais restrictifs³⁵¹. L'article 312 du Code fait état de ces conditions strictes³⁵² : « Néanmoins celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que, pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ». Le désaveu de paternité pourrait être outragé dans l'hypothèse où le mari a lui même déclaré l'enfant auprès des autorités civiles ou dans l'hypothèse où il aurait eu connaissance de la grossesse avant le mariage. Une réserve va être à préciser : le mari ne peut invoquer son impuissance sexuelle afin de désavouer un enfant³⁵³. Par ailleurs, dans le même ordre d'idées, l'adultère de la femme mariée ne sera que très rarement un motif pour le mari de désavouer l'enfant, cette disposition ne semble pas être en contradiction avec les idées de l'époque puisque Napoléon se montrait contre l'adultère.

Dès lors que les conditions sont réunies, le désaveu de paternité doit être constaté en justice, si la décision de justice confirme que le mari n'est pas le père de l'enfant, l'enfant sera considéré comme enfant naturel³⁵⁴, ce qui engendrera des conséquences - qui seront développées ultérieurement-.

La filiation légitime était considérée comme la norme durant la période révolutionnaire et durant la période de codification, mais il ne faut pas oublier qu'elle n'est pas l'unique filiation établie au sein du mariage. En effet, l'adoption permet également de former une famille.

³⁵¹ Anne Lefebvre-Teillard. « La famille, pilier du Code civil », *loc.cit.*, pp. 311-319. L'Etat « exige que l'enfant issu du mariage soit présumé légitime et que l'on ne permette le désaveu de paternité que dans des cas extrêmement limités ».

³⁵² Françoise Dekeuwer-Défossez « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *loc.cit.*, pp. 37-53.

³⁵³ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 105

³⁵⁴ Alfred Nizard, Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804. In: *Population*, 32^e année, n°1, 1977. pp. 91-122

Chapitre 2 : La filiation adoptive

L'adoption est aujourd'hui définie comme étant la « *création par jugement d'un lien juridique de filiation entre deux personnes qui, sous le rapport du sang, sont généralement étrangères l'une à l'autre* »³⁵⁵. L'adoption, ou don d'enfant³⁵⁶, a tardé avant de devenir une institution juridique de filiation³⁵⁷, toutefois l'adoption était admise à Rome³⁵⁸ - ne constituant toutefois pas un mode de filiation à part entière -, et c'est pour cette raison qu'à l'aube de la Révolution française, s'est développée l'idée d'une réforme de l'adoption (Section 1). Par la suite, l'adoption sera considérée comme « *la consolation des mariages stériles et une vaste carrière de secours pour les enfants souvent très nombreux des pères et mères pauvres* »³⁵⁹, et sera ainsi consacrée par le Code Napoléonien (Section 2).

Section 1 : L'adoption et la Révolution française

« *L'adopté était un ennemi de la famille, un étranger qui la privait des biens des ancêtres et qu'il fallait, en conséquence, écarter* »³⁶⁰. Telle a été la pensée dominante à l'égard de l'adoption aux abords de la Révolution française, de sorte que l'adoption ne figurait en aucun cas dans les réformes envisagées aux Etats Généraux. (A) Il faudra attendre que les Assemblées révolutionnaires consacrent le rétablissement effectif de l'adoption. L'adoption est un « *contrat par lequel une personne de l'un ou de l'autre sexe, pour se consoler de n'avoir point d'enfants légitimes, exerce une espèce de paternité envers un individu dont elle a éprouvé les sentiments, et à qui elle transmet*

³⁵⁵ Serge Guinchard, Thierry Debarb, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.* p. 42

³⁵⁶ Agnès Fine, *Le don d'enfant dans l'ancienne France* In : *Adoptions : Ethnologie des parentés choisies* [en ligne consulté le 25 mai 2021]. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1998

³⁵⁷ Agnès Fine, « Regard anthropologique et historique sur l'adoption. Des sociétés lointaines aux formes contemporaines », *Informations sociales*, vol. 146, no. 2, 2008, pp. 8-19.

³⁵⁸ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 93

³⁵⁹ Berlier, Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 102

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 93

son nom et assure sa succession, sans porter atteinte aux droits de celui-ci dans sa famille naturelle »³⁶¹. (B)

A) L'intérêt révolutionnaire éphémère pour l'adoption

L'adoption a longtemps été délaissée par le droit, même s'il faut noter que les rois et princes avaient déjà des pratiques ressemblantes à l'adoption qui consistaient à désigner leurs successeurs. Ce mode de désignation n'était pas soumis à une législation, mais certaines coutumes avaient pris le soin de les aborder. À titre d'exemple, la coutume du Bourbonnais voyait en l'adoption un moyen de disposer de son bien³⁶², la coutume de Xaintes quant à elle estimait que « *Celui qui est associé et affilié succède à l'associant et affiliant avec les enfants naturels et légitimes, par têtes (...), les adoptés, affiliés ou associés, portent et confèrent les héritages* »³⁶³. Il est assez surprenant de ne pas retrouver l'adoption dès l'Ancien Régime dès lors que ce mode de filiation était très répandu chez les Grecs ou chez les Romains³⁶⁴.

Il faut alors se demander : comment l'adoption est devenue un mode de filiation à part entière ? La Révolution française a-t-elle eu un rôle à jouer ? La législation relative à l'adoption n'avait pas été sollicitée par les cahiers de doléances durant l'Ancien Régime, on peut dire que « *si l'adoption fut en usage sous la monarchie franque, elle n'était plus pratiquée depuis bien des siècles* »³⁶⁵. Toutefois un événement a fortement contribué au fait que les Assemblées révolutionnaires se soient finalement intéressées de près à l'adoption. Marcel Garaud et Romuald Szramkiewicz ont ainsi expliqué qu'en raison de « *l'attrait de l'Antiquité et des sentiments humanitaires de l'époque* », l'adoption reviendrait à l'ordre du jour. C'est chose faite, puisque

³⁶¹ P-A. Garrez, *Traité de l'adoption, avec le recueil complet des lois et des arrêtés qui ont organisé cette institution, et celle de la tutelle officieuse...*, Garnery, 1804.

³⁶² J.L. Allard, *Des enfants naturels : reconnaissances, adoptions, successions*, Paris, 1878, p. 87

³⁶³ P-A. Garrez, *Traité de l'adoption, avec le recueil complet des lois et des arrêtés qui ont organisé cette institution, et celle de la tutelle officieuse*, *op.cit.*

³⁶⁴ *Ibid.*

Coutume très ancienne chez les Romains, ils disposaient même d'une formule expresse pour réaliser les adoptions. Trois sortes d'adoptions étaient envisagées : celle d'un fils de famille, l'adrogation, ou par testament.

³⁶⁵ Jules-Henri-Edouard Rohart, *De l'Adoption*, thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, 1856, p. 95

Hennet étudiera l'adoption, suivi par François-Xavier Lanthenas - qui avait préalablement recueilli le soutien d'un nombre important de citoyens -. François-Xavier Lanthenas peut, à son échelle, être considéré comme la tête pensante de l'adoption puisque c'est grâce à lui qu'a été lancé le projet. L'Assemblée Constituante s'est vue adressée une lettre en août 1791 dans laquelle Lanthenas exposait son souhait de rétablir l'adoption, qui serait selon lui « *un moyen efficace pour anéantir la richesse* »³⁶⁶.

La proposition de Lanthenas n'a toutefois pas pu être analysée et consacrée par l'Assemblée constituante puisque cette dernière s'est séparée avant même d'entreprendre le projet. Ce projet sera complété par l'Assemblée législative.

B) L'adoption inachevée au sein de l'Assemblée législative

L'Assemblée Législative a le mérite d'avoir entamé la législation relative à l'adoption. « *La Révolution allait donner aux parents la liberté de choisir des enfants selon leur coeur* »³⁶⁷, l'idée était d'accorder aux parents, aux époux mariés, de pouvoir constituer leur famille comme bon leur semblait. Marie-Hélène Renaut affirme que « *Comme la famille ne doit pas rester un corps fermé, il convient de l'ouvrir à des personnes nouvelles, soit par l'introduction d'enfants naturels, soit par l'adoption.* »³⁶⁸, l'Assemblée révolutionnaire a donc fait le choix de permettre aux familles de s'ouvrir à de nouvelles personnes. Comme exprimé précédemment l'adoption ne faisait pas partie intégrante des revendications de l'époque, même si selon le doyen Carbonnier l'adoption est « *de volonté, de liberté Pure* »³⁶⁹.

³⁶⁶ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 96

³⁶⁷ Romuald Szramkiewicz, *Histoire du droit français de la famille*, *op.cit.*, p. 82

³⁶⁸ Marie-Hélène Renaut, *Histoire du droit privé - Personnes et biens*, *op.cit.*, p. 125

³⁶⁹ Jean Carbonnier, « Le statut de l'enfant en droit civil pendant la révolution », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989, pp. 295-306.

C'est pourquoi l'Assemblée législative, par le biais de quelques députés³⁷⁰, décide de réclamer le rétablissement de l'adoption. « *Je demande que le Comité de législation comprenne l'adoption dans son plan général des lois civiles* » avait disposé Rougier-Labergerie. Finalement l'adoption sera rétablie par un décret du 18 janvier 1792. Toutefois, ce décret sera très bref puisqu'il ne précisera en rien les conditions et effets de l'adoption³⁷¹. L'adoption va même devenir, grâce à la Constitution de 1793, un moyen d'acquérir des droits de citoyen à tous les étrangers qui adopteraient un enfant français³⁷².

Le rétablissement de l'adoption n'a su être parachevé par l'Assemblée législative, cependant les révolutionnaires ne se sont pas arrêtés là, la Convention a également apporté sa pierre à l'édifice. Encouragée par les pétitions, elle décide de reprendre à son compte le projet d'adoption. Charles-François Oudot de la Côte-d'Or, ou plus communément appelé le père de la loi sur l'adoption, estimait que l'adoption était la « *pièce maîtresse de son système législatif* », l'adoption selon lui devait être un « *devoir sacré et indispensable pour tout citoyen qui n'aura pas d'enfant* »³⁷³. Oudot autorisait l'adoption à tous les majeurs et imposait une limite de douze enfants. S'agissant de l'adopté, il ne devait pas avoir plus de seize ans. Oudot n'est pas le seul à avoir appréhender l'adoption, tel a été le cas pour Berlier aussi qui est venu limiter le pourcentage de l'adopté sur la succession de l'adoptant.

Les propositions de Berlier et Oudot ont été source d'inspiration pour les projets de Code civil, de sorte que Cambacérès s'y intéressera davantage. En prenant en compte le fait que les projets de Code civil ont fortement inspiré l'avant-projet de Code civil de la commission gouvernementale, il convient de se soucier désormais de l'adoption au sein des projets de code et du Code civil lui-même.

³⁷⁰ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution Française et la famille*, *op.cit.*, p. 96
Delivet de Saint-Mars, député de l'Eure

³⁷¹ « Chronologie de l'adoption », Jean-François Mignot éd., *L'adoption*. La Découverte, 2017, pp. 101-102.

³⁷² Constitution du 24 juin 1793, Article 4. - « *Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis ; - Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année - Y vit de son travail - Ou acquiert une propriété - Ou épouse une Française - Ou adopte un enfant - Ou nourrit un vieillard ; - Tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité - Est admis à l'exercice des Droits de citoyen français* ».

³⁷³ Révolution Française, Table Alphabétique du Moniteur, de 1787 jusqu'à l'an 8 de la République, t. II, L-Z p. 301, Oudot

Section 2 : La continuité consacrée de l'adoption

L'adoption sera abordée par Cambacérès au sein de ses trois projets de Code civil (A) avant d'être consacré pleinement par le Code civil (B).

A) Des avant-projets révolutionnaires novateurs en matière d'adoption

Cambacérès considérait que « *l'adoption (était) à la fois un acte de bienfaisance et un instrument de politique sociale permettant la division des grandes fortunes pour parvenir à plus d'égalité* »³⁷⁴. Pour illustrer sa pensée, il avait naturellement décidé d'inclure l'adoption dans ses projets de Code civil. À l'inverse, Jacqueminot avait fait l'impasse sur l'adoption dans son projet de Code civil. Cambacérès s'est fortement inspiré des idées de Berlier et Oudot pour rédiger ses différents projets³⁷⁵ de Code civil.

Le premier projet de Code civil rédigé en 1793 faisait état du projet d'intégrer l'adoption dans les modes de filiation, Cambacérès consacrait le Titre VII composé de vingt-quatre articles à l'adoption. L'article 1er pose le principe en ces termes : « *Toute personne majeure de l'un et l'autre sexe, capable des effets civils, est habile à adopter un enfant pour le nourrir et l'élever comme le sien* ». L'adoption n'est pas limitée aux seules personnes n'ayant pas encore d'enfant³⁷⁶ - contrairement aux idées établies par Oudot -, et doit être effectuée auprès des officiers d'état civil³⁷⁷. Des conditions d'âge seront envisagées, d'abord l'adoptant doit être majeur puis doit avoir

³⁷⁴ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 66

³⁷⁵ Julien Boudon. « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *loc.cit.*, pp. 91-106.

La coutume est d'attribuer le mérite à Cambacérès, mais « *ces projets ne sont pas le fait d'un seul homme, mais de plusieurs rassemblés dans le Comité de législation de la Convention puis dans la commission de la classification des lois du Conseil des Cinq-Cents. Ces deux formations rassemblaient d'éminents juristes, notamment Merlin (de Douai), Garran-Coulon, Berlier et Oudot* ».

³⁷⁶ Cambacérès, Premier projet de Code civil, 1793, Livre Premier, Titre VII, Article 3 : « *La faculté d'adopter peut être exercée par ceux mêmes qui ont des enfans* ».

³⁷⁷ Cambacérès, Premier projet de Code civil, 1793, Livre Premier, Titre VII, Article 6

au moins quinze ans pour le père et treize ans pour la mère de plus que l'adopté³⁷⁸. Le deuxième projet de Cambacérés en 1794 sera beaucoup plus bref sur la question de l'adoption, puisqu'elle fera partie du titre II « De la paternité et de la filiation » dans lequel elle fera l'objet de six articles, articles similaires à ceux envisagés dans le premier projet quant aux conditions et principes de l'adoption.

Enfin, le dernier projet de Cambacérés prendra un autre tournant, d'abord Cambacérés n'envisage plus l'adoption pour les personnes ayant déjà des enfants³⁷⁹. L'adopté ne doit pas avoir plus de quatorze ans³⁸⁰. Le troisième projet n'a pas reçu d'éloges durant les discussions, même si par la suite une commission de classification des lois a été nommée dans le but d'appréhender la législation de l'adoption - commission qui fut supprimée avant de la consacrer -³⁸¹.

L'avant projet de la Commission gouvernementale³⁸² - Maleville, Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu - n'entendait pas consacrer l'adoption au même titre que Cambacérés, en effet les rédacteurs du Code civil étaient assez hostiles quant à l'adoption que Maleville considérait être « *l'abominable régime* »³⁸³. Pour autant, le Code civil pensé par Napoléon n'avait d'autre choix que de consacrer l'adoption, étant lui-même un partisan de l'adoption³⁸⁴.

³⁷⁸ Cambacérés, Premier projet de Code civil, 1793, Livre Premier, Titre VII, Article 5

³⁷⁹ Cambacérés, Troisième projet de Code civil, 1796, Livre Premier, Titre II, Article 141

³⁸⁰ *Ibid.*, Article 142

³⁸¹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 101

³⁸² L'avant projet sera discuté devant le Conseil d'Etat, s'y tiendra cent sept séances de 1801 à 180. (Saman Safatian, « La rédaction du Code civil », *loc.cit.*, pp. 49-63.)

³⁸³ Jean-Louis Halpérin, « Le projet de l'an IX, matrice du code civil ? », *Droits*, vol. 42, no. 2, 2005, pp. 19-30.

³⁸⁴ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 66

B) Un Code civil consécuteur d'une adoption révolutionnaire

À l'aube de l'adoption du Code civil, le Tribunal de Cassation regrettait que l'adoption n'en fasse pas partie, pour cette raison des discussions ont été réalisées au sein de la Section de législation du Conseil d'Etat, et ce selon la volonté de Bonaparte³⁸⁵. « *Le Premier consul souhaite dans l'intérêt de l'adoptant et de l'adopté, que l'adoption soit intégrée à la législation civile* »³⁸⁶, Napoléon avait toujours estimé l'adoption, de sorte que l'adoption pensée par la Révolution Française lui a servi d'ébauche pour réaliser à bien la législation. L'adoption révolutionnaire du 18 janvier 1792 était assez théorique et assez souple, mais sera organisée par le législateur par une loi du 25 germinal an XI³⁸⁷. Pour Napoléon, « *l'adoption est une fiction qui singe la nature* ³⁸⁸, *une espèce de sacrement destiné à établir les sentiments et les affections de la filiation et la paternité entre deux indivis nés étrangers l'un de l'autre* »³⁸⁹.

L'adoption a donc été introduite dans le Code civil de 1804 - l'adoption simple uniquement, l'adoption plénière n'était pas envisagée à l'époque³⁹⁰ -, désormais cette institution sera réglementée et ce plus strictement de l'adoption révolutionnaire, à titre d'exemple, l'adoption prévue dans le Code civil ne sera pas autorisée sur les mineurs³⁹¹, sachant qu'à l'époque l'âge de

³⁸⁵ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 102

³⁸⁶ Leila Saada, « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *loc.cit.*, pp. 25-49.

³⁸⁷ Recueil des lois composant le Code civil, décrétées en l'an XI. et promulguées par le premier consul, vol. 4, p. 56

³⁸⁸ D'ailleurs, Napoléon méprisait au plus haut point la filiation naturelle, qu'il plaçait en deçà de la filiation adoptive.

³⁸⁹ Hubert Bosse-Platière, « L'adoption, universalité et spécificités », *Informations sociales*, vol. 146, no. 2, 2008, pp. 4-5.

³⁹⁰ « Chronologie de l'adoption », Jean-François Mignot éd., *L'adoption*. La Découverte, 2017, pp. 101-102.

³⁹¹ Code civil 1804, Titre VIII « De l'adoption et de la tutelle officieuse », Chapitre Ier, Section 1, Article 346 : « *L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses père et mère, ou l'un des deux, n'a point accompli sa vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le consentement donné à l'adoption par ses père et mère, ou par le survivant ; et s'il est majeur de vingt-cinq ans, de requérir leur conseil* ».

majorité était fixé à vingt-sept ans³⁹². La majorité³⁹³ est donc une première condition à respecter pour pouvoir réaliser une filiation adoptive. L'adoptant ne devait pas avoir moins de cinquante ans et il devait être sans enfant. L'adoption est subordonnée à des conditions relatives à l'âge de l'adoptant et de l'adopté mais ce n'est pas tout, en effet le Code civil prévoit que la différence d'âge entre les deux doit correspondre à quinze ans minimum, ce n'est pas sans rappeler le premier projet de Cambacérès. Ensuite, l'adoptant doit avoir préalablement apporté des soins continus pendant six années minimum envers l'adopté mineur, cette condition peut toutefois être ignorée si l'adopté sauve la vie de l'adoptant³⁹⁴. L'adoption envisagée par Bonaparte était instituée dans le but de « *venir en aide aux enfants malheureux* »³⁹⁵, et sera organisée devant le tribunal.

Le Code civil consacrait également une tutelle officieuse, cette tutelle résultait en une sorte de contrat devant le juge de paix qui permettait à un majeur d'élever gratuitement un enfant, cette tutelle officieuse était utile dans la perspective de préparer une adoption, mais en pratique elle était très peu utilisée.³⁹⁶

La volonté napoléonienne a toujours été de faire primer la filiation légitime, et c'est pour cette raison que l'adoption - bien qu'admise, et jugée supérieure à la filiation naturelle -, est encadrée strictement, Napoléon ne voulait pas qu'elle « *concurrence le mariage légitime* »³⁹⁷.

Puisque la filiation légitime et la filiation adoptive ont été abordées, il convient maintenant d'envisager une filiation qui ne s'établit jamais durant le mariage : la filiation naturelle.

³⁹² François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 4

³⁹³ Agnès Fine, *Le don d'enfant dans l'ancienne France* In : *Adoptions : Ethnologie des parentés choisies* [en ligne consulté le 25 mai 2021]. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1998
« En France, par exemple il a fallu attendre le Code civil napoléonien pour qu'elle soit rétablie et seulement pour les enfants majeurs »

³⁹⁴ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 106

³⁹⁵ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 102

³⁹⁶ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit française de la famille, *op.cit.*, p. 106

³⁹⁷ Agnès Fine. L'évolution de l'adoption en France, entre filiation et parentalité. Journal de Pédiatrie et de Puériculture, Elsevier Masson, 2005, pp.155-161

Titre 2 : La filiation en dehors du mariage

L'enfant né hors mariage est désigné depuis 2005 comme « *l'enfant qui n'est pas né, ni a été conçu, pendant le mariage ; on l'appelait auparavant « enfant naturel »* »³⁹⁸. En 2002³⁹⁹, les inégalités entre les enfants ont été supprimées, et cette distinction n'a aujourd'hui plus de sens puisque depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005⁴⁰⁰, elle a totalement été abandonnée. Toutefois durant l'Ancien régime, la Révolution française et la grande codification, cette distinction était omniprésente.

La filiation en dehors du mariage permet d'aborder deux thématiques distinctes : à savoir la filiation naturelle (Chapitre 1) et la filiation adultérine (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La filiation naturelle

« *Expression aujourd'hui abandonnée par la loi, qui désignait la filiation caractérisant les enfants conçus et nés hors mariage de leurs parents. La filiation était dite simple, lorsque les parents n'étaient pas, à l'époque de la conception ou de la naissance, engagés dans les liens du mariage, entre eux ou avec un tiers (...) »* »⁴⁰¹. Les enfants naturels ont été victime de leur naissance hors mariage, en effet les révolutionnaires n'ont cessé de rappeler leur infériorité face aux enfants légitimes même si leur condition a quelque peu évolué (Section 1), cette évolution ne durera pas longtemps avant que Napoléon réaffirme leur infériorité (Section 2).

³⁹⁸ Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 432

³⁹⁹ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

⁴⁰⁰ Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

⁴⁰¹ Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 484

Section 1 : La légère évolution révolutionnaire du statut des enfants naturels

Les révolutionnaires ont adopté une position assez sévère vis-à-vis des enfants naturels (A). La Révolution française a quand même œuvré en faveur de la filiation naturelle : d'une part en abolissant le droit de bâtardise, puis en réformant leur statut (B).

A) Une position révolutionnaire encore sévère à l'égard des enfants naturels

Afin de constater la rupture révolutionnaire avec la situation d'Ancien Régime vis-à-vis des enfants naturels, il convient de rappeler brièvement que les enfants naturels étaient très mal perçus durant l'Ancien droit. Pour rappel, l'influence de la religion catholique était telle que la société d'Ancien Régime avait instruit le mariage comme étant un sacrement, une institution créatrice de famille. L'Eglise ne percevait la famille que sur la base de la filiation légitime, de sorte que les enfants naturels, anciennement appelés « bâtards » étaient rejetés - Les enfants naturels simples étaient moins méprisés que les enfants de conception « ex damnato coitu » (adultérin ou incestueux)
-402.

Comme pour l'adoption, les cahiers de doléances⁴⁰³ ne réclamaient pas une réforme du statut des enfants naturels, personne n'estimait à l'époque que l'enfant naturel était assimilable à l'enfant légitime. Il faut rappeler quand même que la période révolutionnaire prônait l'égalité, et pour cette raison Robespierre avait préconisé en 1786 à l'égard de la situation des enfants naturels « *de (la) modifier, dans un sens plus conforme à l'humanité des lois empreintes de barbaries d'un autre âge* », mais « *pour l'intérêt des mœurs, pour la dignité du lien conjugal, il convient de (leur)*

⁴⁰² Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 57

⁴⁰³ Jean Bart. Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille, *loc.cit.* pp. 187-196
Quelques demandes peuvent être soulevées ; à Dijon « un moyen d'améliorer le sort des bâtards en les rendant utiles à l'État et qu'à l'avenir ils pourront être admis comme tous les autres citoyens à tous les emplois de la société » ; en Touraine la demande d'une loi qui « *assurerait à jamais l'état de la subsistance des bâtards* ».

*accorder aucun droit de famille »*⁴⁰⁴. La pensée révolutionnaire reprenait le mépris accordé aux enfants naturels de l'ancien droit, Pothier disait que « *par le droit romain, les bâtards appartenant à la famille de leur mère : mais, par le droit français, ils n'appartiennent à aucune famille, toute parenté naturelle provenant d'une conjonction illégitime n'étant pas considérée dans notre droit ; de là, il suit qu'ils n'ont droit de succéder à personne, si ce n'est à leurs enfants nés d'un légitime mariage, et qu'il n'y a que leurs enfants nés en légitime mariage qui puissent leur succéder »*⁴⁰⁵. Une fois les Etats généraux réunis, la tendance s'est quelque peu inversée, progressivement des projets en faveur des enfants naturels ont été émis, Peuchet considérait qu'il fallait venir en aide à la « *classe persécutée, méconnue de la loi civile »*⁴⁰⁶, mais allant jusqu'à envisager une meilleure situation successorale, il ne considère toutefois pas que les enfants naturels devaient avoir le même statut juridique que les enfants légitimes. Cela témoigne d'une volonté plus égalitariste qui reste cependant très limitée, l'idée était d'améliorer leur condition, sans pour autant les mettre sur le même pied d'égalité que les enfants issus d'une filiation légitime.

Il faut noter que la position révolutionnaire sera particulièrement sévère envers les enfants naturels, de sorte qu'aucune légitimation⁴⁰⁷ ne sera envisagée pour les enfants naturels, alors que sous l'Ancien Régime la légitimation pouvait s'opérer selon deux manières. D'abord la légitimation par mariage subséquent, où l'enfant naturel se voyait attribuer le statut et les droits de l'enfant naturel, et la légitimation par lettres du prince par laquelle l'enfant se voyait attribuer les effets cités s'il était issu d'un concubinage. Mais finalement la Révolution a aboli la légitimation, de sorte que lorsqu'un enfant naît en dehors du mariage, il le reste et est contraint par toutes les conséquences découlant de sa naissance. Sous le Consulat, l'enfant naturel se verra éjecté du « sanctuaire familial », sans aucune possibilité pour lui d'établir sa filiation⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ E. Hamel, Histoire de Robespierre, Paris, 1865 I, pp. 158 et 159 in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 110
Discours prononcé à l'académie d'Arras en 1786

⁴⁰⁵ Traité des personnes et des choses, Première partie, T. IV, « Bâtards ne succèdent point ores qu'ils soient légitimes » (Loysel).

⁴⁰⁶ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 112

⁴⁰⁷ Décret du 12 brumaire an II

⁴⁰⁸ Leila Saada, « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *loc.cit.*, pp. 25-49.

L'établissement de la filiation était complexe, Cambacérés considérait qu'il ne fallait pas que la déclaration de la mère non mariée soit une preuve de paternité, d'ailleurs le Conseil d'Etat faisait état de cette déclaration en précisant sur l'acte de naissance que le nom du père avait été désigné par la mère : de sorte que la paternité restait très hypothétique et non avérée. L'enfant naturel pouvait faire l'objet d'une reconnaissance paternelle, toutefois cette reconnaissance devait être libre et volontaire. L'ancien droit permettait encore aux enfants naturels d'effectuer une recherche de paternité, la Révolution française est venue abolir ce droit, par le décret du 12 brumaire an II, au nom de la tranquillité et stabilité des familles. Les révolutionnaires ont estimé « *qu'il était suffisant d'admettre la reconnaissance volontaire pour sauvegarder les droits de l'enfant naturel* » au regard de la loyauté et grandeur morale de l'homme.⁴⁰⁹

Si la situation des enfants naturels a quelque peu évolué⁴¹⁰ - peut être citée la loi du 12 brumaire an II relative aux successions qui sera détaillée brièvement ultérieurement -, ils n'en restent inférieurs aux enfants légitimes selon les révolutionnaires. Ce qu'il ne faut pas omettre, c'est que malgré la sévérité révolutionnaire à leur égard, ils ont vu leur statut évoluer.

B) L'évolution révolutionnaire du statut de l'enfant naturel

Durant l'Ancien Régime le bâtard⁴¹¹, selon Aguesseau faisait référence à tous les enfants nés hors mariage. L'enfant né hors mariage pouvait s'agir des enfants nés « *ex solute et soluta* », c'est à dire né d'un homme et d'une femme non engagés dans les liens du mariage avec d'autres qui pourraient contracter une union légitime entre eux. L'enfant né hors mariage pouvait également être

⁴⁰⁹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 119

⁴¹⁰ La loi établie le 12 brumaire an II a fait l'objet de critiques, elle est selon Marie-Hélène Renaut, une des plus mauvaises du droit intermédiaire, puisque cette loi a un effet rétroactif jusqu'au 14 juillet 1789, effet rétroactif qui sera aboli en 1795 sous le Directoire.

⁴¹¹ Sylvie Steinberg. *La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime* In : *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne* [en ligne consulté le 25 mai 2021]. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2016

Dictionnaire de Furetière, Article « Bastard » : « *Parce que les bâtards sont les effets trop proches de la débauche, et de la pudeur violés, les loix ont voulu retrancher la licence de mal faire, en laissant toujours sur eux quelques traces de l'infamie, et de l'indignité de leur naissance* »

issu « d'une femme de mauvaise vie et de père incertain ». Il s'agissait enfin de tous les enfants exposés, les enfants issus d'adultère, les enfants incestueux et les enfants engendrés par un prêtre⁴¹².

La DDHC du 26 août 1789 a permis aux enfants naturels de voir leur statut juridique changer. Puisque l'égalité juridique⁴¹³ est affirmée par les révolutionnaires, les « bâtards » se sont vus accorder une nouvelle terminologie, c'est à partir de ce moment que la dénomination d'enfant naturel a fait son apparition.

Sous l'Ancien Régime, les enfants naturels étaient soumis au droit de bâtardise, ils étaient déjà très stigmatisés⁴¹⁴. Il est courant de parler non pas d'une bâtardise, mais des bâtardises⁴¹⁵ puisque les enfants naturels, les enfants adultérins et incestueux étaient tous considérés comme des enfants bâtards⁴¹⁶. L'infériorité des enfants naturels était justifiée par l'intolérance de l'Église envers les enfants nés hors mariage, dès 1185 le chef de la justice d'Henri II Plantagenêt disposait que « *l'héritier légitime ne pouvait pas être le bâtard ni celui qui n'a pas été procréé d'un légitime mariage* »⁴¹⁷. Il ne faut pas négliger le fait que le droit justinien, selon Anne Lefebvre-Teillard, n'était pas dans l'optique de différencier les enfants selon qu'ils aient été conçu au sein du mariage, à cet égard elle dispose que « *lorsque seule la Nature commandait (...), il n'y avait aucune différence entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. De même qu'ils naissaient tous libres, ils naissaient tous légitimes. Ce sont les lois civiles écrites qui ont introduit une différence entre enfants légitimes et illégitimes* »⁴¹⁸.

⁴¹² Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 58

⁴¹³ DDHC, Article 1 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* »

Article 6 : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

⁴¹⁴ Sylvie Steinberg, « La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime ». in Carole Avignon. *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne. loc.cit.*, (pp. 439-454)

⁴¹⁵ Carole Avignon, Introduction : Pour une histoire sociale et culturelle de la bâtardise in : Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne [en ligne consulté le 25 mai 2021]. *Loc.cit.*
Selon Carole Avignon, la bâtardise commence dans l'assimilation à une semence maudite et l'exclusion du périmètre juridique de la famille.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid.*

La sécularisation du mariage aurait pu engendrer une égalité parfaite au sein des filiations, et c'est ce que l'Assemblée constituante a tenté de faire par la loi du 12 brumaire an II⁴¹⁹, en incluant l'enfant naturel dans la succession - point évoqué ultérieurement -. En d'autres termes, la Révolution française avait contribué à l'émancipation⁴²⁰ des enfants naturels en les considérant comme des citoyens, pouvant ainsi acquérir des droits, au même titre que les enfants légitimes. Les révolutionnaires, par le biais d'un décret du 13 avril 1793 ont aussi aboli purement et simplement le droit de bâtardise. Un décret du 4 juin 1793 sera adopté aussi en faveur des enfants naturels : il dispose qu'il sera possible de poursuivre en justice celui qui refuse de reconnaître l'enfant du temps de sa minorité⁴²¹, cette action pouvait ainsi servir aux mères désignant un père qui refuserait de reconnaître l'enfant en raison d'un mariage contracté avec une tierce personne. Ces changements révolutionnaires témoignent de la volonté d'intégrer au mieux l'enfant naturel dans la famille.

Si les révolutionnaires ont légèrement amélioré la situation des enfants naturels, Napoléon n'entendait pas parachever une telle amélioration, puisque pour lui la famille légitime restait la famille à promouvoir, une forme de filiation jugée supérieure.

⁴¹⁹ Loi du 2 novembre 1793

⁴²⁰ Sylvie Steinberg, « Et les bâtards devinrent citoyens. La privatisation d'une condition d'infamie sous la Révolution française », *Genèses*, vol. 108, no. 3, 2017, pp. 9-28.

⁴²¹ Décret 4 juin 1793, Article 13 : « *Pendant la minorité de l'enfant naturel, le père ou la mère auront le droit de poursuivre en justice celui des deux qui refusera de le reconnaître* ».

Section 2 : La discontinuité civiliste de la situation des enfants naturels

« Mais le Code Napoléon institue une conception du mariage, de la filiation et de la famille qui refuse l'individualisme du droit révolutionnaire qui donnait trop, selon Portalis, à la liberté et à l'égalité ». ⁴²² Pour Portalis, le droit révolutionnaire avait tendance à accorder beaucoup trop de liberté et d'égalité, les avant-projets de Code civil n'auront pas la même approche : les avant-projets mettront en évidence une vision plus égalitariste au profit des enfants naturels (A). Napoléon ne choisira toutefois pas cette voie en matière de filiation naturelle (B), qu'il juge nettement inférieure à la filiation légitime.

A) Les avant-projets du Code civil en quête de plus d'égalité entre les enfants naturels et légitimes

Afin d'aborder la filiation naturelle au sein des avant-projets de Code civil, il convient de s'attarder aux projets qui n'ont pas été consacrés à savoir les projets de Cambacérès (1), puis ensuite d'aborder l'avant-projet de la Commission gouvernementale composée de Portalis, Maleville, Tronchet et Bigot de Préameneu (2).

1) La position de Cambacérès et Jacqueminot vis-à-vis de la filiation naturelle

Cambacérès estimait qu'il fallait donner des droits aux enfants naturels, en réaction aux principes révolutionnaires, et plus particulièrement pour une question d'équité, ils devaient acquérir des droits, toutefois leur accorder tous les droits conférés aux enfants légitimes, n'était pas l'objectif poursuivi. En effet, l'idée était toujours de favoriser le mariage⁴²³, et en accordant les mêmes droits

⁴²² Philippe Portier, Irène Théry, Du mariage civil au « mariage pour tous », Sécularisation du droit et mobilisations catholiques, Débat entre Philippe Portier et Irène Théry animé par Céline Béraud et Baptiste Coulmont

⁴²³ Anne Verjus. Les lois de l'an II sur les enfants naturels : quels nouveaux droits pour les pères (1793-1804). 2018

aux enfants naturels et aux enfants légitimes, cela aurait pu conduire les familles à se passer du mariage. Cambacérès pensait qu'en incluant les enfants naturels dans la législation, « *La République y gagnera plus d'enfants et de partisans* »⁴²⁴. Pour cette raison, dès le 7 mars 1793 une proposition de loi sur les enfants naturels émerge. Dans sa proposition, Cambacérès accordait aux enfants naturels le droit de succéder à leurs père et mère une fois que ces derniers avaient été reconnus⁴²⁵, son objectif premier n'était pas forcément de placer sur le même pied d'égalité les deux filiations - naturelle et légitime - puisqu'il fallait toujours prioriser le mariage, mais les enfants naturels, selon lui, pouvaient avoir plus de droits. Berlier quant à lui estimait que les enfants naturels et les enfants légitimes devaient être mis sur le même pied d'égalité. Son premier projet de Code civil en 1793 prône l'assimilation⁴²⁶ de l'enfant naturel à l'enfant légitime et ses dispositions seront retranscrites dans la loi du 12 brumaire an II.

Quant à son deuxième projet de Code civil, il n'admet pas non plus - au même titre que les dispositions révolutionnaires - la recherche de paternité. Enfin, le troisième projet regroupera les principes connus du Code civil de 1804, à savoir la reconnaissance⁴²⁷ volontaire possible a posteriori, l'interdiction de la recherche de paternité⁴²⁸ ou encore l'autorisation de la recherche de maternité⁴²⁹.

En ce qui concerne la filiation naturelle, Jacqueminot avait réalisé deux projets, l'un rejetant l'enfant naturel d'une quelconque succession à l'égard de ses parents en raison de l'absence de mariage, le second dans lequel l'enfant naturel pourrait succéder à ses père et mère, à ses frères et soeurs qu'ils soient légitimes ou naturels. Même si, selon Jacqueminot, l'enfant naturel pouvait

⁴²⁴ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 61

⁴²⁵ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 114

⁴²⁶ Cambacérès, Premier projet de Code civil, 1793, Titre IV, Articles d'appendice au titre 4 du Livre Ier

⁴²⁷ Cambacérès, Troisième projet de Code civil, 1796, Livre Ier, Titre II, Article 129 : « *Les époux peuvent, dans l'acte de leur mariage, reconnaître les enfans qu'ils ont eus l'un de l'autre* ».

⁴²⁸ *Ibid.*, Article 134 : « La loi n'admet pas la recherche de la paternité non avouée »

⁴²⁹ *Ibid.*, Article 136 : « *L'enfant méconnu par sa mère a la faculté de prouver contre elle sa filiation* ».

hériter, il devait avoir une part moindre de celle des éventuels enfants légitimes présents dans la famille⁴³⁰.

Analyser les différents projets de Code civil permet, même s'ils n'ont pas été adoptés, de percevoir les opinions de l'époque, et si Cambacérès et Jacqueminot voulaient accorder de plus en plus de droits aux enfants naturels, ce n'était pas forcément le projet de la commission gouvernementale.

2) La vision de la commission gouvernementale à l'encontre des enfants naturels

Portalis considérait les enfants naturels comme des « êtres mystérieux, qui ne pouvaient se dissimuler le vice de leur origine, venaient par des réclamations artificieuses, compromettre la tranquillité des familles » donc « la faveur du mariage, le maintien des bonnes mœurs, l'intérêt de la société veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes »⁴³¹.

Bigot de Préameneu, quant à lui, estimait que l'enfant naturel n'était qu'un créancier odieux⁴³², pour cette raison la recherche en paternité, odieuse soit-elle, devait être interdite. La recherche en paternité non avouée sera donc également interdite dans l'avant-projet de Code civil⁴³³. La commission prend le parti de subordonner la reconnaissance volontaire du père à la confirmation de la mère. Enfin, les enfants légitimes ne doivent pas être lésés par une telle reconnaissance puisque l'article XXX dispose que « la reconnaissance faite, postérieurement audit mariage, par l'un des époux, ne peut produire aucun effet à l'égard de l'autre époux et des enfants de ce mariage », de sorte que les enfants légitimes sont toujours protégés par les rédacteurs du Code civil, leur assurant la primauté.

⁴³⁰ Jacqueminot, second projet à propos de la filiation naturelle, Article 58 « lorsque le père ou la mère de l'enfant naturel a laissé d'autres enfants légitimes, ou descendants d'eux, l'enfant naturel ne prend que la moitié de la portion héréditaire qu'il aurait eue, s'il était enfant légitime ; l'autre moitié accroît aux enfants légitimes ».

⁴³¹ Jean-Etienne-Marie Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801

⁴³² Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 99

⁴³³ Projet de Code Civil: présenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 Thermidor an VIII, Impr. De la République, 1800, Livre Ier, Titre VII, Chapitre III, Article XXV : « La loi n'admet point la recherche de la paternité non avouée ».

Globalement, les dispositions des avant-projets sont en adéquation avec l'idée de l'époque : il est possible d'octroyer des droits aux enfants naturels - en raison de l'évolution des mœurs, mais également par équité -, seulement ces droits ne doivent jamais dépasser ceux des enfants légitimes. La commission gouvernementale disait d'ailleurs à propos des enfants naturels : « *Qu'importe que quelques individus soient privés de leurs droits de famille et élèves aux dépens de l'État si, par ce sacrifice, le libertinage est proscrit, la tranquillité domestique assurée, les unions légitimes encouragées* »⁴³⁴.

Les projets ont fortement influencé Napoléon dans la confection du Code civil, toutefois son hostilité envers la filiation naturelle a fait l'objet de nombreux bouleversements, par exemple la loi du 12 brumaire an II a été abolie. La démarcation entre les enfants naturels et les enfants légitimes, déjà constatée sous la Révolution, ne sera qu'intensifiée après l'adoption du Code civil.

B) Le mépris napoléonien envers les enfants naturels au sein du Code civil

« *Dans l'organisation de la famille, les enfants furent l'objet de la réaction la plus complète et la plus brutale du Code civil* »⁴³⁵. En effet, lors de l'Ancien Régime les enfants naturels n'avaient pas de droits, ils étaient jugés inférieurs par rapports aux enfants légitimes. Lors de la Révolution française, les révolutionnaires avaient, dans un but égalitariste, tenté d'assimiler leur condition à celle des enfants légitimes, mais ce n'est pas le parti que prendra Napoléon lors de la rédaction du Code civil. Napoléon éprouvait un certain mépris⁴³⁶ envers la filiation naturelle, et ce toujours en raison de sa préférence affirmée pour la filiation légitime.

Pour cette raison, le Code civil a balayé la législation du 12 brumaire an II, au grand bonheur du conseiller d'État Boulay qui considérait que l'égalisation des filiations avait aboli le

⁴³⁴ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 177

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'édition de 1827 par Otto Zeller, Osnabruck (Allemagne), t. 10, p. 265, citation tirée des *Mémoires sur le Consulat* de Thibaudeau, séance du 27 novembre 1801, discussion sur le projet de loi sur l'adoption « *La bâtardise est l'injure la plus grossière* ».

mariage en « *assimilant les enfants naturels aux enfants légitimes* »⁴³⁷. La volonté napoléonienne n'était donc pas de réaffirmer l'égalité entre la filiation légitime et la filiation naturelle, les rédacteurs du Code civil considéraient à ce titre que l'ordre établi par les révolutionnaires devait être reconstruit⁴³⁸.

Le Code civil ne fait pas une abstraction pure et simple du statut des enfants naturels, en effet le Chapitre III consacré aux enfants naturels par la légitimation⁴³⁹, permet à un enfant naturel d'être assimilé à un enfant légitime, puisqu'il pourra être légitimé par le mariage subséquent⁴⁴⁰. Il va par ailleurs, leur permettre une reconnaissance volontaire de filiation, toutefois là encore la recherche en paternité est formellement interdite par l'article 340⁴⁴¹. La recherche de la maternité quant à elle est admise et s'effectuera par le biais de la preuve par témoin en présence d'un commencement de preuve par écrit⁴⁴². L'interdiction de la recherche de paternité peut témoigner de la protection accordée par Napoléon aux hommes qui auraient des maîtresses ou qui seraient géniteurs d'enfants naturels engendrés avant mariage⁴⁴³, elle peut également permettre de rendre plus difficile l'établissement de la filiation⁴⁴⁴.

⁴³⁷ Carole Avignon. Introduction : Pour une histoire sociale et culturelle de la bâtardise In : Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne [en ligne]. *loc.cit.*

⁴³⁸ Josée Bloquet. « « La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (Napoléon) », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012, pp. 50-73.

⁴³⁹ La légitimation leur permettra d'acquérir les mêmes droits que les enfants légitimes, cela peut témoigner d'un assouplissement du mépris napoléonien envers les enfants naturels.
Code civil 1804, Article 333 : « *Les enfants légitimés par le mariage subséquent, auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage* ».

⁴⁴⁰ Code civil 1804, Article 331 « *Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront également reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration* ».

⁴⁴¹ Code civil 1804, Article 340 : « *La recherche de la paternité est interdite. Dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de cet enlèvement se rapportera à celle de la conception, le ravisseur pourra être, sur la demande des parties intéressées, déclaré père de l'enfant* ».

⁴⁴² Code civil 1804, Article 341 : « *La recherche de la maternité est admise. L'enfant qui réclamera sa mère, sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il ne sera reçu à faire cette preuve par témoins, que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit* ».

⁴⁴³ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 100

⁴⁴⁴ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 4 : « *Quant à l'enfant naturel, le code le traite durement. Il permet l'établissement de la filiation naturelle par reconnaissance volontaire, mais interdit la recherche en justice de la paternité naturelle* ».

Le Code civil distingue à l'intérieur de la filiation naturelle les enfants naturels simples, à savoir les enfants nés avant le mariage, des enfants incestueux et adultérins - envers lesquels Napoléon est très hostile -, Romuald Szramkiewicz explique que seuls les enfants naturels de la première catégorie peuvent être reconnus héritiers ou faire une recherche de maternité⁴⁴⁵. Si Napoléon a estimé nécessaire de consacrer la légitimation et la recherche de maternité, il n'empêche que son mépris⁴⁴⁶ envers cette filiation se fait ressentir par le fait que l'enfant naturel conservera un statut inférieur à l'enfant légitime⁴⁴⁷ : à titre d'exemple, les enfants naturels légitimés seront affiliés à leurs parents, mais en aucun cas ils seront affiliés à leurs grands-parents. Cela mettant en évidence que « *le code n'a pas voulu établir de famille naturelle* »⁴⁴⁸.

Les enfants naturels n'ont pas été les seuls à être méprisés par Napoléon, en effet les enfants adultérins ont eu très peu de considération de la part du Premier Consul. Il convient, pour clôturer cet exposé sur l'ensemble des filiations, d'aborder brièvement la filiation adultérine, d'un point de vue révolutionnaire puis d'un point de vue napoléonien.

⁴⁴⁵ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 106

⁴⁴⁶ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'édition de 1827 par Otto Zeller, Osnabruck (Allemagne), t. 10, p. 77, Séance du 17 novembre 1801, discussion sur la section II du chapitre III intitulée *de la Reconnaissance des Enfants nés hors mariage*.
« La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus »

⁴⁴⁷ Duverryer dira à ce propos que « *l'enfant naturel, même reconnu ne peut prétendre à aucun droit assuré aux enfants légitimes (...) puisqu'il n'est pas de la famille* ».

⁴⁴⁸ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 106

Chapitre 2 : La filiation adultérine

L'adultère est une des causes du divorce institué par la loi de 1792, d'ailleurs comme expliqué précédemment, il est admis et puni plus sévèrement pour la femme que pour l'homme marié. L'adultère peut parfois engendrer des enfants, on parle alors de filiation adultérine - lorsqu'un des parents au moins était marié avec un tiers -. En droit positif, la filiation des enfants adultérins est désormais admise depuis la loi du 3 janvier 1972, mais qu'en est-il à l'aube de la Révolution française ? (Section 1) Il convient également de se demander : quel était le statut de l'enfant adultérin lors de la codification napoléonienne ? (Section 2).

Section 1 : Le faible intérêt révolutionnaire vis-à-vis des enfants adultérins

La famille étant très nettement soumise à l'influence chrétienne durant l'Ancien droit, l'établissement de la filiation adultérine⁴⁴⁹ n'était pas envisageable puisqu'elle résultait d'une union hors mariage. Les unions hors-mariage donnaient lieu à des bâtards, les bâtards - comme développé précédemment - regroupaient également les enfants issus d'adultère ⁴⁵⁰. En droit romain, l'Église montrait son hostilité envers les « spurii nés ex damnato coïtu »⁴⁵¹, selon l'Église les enfants adultérins n'étaient autres que des enfants du péché. Toutefois la Révolution française a bouleversé la famille dans un sens plus égalitariste. Pour cette raison, il aurait été logique de voir la situation des enfants adultérins changer.

Les philosophes des Lumières vont contribuer à assouplir le mépris ressenti à l'égard des enfants adultérins, en effet au XVIIIe siècle, l'adultère est toléré, le devoir de fidélité ne sera plus

⁴⁴⁹ Serge Guinchard, Thierry Debar, Lexique des termes juridiques 2020-2021, *op.cit.*, p. 483

Filiation adultérine : « *Filiation d'un enfant dont le père ou la mère était, au temps de sa conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne que, selon le cas, sa mère ou son père. L'enfant né d'une telle filiation relève de la catégorie des enfants nés hors-mariage* »

⁴⁵⁰ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 58

⁴⁵¹ Adultérins et incestueux

respecté convenablement⁴⁵². Pour autant, la philosophie des Lumières ne sera pas suffisante pour faire admettre un changement de situation pour les enfants adultérins. En effet, lors de l'adoption de la loi du 12 brumaire an II, les enfants naturels ont été assimilés aux enfants légitimes, et se sont vus accorder le droit de succéder à leurs père et mère, toutefois une limite a été posée dans l'élaboration de cette loi. La loi du 12 brumaire an II ne pouvait pas être appliquée ni aux enfants incestueux ni aux enfants adultérins, une mention leur est accordée : l'article 13 de ladite loi leur permet un droit d'aliment à hauteur du tiers de la portion due aux enfants légitimes. L'enfant adultérin est exclu de la loi, exclu des changements révolutionnaires.

L'enfant adultérin dispose, au même titre que les autres enfants naturels, d'un mode de reconnaissance de filiation, même si les lois révolutionnaires n'ont cessé de durcir les procédures d'établissement de la paternité.

L'absence de législation concernant la filiation adultérine peut s'expliquer par le fait que l'enfant adultérin « *était considéré comme un paria, (...) parce qu'il était une offense au mariage, la preuve vivante et permanente du manquement au premier des devoirs conjugaux, au devoir de fidélité* »⁴⁵³, en conséquence de quoi, l'enfant adultérin était considéré comme n'ayant pas de famille.

La situation des enfants adultérins n'était pas enviable à l'époque révolutionnaire. L'adultère produit alors des situations d'injustice pour un enfant qui n'a aucun droit, et qui subit continuellement le simple fait d'avoir été conçu en dehors du mariage. Le Code civil napoléonien ne sera pas beaucoup plus clément avec la filiation adultérine, il est à noter que Napoléon a parfois anéanti les apports intermédiaires de la Révolution française, avec un but ultime de protéger la famille légitime.

⁴⁵² Marie-Hélène Renaut, "Le Droit Et L'enfant Adultérin De L'époque Romaine à Aujourd'hui : Ou L'histoire D'un Exclu Accédant à La Vie Juridique." *Revue Historique*, vol. 297, no. 2 (602), 1997, p. 388

⁴⁵³ *Ibid.*

Section 2 : L'enfant adultérin oublié du Code civil

La situation de l'enfant adultérin a été abordée par Cambacérès et par la Commission gouvernementale (A), mais également par Napoléon (B), toutefois ni l'un, ni l'autre n'étaient favorables à son intégration dans la législation, de sorte que la filiation adultérine n'a jamais vraiment été établie durant la période napoléonienne.

A) L'adultère envisagé par les projets de Code civil

Cambacérès était conscient des moeurs de l'époque - notamment du mépris à l'égard des enfants adultérins -, de ce fait il n'a pas souhaité intégrer le sort des enfants adultérins dans ses projets de Code civil, et encore moins dans la loi du 12 brumaire an II - qui, pour rappel, avait été pensée par lui -, les enfants adultérins faisant partie intégrante de la filiation naturelle, n'ont toutefois pas bénéficié de leur statut et de leur légitimation. Pour pallier cette absence de mention dans la législation, Cambacérès leur accorde tout de même un droit à des aliments, il faut garder à l'esprit le fait que ces enfants n'y sont pour rien, ils ne doivent pas payer les conséquences du simple fait de leur naissance. Cambacérès avait pensé à les intégrer dans la succession afin de leur accorder quelques droits, mais « *par respect pour les moeurs et en considération de l'intérêt social* »⁴⁵⁴, ce n'est pas la position qu'il adoptera.

Dans son deuxième projet Cambacérès rendait plus compliquée la reconnaissance de l'enfant adultérin, l'article 8 de son Titre II estimait que « *L'enfant d'une femme non mariée ne peut être reconnu que par l'homme qui n'était pas marié neuf mois avant la naissance de cet enfant* ». Le troisième et dernier projet de Cambacérès traduit de l'hostilité à l'égard de l'adultère : « *si l'un ou l'autre époux a été marié, ils ne peuvent reconnaître que l'enfant né dans les deux cent quatre-vingt-six jours après la dissolution du mariage* »⁴⁵⁵ ; l'enfant adultérin verra sa reconnaissance

⁴⁵⁴ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 114

⁴⁵⁵ Cambacérès, Troisième projet de Code civil, Article 130

semée d'embuches. La situation peut paraître injuste mais « *peu importe le sacrifice de quelques-uns si la morale familiale est assurée* »⁴⁵⁶.

Les enfants adultérins ne sont pas non plus très bien perçus par les membres de la Commission gouvernementale, Bigot de Préameneu blâmait à ce titre les femmes ayant des relations charnelles avec des hommes mariés, et les trouvait odieuses de « *s'introduire dans les familles les plus aisées* »⁴⁵⁷. La Commission gouvernementale n'avait donc pas pour objectif d'intégrer les enfants adultérins au sein de la famille au même titre que les autres enfants, d'ailleurs « *l'une des vocations premières du Code civil était de réagir contre une conception de la famille fondée sur le principe d'égalité* »⁴⁵⁸, et c'est pour cette raison que les membres de la Commission gouvernementale ne mettront pas l'enfant adultérin sur le même pied d'égalité que les enfants légitimes d'une part, et les enfants naturels d'autre part. Les enfants adultérins ne sont mêmes pas abordés dans le discours préliminaire au projet de Code civil de la Commission gouvernementale, ce qui témoigne du mépris des rédacteurs du Code civil quant à l'enfant issu d'un adultère.

Si Cambacérès n'était pas contre l'introduction des enfants adultérins au sein de la législation, voire les rapprocher du statut des enfants légitimes, tel n'est pas le cas de la Commission gouvernementale, et c'est ce parti que Napoléon décide de choisir.

B) L'enfant adultérin au sein du Code civil napoléonien

Les rédacteurs du Code civil avaient déjà abordé l'adultère, en effet il était un motif de dissolution du lien conjugal, mais qu'en est-il de la situation de l'enfant adultérin ? S'il est coutume de penser de prime abord que le Code civil n'attache que très peu d'importance juridique à la famille, il ne faut pas s'arrêter sur cet aspect, le Code civil souhaitait créer une certaine cohésion à la famille. C'est naturellement pour cette raison que le Code civil napoléonien a tout mis en oeuvre pour protéger cette cohésion familiale, de ce fait l'enfant adultérin n'était pas intégré dans cet

⁴⁵⁶ Jean-Michel Poughon, « Cambacérès. Des approches du Code civil », *loc.cit.*, pp. 161-172.

⁴⁵⁷ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 99

⁴⁵⁸ Alain Desrayaud, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *loc.cit.*, pp. 3-24.

aspect. Pour rappeler brièvement, l'ambition napoléonienne était de promouvoir la famille légitime, c'est à dire la famille formée par le mariage constituée du mari, de l'épouse et des enfants issus de ce mariage, dans ce schéma napoléonien, aucune place n'est consacrée aux enfants adultérins. Si les enfants naturels ont vu leur statut quelque peu évoluer, le Premier Consul n'a pas voulu être aussi clément envers les enfants adultérins, envers « *l'opprobre de la famille* » selon Lebrun. La dureté napoléonienne contre l'adultère fait écho à la désapprobation et réprobation de l'Église catholique.

Le Code napoléonien ne cautionne pas la filiation adultérine, de sorte qu'il rend presque impossible la filiation vis-à-vis du père si celui-ci est engagé dans un mariage avec une tierce personne, « *laissant à la mère l'enfant illégitime parce que, hors union, seule la maternité semble certaine* »⁴⁵⁹. L'article 335 du Code civil de 1804 dispose que « *Cette reconnaissance (la reconnaissance d'un enfant naturel) ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin* ». Les enfants naturels sont traités plus durement que les enfants naturels simples. Marie-Hélène Renaut démontre que le Code civil napoléonien fait en sorte qu'aucun enfant ne soit adultérin, nul n'a le droit de démontrer qu'il est adultérin, elle précise ainsi que l'interdiction de la recherche en paternité peut tourner à leur avantage⁴⁶⁰.

L'adultère est, selon le Code civil, placé sur un pied d'égalité avec l'inceste, de sorte que les enfants adultérins et les enfants incestueux ne pourront avoir de filiation établie - au même titre que les enfants légitimes, ou enfants naturels simples -. Leur filiation peut être établie dans de très rares cas, et cela arrive généralement « *par ricochet* »⁴⁶¹, c'est à dire lorsque le mari désavouait l'enfant né de son épouse⁴⁶², mais comme expliqué précédemment, le désaveu de paternité était assez difficile à admettre. Le Code civil consacre le principe selon lequel les enfants adultérins peuvent prétendre à des aliments⁴⁶³, cela étant une application pure et simple du principe énoncé par Loysel consacrée à l'article 762 du Code civil - « *Les dispositions des articles 757 et 758 ne sont pas*

⁴⁵⁹ Philippe Bourdin. Adultérins et orphelins : les joies de l'adoption selon le théâtre de la Révolution , Relations familiales entre générations sur les scènes européens (1750-1850), Célis UCA, juin 2011, Clermont-Ferrand, France, pp. 75-94

⁴⁶⁰ Marie-Hélène Renaut, "Le Droit Et L'enfant Adultérin De L'époque Romaine à Aujourd'hui : Ou L'histoire D'un Exclu Accédant à La Vie Juridique.", *loc.cit.*, p. 394

⁴⁶¹ Françoise Dekeuwer-Défossez « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *loc.cit.*, pp. 37-53.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 105

applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments » - . La demande d'aliments sera autorisée en cas d'annulation du mariage du parent marié, en cas de désaveu de paternité fondé exercé par le mari, ou un dernier cas ; l'hypothèse d'une erreur judiciaire⁴⁶⁴. Il n'empêche que, la très faible quantité de dispositions prévues pour les enfants adultérins témoigne de l'hostilité de Napoléon à leur égard, « *la loi ne s'occupe d'eux qu'avec regret* » ⁴⁶⁵.

Une fois la filiation abordée de manière assez large, il est opportun de s'interroger sur les capacités des enfants au sein même de la famille, et au même titre que la capacité de la femme mariée, la capacité des enfants s'articule autour de la notion de puissance paternelle. Il convient également de s'intéresser brièvement aux effets des différentes filiations, ce qui permettra d'aborder rapidement la question successorale.

⁴⁶⁴ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 181

⁴⁶⁵ Marie-Hélène Renaut, "Le Droit Et L'enfant Adultérin De L'époque Romaine à Aujourd'hui : Ou L'histoire D'un Exclu Accédant à La Vie Juridique.", *loc.cit.*, p. 393

Titre 3 : Capacité et effets de la filiation

Après avoir balayé l'ensemble des filiations - légitime, adoptive, naturelle, ou encore adultérine -, il convient de relever qu'en matière de capacité, les enfants étaient soumis à l'autorité paternelle (Chapitre 1). Ensuite, il sera utile de préciser les contours des conséquences de ces filiations (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La capacité des enfants au sein de la famille

Comme pour l'autorité maritale au sein du mariage, l'autorité paternelle faisait partie intégrante des principes d'Ancien Régime gouvernant la famille, cette autorité paternelle était justifiée par l' « *intérêt des enfants, celui de la famille, voire celui du gouvernement soucieux de diffuser le principe d'autorité jusque dans les cellules de base de la société* ». ⁴⁶⁶

« *La puissance paternelle est la providence des familles, comme le gouvernement est la providence de la société : eh ! Quel ressort, quelle tension ne faudrait-il pas dans un gouvernement qui serait obligé de surveiller tout par lui-même, et qui ne pourrait pas se reposer sur l'autorité des pères de famille pour suppléer les lois, corriger les mœurs et préparer l'obéissance ?* »⁴⁶⁷

La puissance paternelle sera mise à rudes épreuves pendant la Révolution française (Section 1), avant d'être renforcée sous l'empire du Code civil napoléonien (Section 2).

⁴⁶⁶ Bernard Schnapper, « Liberté, égalité, autorité : la famille devant les assemblées révolutionnaires (1790-1800) », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française. loc.cit.*, pp. 325-340.

⁴⁶⁷ Martin Xavier. Fonction paternelle et Code Napoléon. In: Annales historiques de la Révolution française, n°305, 1996. pp. 465- 475

Section 1 : La rupture révolutionnaire avec la puissance paternelle

« À l'origine, la famille romaine de type patriarcal est fortement constituée. L'autorité du chef de famille est absolue », Marie-Hélène Renaut résume à merveille la tendance d'Ancien Régime, en effet l'Ancien Régime était rythmé par une conception patriarcale de la famille, de sorte que seul le chef de famille disposait de l'autorité. À l'aube de la Révolution française, synonyme d'égalité et de bouleversements au sein de la famille, cette conception archaïque ne pouvait être laissée comme telle. La philosophie des Lumières permettra aux révolutionnaires de prendre conscience de la nécessité du changement (A), de sorte qu'ils viendront ensuite balayer cette puissance paternelle (B).

A) Une philosophie des Lumières rejetant la puissance paternelle

La quête de liberté a toujours été le mot d'ordre de la philosophie des Lumières. La puissance paternelle n'est toutefois pas révoquée par tous les philosophes, par exemple Diderot considérait que « *si la nature a établi quelque autorité, c'est la puissance paternelle : mais la puissance paternelle a ses bornes ; et dans l'état de nature, elle finirait aussitôt que les enfants seraient en état de se conduire. Toute autre autorité vient d'une autre origine que la nature* »⁴⁶⁸. Ce que Diderot conteste dans son article « Autorité politique » du premier volume de l'Encyclopédie en 1751, ce n'est pas tant la puissance paternelle, mais ses abus. Son idée serait donc de remplacer la toute puissance paternelle par une tutelle, tutelle qui serait exercée par les parents mais sous le contrôle de l'Etat, pour Danton « *les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents* ».

L'Ancien Régime soumettait l'enfant mineur à la puissance paternelle, et ce jusqu'à sa majorité qui était fixée à vingt-sept ans, cette puissance paternelle permettait au père de famille

⁴⁶⁸ Friedhelm Brüggem, « L'autorité, le pédagogique », *Le Télémaque*, vol. 35, no. 1, 2009, pp. 27-40.

d'avoir un droit de garde et de correction⁴⁶⁹ à l'égard des enfants, mais pas uniquement : le père avait la pleine puissance pour administrer et jouir légalement de ses biens. Ce qui était assez dangereux c'est que cette puissance n'était subordonnée à un quelconque contrôle⁴⁷⁰.

Cette puissance paternelle sera très décriée par la philosophie des Lumières, à ce titre peut être cité Rousseau, et c'est à partir de là qu'est apparue l'idée de réformer et amoindrir le pouvoir du père à l'égard de ses enfants. Rousseau estimait qu'il fallait « *supprimer toutes les relations personnelles d'autorité* »⁴⁷¹ - à l'instar de Kant qui met en évidence le fait que les enfants ne devraient pas être considérés comme la propriété de leurs parents⁴⁷²-. Tous les philosophes ne sont pas contres cette puissance paternelle, Montesquieu l'estime, dans ses Lettres persanes, comme « *la plus sacrée de toutes les magistratures* ».

Les révolutionnaires, suivant la philosophie des Lumières, ont pris conscience de ce despotisme patriarcal, et ont décidé pour lutter contre cette puissance paternelle de l'affaiblir et de remanier l'autorité parentale.

B) L'abolition révolutionnaire de la puissance paternelle

La puissance paternelle ne sera pas purement et simplement abolie, les révolutionnaires ont décidé de prendre successivement des mesures pour libérer l'enfant de ce despotisme paternel. « *L'enfant était libéré de l'odieuse puissance paternelle : symboliquement un des premières mesures du législateur en matière familiale fut l'abolition des lettres de cachet* »⁴⁷³, l'abolition des lettres de cachet en date du 26 mars 1790 a permis à l'enfant de ne plus se retrouver dans des situations injustes et parfois arbitraires. Les lettres de cachet, durant l'Ancien Régime, étaient utilisées par les

⁴⁶⁹ Jean Carbonnier « Le statut de l'enfant en droit civil pendant la révolution », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989, pp. 295-306.
Ce droit de correction sera supprimée sous la Révolution Française.

⁴⁷⁰ François Terré, Dominique Fenouillet, Charlotte Glodie-Genicon, Droit civil La Famille, *op.cit.*, p. 4

⁴⁷¹ Friedhelm Brüggem, « L'autorité, le pédagogique », *loc.cit.*, pp. 27-40.

⁴⁷² Paul Nourrisson, Etude critique sur la Puissance Paternelle et ses limites, d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898

⁴⁷³ Philippe Malaurie, Hugues Fulchiron, Evolution du droit français de la famille, *loc.cit.*, p. 1347

pères de famille afin d'obtenir un ordre d'internement arbitraire contre leurs enfants indisciplinés ou prodigues⁴⁷⁴. Pour les philosophes des Lumières, les lettres de cachet étaient considérées comme l'arme du plus noir absolutisme⁴⁷⁵, de plus pour les hommes dits adultes, la lettre de cachet pouvait « *foudroyer de même l'homme le plus vertueux* »⁴⁷⁶, il convient donc d'imaginer que la lettre de cachet, aussi arbitraire soit-elle, appliquée à l'enfant pouvait être traumatisante. Si les révolutionnaires ont aboli les lettres de cachet, ils ne s'arrêteront pas en si bon chemin.

L'abolition des lettres de cachet ne sera pas la seule mesure en faveur d'une plus grande capacité pour les enfants, en effet les tribunaux de famille - développés précédemment sur la thématique du divorce -, vont se voir doter d'un droit de correction sur les enfants. La loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, énonce au sein de l'article 15 que « *si un père ou une mère, ou un aïeul ou un tuteur, a des sujets de mécontentement très grave sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont il ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée, au nombre de huit parens les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre ; et à défaut de parens, il y sera suppléé par des amis ou des voisins* ». L'article 16 précise également que « *Le tribunal de famille, après avoir vérifié les sujets de plainte, pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de vingt ans accomplis, sera renfermé pendant un temps qui ne pourra excéder celui d'une année, dans les cas les plus graves* ».

De plus en plus émerge l'idée d'affaiblir la « *tyrannie des pères sur leurs enfants* »⁴⁷⁷, et c'est en abaissant l'âge de la majorité que les révolutionnaires affaibliront cette puissance paternelle au sein de la loi du 20 et 25 septembre 1792⁴⁷⁸. L'âge de la majorité est ainsi fixé à vingt-et-un ans au lieu de vingt-cinq sous l'Ancien Régime. L'abaissement de l'âge de majorité emporte comme

⁴⁷⁴ Dictionnaire Larousse, définition Prodigue : « *enfant, fils qui revient au domicile paternel après avoir dissipé son bien* ».

⁴⁷⁵ Claude Quétel, Lettres de cachet et correctionnaires dans la généralité de Caen au XVIIIe siècle. In: *Annales de Normandie*, 28^e année, n^o2, 1978. pp. 127-159.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 81

⁴⁷⁸ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p. 137

conséquence de n'exiger le consentement⁴⁷⁹ des parents pour contracter mariage que jusque l'âge de vingt-et-un ans, les pères de famille vont donc dès cette période, perdre en autorité sur leurs enfants.

Ce n'est pas tout, la puissance paternelle viagère sera complètement supprimée dans les pays de droit écrit, c'est à dire au Sud de la France, par une loi du 28 août 1792, Cambon s'exprimera dans un discours en énonçant que « *les majeurs ne sont plus soumis à la puissance paternelle* »⁴⁸⁰. Le décret du 21 janvier 1793 viendra étendre à l'égard de tous les droits civils l'abolition de cette puissance paternelle.

Enfin, les révolutionnaires vont aller jusqu'à intégrer la mère dans les décisions relatives aux enfants, la mère de famille sera ainsi intégrée aux pouvoirs du père. La Révolution française permet alors de parler de protection légale des père et mère, cette protection qui court de la naissance jusqu'à la majorité de l'enfant⁴⁸¹.

Les révolutionnaires ont voulu abolir cette puissance révolutionnaire, certains avaient été victime de cette toute puissance, à titre d'exemple Mirabeau⁴⁸² s'était vu enfermé à de nombreuses reprises selon le bon vouloir de son père, naturellement en étant député à l'Assemblée nationale constituante, il se montrera contre cette puissance paternelle⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Jacques Poumarède, L'invention de la démocratie domestique In : Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions [en ligne consulté le 20 mai 2021]. Toulouse : Presses universitaires du Midi, 2011
Le décret du 20 septembre 1792 précisera que pour le consentement au mariage, le principe sera celui d'une majorité émancipatrice de vingt et un ans.

⁴⁸⁰ Romuald Szramkiewicz, Histoire du droit français de la famille, *op.cit.*, p. 81

⁴⁸¹ Anne Verjus. Les lois de l'an II sur les enfants naturels : quels nouveaux droits pour les pères (1793-1804). 2018 p. 16

⁴⁸² Discours Mirabeau, 2 avril 1791 (extrait du moniteur du 5 avril 1791) trouvé sur l'UNJF Histoire du droit des personnes et de la famille : « *Croyez-le, Messieurs, l'éducation domestique, pour être bonne doit être fondée sur des principes d'exacte justice, de douceur et d'égalité. Moins les lois accorderont au despotisme paternel, plus il restera de force au sentiment et à la raison. Dîtes aux pères que leur principal empire doit être resserré dans l'autorité de leurs vertus, dans la sagesse de leurs leçons et les témoignages de leur tendresse. Faites-leur sentir que ce sera là désormais leur première puissance domestique, et vous verrez qu'ils seront d'autant plus excités à faire usage de ces douces armes, à les aiguïser en quelques sorte, à les rendre sûres et irrésistibles. Ainsi l'union, les soins réciproques, l'amour fraternel et filial, s'enrichiront de tout ce qu'aura perdu l'esprit de domination et d'intérêt. Il n'existera plus alors qu'une sorte d'enfants privilégiés, d'enfants qui recueilleront ce qu'il y aura de plus précieux dans l'héritage de leurs pères : ce seront ceux qui emporteront le plus de fruit de la bonne éducation qu'ils auront reçue* ».

⁴⁸³ Leila Saada,. « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales » *op.cit.*, pp. 25-49.

« Rejetant l'organisation de la famille d'Ancien Régime considérée comme viciée par le despotisme religieux et patriarcal »⁴⁸⁴, cet argument permettra d'abolir la puissance paternelle sous la Révolution française, cette abolition ne sera que de courte durée puisque Napoléon l'a très vite rétabli.

⁴⁸⁴ Marie-Hélène Renaut, Histoire du droit de la famille, *op.cit.*, p. 11

Section 2 : La discontinuité du Code civil d'une plus grande capacité offerte aux enfants

Le Code civil napoléonien représente un compromis entre la France d'Ancien Régime et le droit révolutionnaire⁴⁸⁵, de sorte que la codification apporte bien des améliorations face aux règles archaïques d'Ancien droit, mais sur certains aspects Napoléon ne reprend pas les acquis révolutionnaires, les jugeant inappropriés. La puissance paternelle est l'exemple type, si la Révolution française a tout mis en oeuvre pour libérer les enfants de cette toute puissance, Napoléon aura à coeur de la rétablir.

A)Le rétablissement de la puissance paternelle

La puissance paternelle affaiblie durant la période révolutionnaire sera de nouveau à l'ordre du jour pendant la codification, l'objectif des rédacteurs du Code civil était clair : « *redonner au père l'autorité qu'il avait perdue à la suite des réformes imposées par les législateurs révolutionnaires* »⁴⁸⁶. Les différents projets préparatoires du Code civil en témoignent, M. Réal disposait par exemple : « *Le projet que j'ai l'honneur de vous présenter, relatif à la puissance paternelle, établit les lois qui doivent y maintenir l'ordre, prescrit les principaux devoirs, reconnaît les droits principaux qui obligent et qui lient plus étroitement entre eux les membres de toutes ces petites sociétés naturelles dont l'agrégation civile forme la grande famille. Ce projet a institué, pour veiller à l'observation de ces devoirs, à la conservation de ces droits, la plus sacrée de toutes les magistratures, la magistrature paternelle, magistrature indépendante de toutes conventions et qui les a toutes précédées* »⁴⁸⁷.

Le Code civil de 1804 souhaitait opérer un compromis en matière de puissance paternelle entre l'Ancien droit, jugé beaucoup trop sévère, et le droit intermédiaire qui quant à lui était peut-

⁴⁸⁵ Gaëlle Ruffieux « Les sanctions des obligations familiales ». Volume 138, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2014 p. 30

⁴⁸⁶ Edith Deleury, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault, De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité. *Les Cahiers de droit*, 15(4),1974, p. 809

⁴⁸⁷ *Ibid.*

être un peu trop laxiste. « *Les auteurs du Code Napoléon n'eurent guère de peine à rallier les pères de famille, qu'ils soient bourgeois ou paysans, au rétablissement d'une forte puissance paternelle et maritale* »⁴⁸⁸, à l'aube de la codification, l'idée de rétablir la puissance paternelle n'était ainsi pas si inattendue, l'avant-projet de Code civil avait envisagé un Titre VIII avec un article 1er « *la puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par mariage* »⁴⁸⁹. Il est à noter que Napoléon n'a pas fait table rase des règles révolutionnaires⁴⁹⁰ puisqu'il décide de garder la majorité émancipatrice fixée à vingt-et-un ans⁴⁹¹.

Selon Napoléon, le père est le garant de la diffusion et du respect des bonnes moeurs, il est également garant de l'éducation des bons citoyens ou encore le garde-fou de l'inexpérience de la jeunesse, et pour mener à bien ces missions, il se doit d'être réinvesti d'une autorité supérieure⁴⁹². C'est en ce sens que l'autorité paternelle - et non plus puissance paternelle - sera réintroduite et fera l'objet de l'article 372 du Code civil : « *Il reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité ou son émancipation* » et l'article 373 du Code civil : « *le père seul exerce cette autorité durant le mariage* ». Pour accroître l'autorité paternelle, le Code prévoit même que le mineur ne pourra quitter le domicile familial qu'en ayant obtenu l'accord préalable.

L'autorité paternelle a donc été réintroduite dans le Code civil de 1804, mais ce n'est pas la seule survivance d'Ancien Régime qui peut être constatée, puisque Napoléon a également rétabli le droit de correction. Le droit de correction est codifié à l'article 375 et prévoit toutes sortes de corrections comme par exemple l'enfermement.

⁴⁸⁸ Jean-Louis Halpérin, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *op.cit.*, pp.135-151.

⁴⁸⁹ Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t.2, Paris, 1836, p. 67

⁴⁹⁰ Alain Desrayaud, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *loc.cit.*, pp. 3-24. Même si les législateurs du Consulat voulaient, en matière d'autorité paternelle, marquer une rupture radicale avec la période révolutionnaire.

⁴⁹¹ Code civil 1804, Livre Premier, Titre X, Chapitre premier, Article 388 : « *le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-un ans accomplis* ».

⁴⁹² Alain Desrayaud, « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *loc.cit.*, pp. 3-24

L'autorité paternelle a peut-être été rétablie, toutefois il y a certaines situations où l'enfant mineur pourra y échapper.

B) Les limites de l'autorité paternelle

L'autorité paternelle peut parfois être limitée, notamment dans le cas d'une filiation adoptive, l'adoption prévue par le Code civil napoléonien ne produit pas tous les effets de la filiation en ce qu'elle ne crée par la puissance paternelle. La filiation adoptive n'est pas la seule exception à l'autorité paternelle, il faut maintenant aborder l'émancipation.

L'émancipation serait « *un passage, ou une rupture, le devenir indépendant d'une personne qui cesserait de se voir assujettie à une domination, qui accéderait à un exercice libre de la volonté, ou encore qui trouverait enfin en elle-même le pouvoir de décider du sens de ses actes* »⁴⁹³. En latin juridique, l'émancipation consiste à « *affranchir une personne de la puissance que le chef de famille exerce sur elle* »⁴⁹⁴, cette définition permet de comprendre parfaitement en quoi l'émancipation est donc une des limites à l'autorité paternelle. L'émancipation a été simplifiée et unifiée par les révolutionnaires, durant l'Ancien Régime l'émancipation conduisait à la rupture nette de la puissance paternelle : les enfants pouvaient ainsi disposer de la libre administration de leurs biens, ils pouvaient jouir de leurs revenus et disposaient de leurs biens meubles. Les coutumes prévoyaient que le mineur ne pouvait jouir de sa pleine capacité civile qu'après ses vingt-cinq ans révolus, cette disposition n'était pas débattue ni relevée par les cahiers de doléances. Le système d'émancipation sera remanié par les rédacteurs du Code civil, sur la base de l'émancipation d'Ancien Régime.

Cambacérés abordera l'émancipation pour la première fois en 1793 au sein de son premier projet de Code civil, dans lequel le mariage sera considéré comme provoquant tacitement l'émancipation : l'article 8 du Titre V, Livre Premier déclare la « *libre et entière administration de ses revenus* ». Le second projet de 1794 sera un peu plus restrictif et n'autorisera l'émancipation

⁴⁹³ Emmanuel Brassat, « Les incertitudes de l'émancipation », *Le Télémaque*, vol. 43, no. 1, 2013, pp. 45-58.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

qu'à partir de dix-huit ans révolus, et après avoir obtenu un avis de la famille⁴⁹⁵. Les dispositions de l'article 29 du deuxième projet ont été reprises dans le troisième, avec un peu plus d'encadrement puisque l'article 237 du Troisième projet de Cambacérès dispose que « *le mineur qui prend l'administration de son bien dans les cas de l'article précédent, ne peut ni engager, ni aliéner ses immeubles ; ni disposer de ses biens par donation à cause de mort, ou par donation entre vifs, à moins que ce ne soit par contrat de mariage, et en faveur de la personne à laquelle il s'unit ; ni plaider pour actions immobilières, soit en demandant, soit en défendant, sans y être autorisé par le conseil de famille. À tous autres égards, il est assimilé au majeur* ». Le mariage reste toutefois une cause d'émancipation, même si, lorsque le mineur a moins de vingt-et-un ans, il doit obtenir le consentement de ses parents.

Jacqueminot a en grande partie, confirmé les propos de Cambacérès, de sorte que le mariage a toujours un effet émancipateur, et l'émancipation ne peut être obtenue qu'à partir de dix-huit ans : une subtilité est envisagée par Jacqueminot qui fait du mariage et de l'âge de dix-huit ans des motifs d'émancipation de plein droit, l'enfant n'aura donc pas besoin de faire une quelconque démarche, sauf cas particulier⁴⁹⁶.

Les projets ont organisé le régime de l'émancipation, le Code civil en a fait de même au sein du Titre X « De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ». Le chapitre III reprend à l'article 476 l'idée de Jacqueminot selon laquelle le mariage émancipe de plein droit le mineur. Le mineur pourra être émancipé de ses parents à partir de l'âge de quinze ans, toujours selon l'avis du conseil de famille, de sorte que la famille continue encore une fois d'encadrer les questions relatives à la minorité. Enfin, l'émancipation peut paraître limitée, l'article 482 en témoigne : il soumet le mineur émancipé à l'assistance de son curateur dans le cadre d'une action immobilière. Le conseil de famille est, selon le Code civil de 1804, omniprésent puisque l'émancipation sera insuffisante dans l'hypothèse où le mineur émancipé voudrait faire un emprunt, il serait dans ce cas obligé d'obtenir l'avis du conseil de famille, avis qui sera homologué par un tribunal. Pour résumer, le mineur peut parfois être libéré de l'autorité paternelle, toutefois il ne peut acquérir tous les droits confiés aux

⁴⁹⁵ Cambacérès, Deuxième projet de Code civil, 1794, Livre Premier, Titre III, Article 29 : « *Le mineur peut, à l'âge de dix-huit ans, jouir de la libre administration de ses biens, s'il se marie, s'il est dans le commerce, s'il exerce un art ou un métier, si sa famille juge qu'il a la maturité d'esprit nécessaire pour la conduite de ses affaires* ».

⁴⁹⁶ Jacqueminot, Livre Ier, Titre « Des mineurs, de la tutelle et de l'émancipation », Section 3, Article 2 Le mineur de moins de dix-huit pourra demander l'émancipation selon avis d'un conseil de famille.

majeurs. L'efficacité de ce système d'émancipation peut être discutée puisqu'est recensé un très faible nombre d'émancipation par déclaration des parents.

Enfin, et pour mettre un point final sur ce mémoire, il convient d'aborder brièvement les effets successoraux des différentes filiations, au cours de la Révolution française et de la grande Codification Napoléonienne.

Chapitre 2 : Les effets de la filiation entre Révolution française et codification

Le principal effet de la filiation se rapporte au droit des successions, toutefois cet aspect n'étant pas le coeur de ce mémoire, ne sera pas traité en profondeur à l'intérieur de ce dernier chapitre. Les différentes filiations ont eu des différences de traitement en matière de droit successoral, si la période révolutionnaire tendait vers plus d'égalité au sein des successions (Section 1), ce n'était pas l'objectif appréhendé par Napoléon (Section 2).

Section 1 : La filiation révolutionnaire en quête d'égalité successorale

L'Ancien Droit, aussi archaïque était-il à l'aube de la Révolution Française, n'entendait pas faire des enfants naturels l'égal des enfants légitimes, de sorte qu'en matière de successions, ils étaient très défavorisés (A), cette situation n'était pas en adéquation avec les principes révolutionnaires, ce qui a provoqué des mesures réformatrices (B).

A) Un régime successoral archaïque appréhendé par les révolutionnaires

L'égalité successorale était loin d'être à l'ordre du jour des changements sous l'Ancien Régime. En 1789, « *les enfants illégitimes ne succèdent point ab intestat aux biens de leurs parents paternels ni maternels et ne peuvent demander sur ces biens que des aliments convenables* »⁴⁹⁷, anciennement considéré comme un « bâtard », les enfants naturels ne pouvaient prétendre à succéder que ce soit au niveau de leurs parents, ou de leurs grands-parents. Selon les coutumes et selon les provinces le droit ancien accordait l'égalité successorale entre les descendants, ou au contraire, il permettait de transmettre la succession dans son intégralité à un seul héritier.

⁴⁹⁷ Sect. III, T. III, loi 3, paru s.d. 1789, publié par Dejace dans Les règles de la Dévolution successorale sous la Révolution, in Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution Française et la famille, *op.cit.*, p. 112

La Révolution française n'entendait pas suivre cette conception inégalitaire, elle commence par révoquer le droit d'aînesse⁴⁹⁸ par la loi du 4 janvier 1793, et applique des principes plus égalitaristes. Le droit d'aînesse permettait, jusqu'à cette loi de 1793, de réserver « *au fils aîné d'une famille noble, au détriment des autres enfants, une part prépondérante dans l'héritage paternel et maternel* »⁴⁹⁹.

La nouvelle Constitution de 1791 a mis en place de véritables principes égalitaristes, il paraissait donc opportun à l'époque de réformer le régime successoral afin qu'il soit en harmonie avec cette Constitution fraîchement adoptée, Cambacérès disait « *portons dans le corps de nos lois, le même esprit que dans notre corps politique et comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité ont présidé à la formation de la République, que l'unité et l'égalité président à l'établissement du Code civil* »⁵⁰⁰. La réaction révolutionnaire se traduira par une série de mesures législatives.

B)La réaction révolutionnaire : les lois successorales de la Convention

La période révolutionnaire est marquée par un souhait d'égalité, de sorte que les révolutionnaires ont tout fait pour mettre en oeuvre une égalité entre les différentes filiations au sein des successions. Au lendemain des débuts de la Révolution française des rapports ont été écrits afin de réformer entièrement l'ordre des successions. Se développe alors une volonté de changer, de remanier l'ordre successoral. En témoigne la loi du 12 brumaire an II qui consacre l' « *égalité momentanément établie* »⁵⁰¹.

La loi du 12 brumaire an II permettra l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes, donc il n'y aura plus de raison juridique de les différencier en termes de successions. L'enfant naturel simple - l'enfant adultérin ne pourra prétendre à aucune part de la succession - sera

⁴⁹⁸ Philippe Malaurie, Hugues Fulchiron, Evolution du droit français de la famille, *loc. cit.*, p. 1347

⁴⁹⁹ Dictionnaire Larousse, aînesse

⁵⁰⁰ Cambacérès, Projet de Code civil, in Aron, Gustave. "Étude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 Jusqu'à La Promulgation Du Code Civil." Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger, vol. 25, 1901, pp. 585–620.

⁵⁰¹ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, La Révolution française et la famille, *op.cit.*, p116

donc considéré comme un héritier au même titre que l'enfant légitime, que ce soit en ligne directe ou en ligne collatérale, dès lors que les enfants naturels avaient établi le lien de filiation existant avec leurs parents, et c'est ce qui pouvait parfois être un obstacle aux vues de la difficulté de l'établissement de la filiation. Jean Carbonnier pouvait dire à ce propos que « *les droits successoraux de l'enfant naturel ont été longtemps inversement proportionnels à la possibilité de l'établissement de la filiation* »⁵⁰².

L'égalité successorale, selon la Convention doit être établie dans l'intérêt des enfants certes, mais également dans l'intérêt de la société, puisque cette égalité permet en somme de diviser les fortunes et d'empêcher la formation d'une aristocratie nouvelle⁵⁰³.

La grande innovation révolutionnaire est qu'en droit successoral, les révolutionnaires ne vont plus distinguer selon les filiations, la loi du 12 brumaire an II ne différencie plus les enfants légitimes des enfants naturels, l'article 2 de cette loi précise que « *leurs droits (ceux des enfants naturels) de successibilité sont les mêmes que ceux des autres enfants* », cette mesure est une avancée considérable puisque les enfants naturels avaient toujours été considérés comme étant inférieurs aux enfants légitimes. Ce qui est regrettable avec cette loi c'est l'article 1 qui dispose « *les enfants actuellement existants, nés hors du mariage, seront admis aux successions de leurs père et mère, ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Ils le seront également à celles qui s'ouvriront à l'avenir* », il est regrettable d'avoir imposé une rétroactivité⁵⁰⁴. La loi du 17 nivôse an II ira également dans ce sens en imposant une égalité absolue entre les héritiers.

L'égalité successorale révolutionnaire n'est toutefois pas pleine et parfaite selon les filiations, l'article 13 de la loi du 12 brumaire an II précise que les enfants adultérins sont exclus de ces dispositions égalitaristes. L'enfant incestueux ne sera pas non plus concerné par ces dispositions.

⁵⁰² Nadège Coudoing. Les distinctions dans le droit de la filiation. Droit. Université du Sud Toulon Var, 2007. Français, p. 14

⁵⁰³ Aron, Gustave. "Étude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 Jusqu'à La Promulgation Du Code Civil." *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger*, vol. 25, 1901, pp. 585–620

⁵⁰⁴ Loi du 12 brumaire an II, Article 9 précisant que la rétroactivité ne s'applique qu'en ligne directe descendante

La rétroactivité des lois du 17 nivôse an II et 12 brumaire an II a été tellement décriée qu'elle sera corrigée le 9 fructidor an III⁵⁰⁵ en ce qui concerne la loi du 17 nivôse an II, et le 15 thermidor an IV⁵⁰⁶ l'abolition de la rétroactivité de la loi du 12 brumaire an II sera officiellement adoptée⁵⁰⁷.

La Révolution française a donc tout fait pour permettre une égalité parfaite entre la filiation légitime et la filiation naturelle en matière de droit successoral, toutefois le Code civil et l'aversion napoléonienne de la filiation naturelle, remaniera cette égalité pour se rapprocher des dispositions d'Ancien Régime.

⁵⁰⁵ 26 août 1795

⁵⁰⁶ 2 août 1796

⁵⁰⁷ Jean Bart. Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille, *loc.cit.*, pp. 187-196.

Section 2 : L'inégalité successorale du Code civil

La tendance du Code civil Napoléonien était de rétablir la différence entre les enfants naturels et légitimes, à ce propos Portalis disait lors du discours préliminaire du Code civil que : « *La faveur du mariage, le maintien des bonnes moeurs, l'intérêt de la société, veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes. Il est d'ailleurs contre l'ordre des choses que le droit de succéder, qui est considéré, par toutes les nations policées, non comme un droit de cité, mais comme un droit de famille, puisse compléter à des êtres qui sont sans doute membres de la cité, mais que la loi, qui établit les mariages, ne peut reconnaître comme membre d'aucune famille. Il faut seulement leur garantir, dans une mesure équitable, les secours que l'humanité sollicite pour eux* ». Ce qui a été développé précédemment, tout au long de ce mémoire, témoigne de l'influence révolutionnaire sur la législation du droit de la famille, seulement les rédacteurs du Code civil et des différents projets (A) et Napoléon réfutaient la législation successorale révolutionnaire, et plus particulièrement l'égalité établie entre les enfants légitimes et les enfants naturels (B).

A) La négation de l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes en droit successoral

Les enfants naturels ont fait l'objet d'une réaction brutale de la part du Code napoléonien. Cambacérès estimait que la plus grosse part de la succession devait revenir aux enfants légitimes, toujours suivant l'idée qu'il faut promouvoir le mariage.

Jacqueminot aborde le droit des successions appliqué aux enfants naturels en utilisant la formule suivante : « *ici le voeu de la nature se trouve contre-balancé par la rigueur des principes du droit civil, par l'intérêt des moeurs, enfin par l'intérêt public, qui ne voit que dans le mariage la source de ce lien précieux qui unit les membres des familles particulières, dont se compose la grande famille du corps social* », suite à cette annonce, Jacqueminot n'entend pas étendre les droits successoraux des enfants naturels au-delà des successions des pères et mères et frères et soeurs

légitimes ou naturels et descendants d'eux. Il rédigera deux projets différents afin d'appréhender la succession des enfants naturels.

La Commission gouvernementale adoptera une vision assez similaire en révoquant l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime. La Commission ira même plus loin en énonçant que les enfants naturels ayant fait l'objet d'une légitimation postérieure ne pourront prétendre qu'à la moitié de la part d'un enfant légitime, de sorte que pour succéder convenablement, il valait mieux être un enfant légitime.

Portalès dégageait un profond mépris pour la loi du 12 brumaire an II - loi qui assimilait l'enfant naturel à l'enfant légitime - qu'il qualifiait de loi « *hostile, partielle, éversives* »⁵⁰⁸. Chabot de l'Allier remettait en cause cette loi du 12 brumaire an II également, même s'il saluait le fait de rendre moins injuste la législation applicable aux enfants naturels, il estimait que la loi du 12 brumaire an II était manifestement excessive en donnant à ces enfants tous les droits des enfants légitimes⁵⁰⁹.

Les rédacteurs du Code civil, comme les rédacteurs des projets de Code, étaient relativement en adéquation avec la pensée napoléonienne, de sorte que l'adoption des dispositions du Code civil n'a pas fait l'effet d'une innovation. La trop grande égalité établie sous la Révolution française n'était pas aux goûts de Napoléon.

B) La législation successorale inégale du Code civil napoléonien

Le Code civil opère une « *démarcation profonde entre l'enfant légitime et l'enfant naturel* »⁵¹⁰, les droits de l'enfant naturel seront donc fortement restreints par le Premier Consul.

⁵⁰⁸ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 5 - Les lois de combat de l'an II », , *L'impossible Code civil*. sous la direction de Halpérin Jean-Louis. Presses Universitaires de France, 1992, pp. 143-167.

⁵⁰⁹ Josée Bloquet, « « La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (Napoléon) », *loc.cit.*, pp. 50-73.

⁵¹⁰ Marcel Garaud, Romuald Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, *op.cit.*, p. 178

Les dispositions de la loi du 12 brumaire an II seront immédiatement abrogées, justifiant ainsi la volonté napoléonienne d'établir l'infériorité de l'enfant naturel au sein du droit des successions.

L'égalité ne sera même plus considérée comme étant tempérée⁵¹¹ puisque l'article 756 du Code civil⁵¹² établit que « *les enfants naturels ne sont point héritiers* ». D'ailleurs, cet article est placé dans un chapitre IV intitulé « Des successions irrégulières », ce qui témoigne une nouvelle fois que dans l'esprit du Code, seule la filiation légitime entraîne une succession régulière. L'enfant naturel aura vocation à hériter dans une portion inférieure à l'enfant légitime, il héritera à hauteur de la moitié de la part prévue en présence d'ascendants et de frères et soeurs, et des trois quarts si le père ou la mère ne laisse ni descendant ni ascendant, ni frère et soeur, telle était la lettre de l'article 757 du Code civil. L'article 756 précise que les enfants naturels n'ont pas de vocation héréditaire sur les biens de leurs grand-parents.

Le Code civil n'entendait pas accorder tous les effets de la filiation à la filiation adoptive, puisque l'adopté ne va pas à proprement parlé intégrer la famille de l'adoptant. Toutefois les effets successoraux en sont l'exception : l'enfant adopté pourra recueillir la succession de l'adoptant. Cet effet successoral est uniquement prévu dans ce sens, de sorte que l'adoptant quant à lui ne pourra pas recueillir la succession de l'adopté. Pour cela, la filiation adoptive fait naître un avantage considérable au profit de l'adopté. Et enfin, le Code civil ne prévoit en aucun cas que les enfants adultérins ou incestueux ne puissent recueillir une succession.

⁵¹¹ Jean-Paul Dailloux, Les lois successorales de la révolution française : une anticipation de l'évolution de la famille ? Thèse de doctorat en Droit, soutenue le 12 juillet 2019, Lyon, Université Jean Moulin

⁵¹² « *Les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parens de leur père ou mère* »

Conclusion

Après l'exposé de ces diverses modifications en droit de la famille, selon les différentes périodes de l'histoire, force est de constater que la Révolution Française, alors qu'elle n'est considérée que comme un droit intermédiaire, a su marquer l'histoire du droit de la famille.

D'abord, la Révolution française a su être novatrice en matière de mariage, permettant ainsi à l'État de s'immiscer au sein de cette institution qui autrefois était encadrée par l'Église, cet apport sera confirmé par la codification napoléonienne, de sorte qu'en matière de mariage la période révolutionnaire a eu un réel apport.

L'accent doit également être mis sur la possible dissolution du mariage, qui est une avancée considérable en France. Le divorce admis sous la Révolution française a en effet, été une des avancées les plus significatives au regard de l'Ancien droit. Si ce divorce a toutefois été restreint par Napoléon, il n'en reste pas moins important. D'ailleurs, si elle a été abrogée en 1816, la possible dissolution du lien conjugal finira par être rétablie, et encore aujourd'hui le divorce est admis et ne cesse d'évoluer.

Pour terminer, la filiation a connu bien des changements, en 2021 elle requiert des contours totalement différents des filiations établies sous l'Ancien Régime, mais l'histoire de la filiation n'a cessé d'évoluer dans un sens plus égalitariste, ce qui fait écho à la pensée révolutionnaire. Il est vrai que, rétrospectivement, la période contemporaine ne tendait pas vers plus d'égalité en matière de filiation, c'est même le contraire qui s'est déroulé, mais on ne peut nier l'évolution - aussi éphémère soit-elle - incontestable entre la filiation d'Ancien Régime et la filiation révolutionnaire. Il est quelque peu regrettable que cette évolution n'ait pas été confirmée et pérennisée par Napoléon.

En définitive, pour clôturer ce mémoire portant sur l'impact révolutionnaire sur la codification du droit de la famille, il faut noter que ce droit dit intermédiaire n'a cessé de bouleverser l'ancien droit, avec une quête d'égalité permanente.

Bibliographie :

I. Ouvrages

- Allard (J-L), Des enfants naturels : reconnaissances, adoptions, successions, Paris, 1878
- Avignon (C), Introduction : Pour une histoire sociale et culturelle de la bâtardise In : Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne [en ligne]. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2016
- Baubérot (J), « Chapitre I - La révolution et l'empire, premier seuil de laïcisation », Jean Baubérot éd., *Histoire de la laïcité en France*. Presses Universitaires de France, 2017
- Boudinhon (A), Le mariage et les fiançailles : nouvelle législation canonique, commentaire du décret "Ne Temere" (2 août 1907) (8e édition, revue et augmentée), Lethielleux (Paris), 1912.
- Bourjon (F), Le droit commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes, Tome premier, Nouvelle éd., Paris, Grangé et Cellot, 1770
- Brunet (L), *Chapitre 12. Des usages protéiformes de la nature. Essai de relecture du droit français de la filiation* In : *L'argument de la filiation : Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes* [en ligne]. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2011
- Buffelan-Lanore (Y), Larribau-Terneyre (V), Droit civil, Introduction Biens Personnes Famille, Sirey, Université, 20e éd., Oct. 2017
- Burguière (A), Le mariage et l'amour en France. De la Renaissance à la Révolution, Paris, Seuil, 2011
- Carbonnier (J), « Le statut de l'enfant en droit civil pendant la révolution », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989
- Champion (E), La séparation de l'Église et de l'État, 1903
- Cornu (G), Vocabulaire juridique, 11e éd., PUF, 2016
- De Ferrière (C. J.), *La jurisprudence du Digeste*, 1677, liv. XXIII, tit. II, *Des noces*
- De Rastignac, (C). *Accord de la révélation et de la raison contre le divorce, Chapitre IV*, Cloutier 1790
- Dessertine (D), *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire* [en ligne]. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981
- Dessertine (D). *Chapitre III. La bataille philosophique* In : *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire* [en ligne]. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981

- Dessertine (D), “Chapitre VI. Le processus législatif”. *Divorcer à Lyon : Sous la Révolution et l'Empire*. By Dessertine. Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1981
- Dessertine (D), “Le divorce sous la Révolution : audace ou nécessité ?”. *Enfance, santé et société*. By Dessertine. n.p. : LARHRA, 2013
- Domat (J), *Traité des loix*, Chapitre III, III, dans *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Seconde édition, Tome I, Paris, Veuve Jean Baptiste Coignard, 1695.
- Dousset (C), *Entre tolérance et violence : la Révolution française et la question religieuse* In : *Religions, pouvoir et violence* [en ligne]. Toulouse : Presses universitaires du Midi, 2004
- Duvergier (J-B), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État... : de 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique, continuée depuis 1830....* T. 1, Paris, 1837
- Fenet (P-A), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Marchand du Breuil, Paris, 1827.*, Tome IX
- Fenet (P-A), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, Tome IV
- Fenet (P-A), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. T1, 1836
- Feydel (G), *Sur la loi du mariage, la loi du divorce et le système de l'adoption*, Imprimerie du Cercle, Paris, an II,
- Flassan (G), *La question du divorce discutée sous les rapports du Droit naturel, de la Religion, de l'Histoire, de la morale et de l'Ordre social*, Prevost, Paris, 1790
- Gagnol (P), *Dîme ecclésiastique en France au XVIIIe siècle*, Megariotis (Paris), 1911
- Garaud (M), Szramkiewicz (R), *La Révolution Française et la famille, Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, PUF, 1978
- Garrez, *Traité de l'adoption, avec le recueil complet des lois et des arrêtés qui ont organisé cette institution, et celle de la tutelle officieuse.*, Garnery, 1804
- Girard (J), *Considérations sur le mariage et sur le divorce*, Deltufo et Everat, Paris, 1797
- Guinchard (S), Debard (T), *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 2020
- Halpérin (J-L), « Chapitre 1 - Les lenteurs de l'unification », , *L'impossible Code civil*. sous la direction de Halpérin Jean-Louis. Presses Universitaires de France, 1992
- Halpérin (J-L), « Chapitre 5 - Les lois de combat de l'an II », , *L'impossible Code civil*. sous la direction de Halpérin Jean-Louis. Presses Universitaires de France, 1992
- Houard (D), *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la Coutume de Normandie*, Rouen, 1780-1782, t. III

- Lenglet (E-G), Essai sur la législation du mariage, suivi de l'observation sur les dernières discussions du Conseil des Cinq-Cents concernant le divorce, Moutardier, Paris, 1797
- Lévy (M-F), L'enfant, la famille et la Révolution française, FeniXX rédition numérique, 1989
- Malaurie (P), Fulchiron (H), Droit de la famille, janv. 2018, Lextenso
- Maleville (J), *Du divorce et de la séparation de corps*, impr. de Goujon fils (Paris), 1801
- Marty (P), Raynaud (P), Droit civil : les personnes, 3e éd., 1976, n°62
- Massenet (M), Préface, Discours préliminaire au premier projet de Code civil (1801)
- Melchior Bonnet (S), Salles (C), Histoire du mariage, ed. De la Martinière, 2001
- Michelet (J), *Histoire de la Révolution française*, Introduction, première partie, Paris, éd. Robert Laffont, coll. « Bouquins », 1998, p. 51
- Mignot (J-F), « Chronologie de l'adoption », éd., *L'adoption*. La Découverte, 2017
- Murat (P), et al, « Droit de la famille 2020/2021 », Dalloz Action, Novembre 2019
- Niort (J-F), Chapitre II. Homo civilis : le Code civil ou les modalités juridiques du projet politique des rédacteurs In : Homo Civilis. Tome I et II : Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965) [en ligne]. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004
- Nourrisson (P), Etude critique sur la Puissance Paternelle et ses limites, d'après le Code civil, les lois postérieures et la jurisprudence, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1898
- Ourliac (P), de Malafosse (J), Histoire du droit privé, 2e éd., PUF, 1971
- Poumarède (J), L'invention de la démocratie domestique In : Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions [en ligne]. Toulouse : Presses universitaires du Midi, 2011
- Poumarède (J), Le mariage : de la sécularisation au déclin contemporain In : Itinéraire(s) d'un historien du Droit : Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions [en ligne]. Toulouse : Presses universitaires du Midi, 2011
- Raxis de Flassan (G), La question du divorce discutée sous les rapports du Droit naturel, de la Religion, de l'Histoire, de la morale et de l'Ordre social, Prevost, Paris, 1790
- Renaut (M-H), Histoire du droit de la famille, Mise au point, ellipses, 2e éd., 2012
- Renaut (M-H), Histoire du droit privé - Personnes et biens, Editions Ellipses, Mise au point, 2008
- Ronsin (F) « Le divorce révolutionnaire », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989, pp. 307-324.
- Ruffieux (G), « Les sanctions des obligations familiales ». Volume 138, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2014

- Sagnac (P), La législation civile de la Révolution française (1789-1804), essai d'histoire sociale, Paris, 1898
- Schnapper (B), « Liberté, égalité, autorité : la famille devant les assemblées révolutionnaires (1790-1800) », Marie-Françoise Levy éd., *L'enfant, la famille et la Révolution française*. Plon (programme ReLIRE), 1989
- Sédillez (M-L), Du divorce et de la répudiation : opinion et projet de décret du 9 septembre 1792, Paris : Impr. Nat. 1792
- Sicard (G), "La Révolution Française et le divorce". *Mélanges Germain Sicard*. By Sicard. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2000
- Steinberg (S), "La tache de bâtardise en France sous l'Ancien Régime". Carole Avignon, *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*. Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2016
- Szramkiewicz (R), Histoire du droit français de la famille, Connaissance du droit, droit privé, 1995
- Terré (T), Fenouillet (D), Glodie-Genicon (C), Droit civil La Famille, Dalloz, Précis, Janvier 2018
- Traité des personnes et des choses, Première partie, T. IV

A. Monographies

- Encyclopaedia Universalis, Révolution française, Les Grands Articles, 2015
- Encyclopédie Larousse
- Encyclopédie de Diderot
- Dictionnaire de droit canonique, Paris : Letouzey et Ané, 1949. fasc. XXIV. col. 1446
- Dictionnaire des antiquités de Daremberg & Saglio - Plutarque, "*Vie Des Hommes Illustres - Romulus*" - XXIX.
- Dictionnaire Larousse
- Dictionnaire philosophique de Voltaire
- Coignard (J-B), Dictionnaire de l'Académie Française, Définition de la séparation, Paris, 1762
- Dictionnaire de Furetière

B. Thèses

- Bloquet (J), La définition de l'ordre public en droit civil, de la fin du XVIII^e siècle au début du XX^e siècle, Histoire d'un concept, Thèse droit, Paris-Est, 2010

- Coudoing (N). Les distinctions dans le droit de la filiation. Droit. Université du Sud Toulon Var, 2007
- Dailloux (J-P), Les lois successorales de la révolution française : une anticipation de l'évolution de la famille ? Thèse de doctorat en Droit, soutenue le 12 juillet 2019, Lyon, Université Jean Moulin
- Damas (P), Les origines du divorce en France, Etude historique sur la loi du 20 Septembre 1792, Thèse pour le doctorat, Bordeaux, imprimerie Gounouilhou, 1897
- Darnis (L), *Les tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, thèse de doctorat de droit, Paris, 1903, dactylographiée
- De Menthon (F), *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, thèse de doctorat de droit, Paris, 1926, dactylographiée
- Duvillet (A), Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVIe-XXe siècle). Droit. Université de Bourgogne, 2011
- Fortcioli (J), Les tribunaux de famille d'après les archives du district de Caen, thèse de doctorat de droit, Caen, A. Oliver, 1932
- Rohart (J-H-E), De l'Adoption, thèse pour le doctorat, Faculté de droit de Paris, 1856
- Rongier (V), « L'insaisissable famille », Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Droit privé et sciences criminelles, 14 déc. 2015

C. Mémoires de recherches

- Bathiard (L) sous la direction de David Deroussin, « L'introduction du divorce à Lyon 1792 - an IV », Mémoire de Master 2 Mention Droit privé et Sciences Criminelles, Spécialité Histoire du droit et des Institutions
- Bordeaux (R), Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice, Évreux, 1857
- Stehlin (A). Le mariage : un contrat ou une institution ?. Droit. 2017

II. Articles

- Allemand-Gay (M-T), Le droit de la filiation légitime à la fin de l'Ancien Régime, *Dix-huitième Siècle*, n°12, 1980
- Avignon (C), « Marché matrimonial clandestin et officines de clandestinité à la fin du Moyen Âge : l'exemple du diocèse de Rouen », *Revue historique*, vol. 655, no. 3, 2010

- Bart (J), Les anticipations de l'an II dans le droit de la famille. In: *Annales historiques de la Révolution française*, n°300, 1995. L'an II. pp. 187-196
- Baudouin-Matuszek (M-N), La publication des ordonnances des rois de France : trois cents ans de travaux. In: *Bibliothèque de l'école des chartes*. 2009, tome 167, livraison 2
- Beauthier (R),. “Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon”. Devillé, Anne, et Olivier Paye. *Les femmes et le droit : Constructions idéologiques et pratiques sociales*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1999
- Bloquet (J) « « La société n'a pas intérêt à ce que des bâtards soient reconnus » (Napoléon) », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012
- Bloquet (S), « Le mariage, un « contrat perpétuel par sa destination » (Portalis) », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012.
- Borrillo (D), Filiation et parentalité : l'ordre familial contesté. Universalia. Encyclopédie Universalis , 1 (2012), Encyclopédie Universalis, 2012, Universalia 2012
- Bosse-Platière (H), « L'adoption, universalité et spécificités », *Informations sociales*, vol. 146, no. 2, 2008
- Boudon (J),« Les projets de code civil “ de Cambacérés ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, vol. 39, no. 1, 2004
- Brassat (E), « Les incertitudes de l'émancipation », *Le Télémaque*, vol. 43, no. 1, 2013
- Brüggén (F), « L'autorité, le pédagogique », *Le Télémaque*, vol. 35, no. 1, 2009
- Bruley (Y), « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012
- Burguière (A), La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil). In: *Droit et société*, n°14, 1990.
- Burguière, La Révolution et la famille. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 46(1), 151-168., 1991
- Burguière, Les transformations de la culture familiale et des structures domestiques autour de la Révolution. In: *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*. Tome 100, numéro 4, 1993
- Cohen (D), Noûs (C), « Interrompre le temps, inventer le divorce en révolution », *Temporalités* [En ligne], 31-32 | 2020, mis en ligne le 03 février 2021
- Corno (P), « La loi révolutionnaire du divorce et ses représentations théâtrales : du droit à la morale, une pensée de l'appartenance familiale », *Dix-huitième siècle*, vol. 41, no. 1, 2009

- Dekeuwer-Défossez (F), « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) », *Pouvoirs*, vol. 107, no. 4, 2003
- Deleury (E), Rivet (M) et Neault (J-M), « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité », *Les Cahiers de droit*, vol. 15, n°4, 1974
- Demars-Sion (V). Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires. *Revue historique de droit français et étranger*, Sirey, Dalloz, 2005
- Derosier (J-P), « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 102, no. 2, 2015, pp. 391-404
- Desan (S), « Pétitions de femmes en faveur d'une réforme révolutionnaire de la famille », *Annales historiques de la Révolution française*, 344 | 2006
- Desrayaud (A), « Le père dans le Code civil, un magistrat domestique », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012
- Ferrand (J), La famille assemblée en tribunal, instance de pacification conviviale ou authentique juridiction arbitrale ? CHJ@édition électronique, 2011
- Ferrand (J), « La justice du peuple sous les fourches caudines du droit : le cas des tribunaux de famille (1790-1796) », *Histoire de la justice*, vol. 24, no. 1, 2014
- Fine (A), *Le don d'enfant dans l'ancienne France* In : *Adoptions : Ethnologie des parentés choisies* [en ligne]. Paris : Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1998
- Fine (A). L'évolution de l'adoption en France, entre filiation et parentalité. *Journal de Pédiatrie et de Puériculture*, Elsevier Masson, 2005
- Fine (A), « Regard anthropologique et historique sur l'adoption. Des sociétés lointaines aux formes contemporaines », *Informations sociales*, vol. 146, no. 2, 2008
- Fortunet (F), La Révolution, la déférence et l'égalité. In: *Communications*, 69, 2000
- Fulchiron (H), Evolution du droit français de la famille, *Deffrénois n°13*, 15 juillet 2009
- Génestal (R), L'enseignement du droit canonique et son importance pour les études d'histoire du droit : Leçon faite à l'École des Hautes Études, section des sciences religieuses, le samedi 20 décembre 1913, *Revue de l'histoire des religions*, 1914, Vol. 69 (1914)
- Gillardin (J), "L'intervention du juge dans le conflit conjugal". Gérard, Philippe, et al.. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*. Bruxelles : Presses de l'Université Saint-Louis, 1983
- Gustave (A). "Étude sur les lois successorales de la Révolution depuis 1789 Jusqu'à La Promulgation Du Code Civil." *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger*, vol. 25, 1901

- Halpérin (J-L), « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française*, 328, 2002
- Halpérin (J-L), « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. La lente évolution vers l'égalité », *Informations sociales*, vol. 129, no. 1, 2006
- Heuer (J), Verjus (A), « L'invention de la sphère domestique au sortir de la révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, 327 | 2002
- Heuer (J), « « Réduit à désirer la mort d'une femme qui peut-être lui a sauvé la vie » : la conscription et les liens du mariage sous Napoléon », *Annales historiques de la Révolution française*, 348 | 2007
- Houdaille (J), Un indicateur de pratique religieuse: La célébration saisonnière des mariages avant, pendant et après la révolution française (1740-1829). *Population (French Edition)*, 33(2), 1978
- Jallamion (C), « Arbitrage forcé et justice d'État pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Annales historiques de la Révolution française*, 350 | 2007
- Janion (M) "Pourquoi La Révolution Est-Elle Une Femme?" *Revue Européenne Des Sciences Sociales*, vol. 27, no. 85, 1989
- Jolibert (B), La Révolution française et le droit des femmes à l'instruction, Résumée d'une désillusion, IUFM de la Réunion
- Lapied (M), « Anne Verjus, Le bon mari. Une histoire politique des hommes et des femmes à l'époque révolutionnaire », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], 34 | 2011, mis en ligne le 15 décembre 2011
- Lapied (M), « Éliane Viennot, *Et la modernité fut masculine. La France, les femmes et le pouvoir 1789-1804* », *Clio. Femmes, Genre, Histoire* [En ligne], 45 | 2017
- Leclerc (P-A), Le mariage sous le régime français (suite). *Revue d'histoire de l'Amérique française*, 13(3)
- Lefebvre (C), Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* , 1902, Vol. 26 (1902)
- Lefebvre (C), *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* , 1902, Vol. 26 (1902), Editions Dalloz,
- Lefebvre-Teillard (A), La Famille, Piller du Code civil, *Histoire de la justice*, vol. 19, n° 1, 2009
- Lévy (E), L'application de l'édit de 1787, *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et Étranger*, vol. 35, 1911
- L'Huillier (F), L'Église catholique et la Révolution française. In: *Revue d'histoire et de philosophie religieuses*, 32e année n°3, 1952

- Malaurie (P), Fulchiron (H), Evolution du droit français de la famille, Defrénois n°13, 2009
- Mathiez (A), Champion (E), La séparation de l'Église et de l'État en 1794. Introduction à l'histoire religieuse de la Révolution française, 1903. In: Revue d'histoire moderne et contemporaine, tome 5 N°3, 1903
- Mignot (J-F), « L'adoption simple en France : le renouveau d'une institution ancienne (1804-2007) », *Revue française de sociologie*, vol. 56, no. 3, 2015
- Nizard (A), Droit et statistiques de filiation en France. Le droit de la filiation depuis 1804. In: *Population*, 32^e année, n°1, 1977
- Noirielle (G), L'identification des citoyens. Naissance de l'état civil républicain. In: *Genèses*, 13, 1993
- Poughon (J-M), « Cambacérès. Des approches du Code civil », *Histoire de la justice*, vol. 19, no. 1, 2009
- Quénel (C), Lettres de cachet et correctionnaires dans la généralité de Caen au XVIII^e siècle. In: *Annales de Normandie*, 28^e année, n°2, 1978
- Renaut (M-H), “Le Droit Et L'enfant Adultérin De L'époque Romaine à Aujourd'hui : Ou L'histoire D'un Exclu Accédant à La Vie Juridique.” *Revue Historique*, vol. 297, no. 2 (602), 1997
- Roderick (P), Le divorce en France à la fin du XVIII^e siècle, *Annales. Economies, sociétés, civilisation*, 34^e année, N°2, 1979
- Rousseau (J-J), Emile, livre cinquième, 1762
- Rude-Antoine (E), « L'Obligation d'entretien des parents à l'égard de leur enfant majeur : Le contentieux civil et le contrôle des comportements familiaux par le juge », Edwige Rude-Antoine éd., *Éthique et Famille. Tome 2*. L'Harmattan, 2011
- Saada (L), « Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales », *Napoleonica. La Revue*, vol. 14, no. 2, 2012
- Safatian (S), « La rédaction du Code civil », *Napoleonica. La Revue*, vol. 16, no. 1, 2013
- Sériaux (A), « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », D. 2005, 1966
- Siffrein-Blanc (C),. *La parenté en droit civil français : Étude critique*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009
- Soleil (S). « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, vol. 19, no. 1, 2009
- Steinberg (S), « Et les bâtards devinrent citoyens. La privatisation d'une condition d'infamie sous la Révolution française », *Genèses*, vol. 108, no. 3, 2017

- Verjus (A), Les lois de l’an II sur les enfants naturels : quels nouveaux droits pour les pères (1793-1804). 2018
- Viennot (E), « 1. L’irruption des possibles, sur fond de dialogue de sourds (1788-juin 1793) », , *Et la modernité fut masculine. La France, les femmes et le pouvoir 1789–1804*, sous la direction de Viennot Éliane. Perrin, 2016
- Veillon (D), Le divorce en France du Code civil de 1804 à la loi du 26 mai 2004, *Slovenian Law Review*, University of Ljubljana Faculté of Law, 2006
- Vovelle (M), « La Révolution Française et les origines de la laïcité », *La Pensée*, vol. 383, n° 3, 2015
- Xavier (M). Fonction paternelle et Code Napoléon. In: *Annales historiques de la Révolution française*, n°305, 1996

III. Rapports et documents officiels

A. Code et Constitutions:

- Code civil 1804
- Constitution du 3 septembre 1791
- Constitution du 24 juin 1793
- Fenet (P-A), Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. T1, 1838
- Projets de Code civil, Cambacérès : 1793, 1794, 1796
- Projet de Code civil, Jacqueminot
- Avant-projet de Code civil, Commission Gouvernementale

B. Rapports et édits :

- Rapport de Durand de Maillane, 23 novembre 1789
- Édit de Fontainebleau, août 1560

C. Lois

- Loi des 16 - 24 août 1790
- Loi du 20 septembre 1792 sur les actes d’état civil
- Loi du 4 janvier 1793
- Loi du 12 brumaire an II

- Loi du 17 nivôse an II
- Loi du 8 avril 1802
- Loi du 21 mars 1804
- Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe
- Recueil des lois composant le Code civil, décrétées en l'an XI. et promulguées par le premier consul, vol. 4

D. Ordonnances

- Ordonnance royale de Villers-Cotterêts de 1539
- Ordonnance De Blois 1579
- Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

E. Décrets

- Décret du 20 septembre 1792
- Décret du 9 ventôse an IV
- Décret du 12 brumaire an II
- Décret 4 juin 1793

F. Autres

- Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1950
- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 26 août 1789
- Déclaration des droits de la Femme et de la Citoyenne, 1791
- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 1948
- Hilaire (J), Cambacérès et le Code civil, Académie des sciences et lettres de Montpellier, Séance du 12/03/2007, Bulletin n°38, pp. 61-68 (édition 2008)
- Débat entre Philippe Portier et Irène Théry animé par Céline Béraud et Baptiste Coulmont, Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques

G. Jurisprudence

- Arrêt rendu par le Parlement de Paris du 28 juillet 1691

IV. Colloques, séminaires et documentaires :

- Bart, « Le but de la société est le bonheur commun », *in* Les déclarations de l'an I, Colloque de Poitiers, 2 et 3 décembre 1993, Paris, PUF, 1995
- Bourdin (P), Adultérins et orphelins : les joies de l'adoption selon le théâtre de la Révolution , Relations familiales entre générations sur les scènes européens (1750-1850), Célis UCA, juin 2011, Clermont-Ferrand, France
- Commaille (J), « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française », dans La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil, Actes du séminaire organisé par le Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Paris, 1989
- Documentaire « Les femmes de la Révolution", Secrets d'Histoire présenté par Stéphane Bern, visionné le 23 mai 2021 en ligne (via France TV)
- Garnier (F), Introduction historique au droit, leçon 9 : légalisme et codification, Université numérique juridique francophone
- Lemonnier-Lesage (V), Le mariage sous l'Ancien Régime, Histoire du droit des personnes et de la famille, Université Numérique Juridique Francophone
- Lemonnier-Lesage (V), La filiation sous l'Ancien Régime, Histoire du droit des personnes et de la famille, Université Numérique Juridique Francophone
- Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État lors du colloque du comité de coopération judiciaire France/Irlande/Royaume-Uni organisé les 13 et 14 mai 2011 sur le thème : « la famille, le mariage et l'union maritale »
- Portier (P), Théry (I), Du mariage civil au « mariage pour tous », Sécularisation du droit et mobilisations catholiques, Débat entre Philippe Portier et Irène Théry animé par Céline Béraud et Baptiste Coulmont
- Table Alphabétique du Moniteur, de 1787 jusqu'à l'an 8 de la République, t. II,

Table des matières

Remerciements	4
Sommaire	5
Table des abréviations	6
Introduction	7
Première partie : l'évolution de la structure familiale selon l'idée révolutionnaire du mariage	18
Titre 1 : Le mariage révolutionnaire : rupture incontestable entre Ancien régime et Révolution française	18
Chapitre 1 : L'établissement révolutionnaire du mariage civil	19
Section 1 : La remise en cause fondamentale du rôle de l'Église dans la célébration du mariage	19
A)La substitution révolutionnaire de l'Église par les autorités civiles	20
B)La discontinuité révolutionnaire du mariage-sacrement	24
1)Un mariage civil	24
2)Une organisation encadrée par la loi du 20 septembre 1792	27
Section 2 : L'absence de négation du mariage religieux	28
Chapitre 2 : La continuité de la sécularisation du mariage à travers la codification	30
Section 1 : Une position civiliste partagée dans les projets du Code civil	30
A)La sécularisation du mariage au sein des projets de Code civil	31
B)La sécularisation du mariage confirmée par les pères du Code civil	35
Section 2 : Une codification à l'image de la rupture entre Révolution et Ancien Régime en matière de mariage	37
A)La continuité consacrée du mariage révolutionnaire laïc	37
B)L'organisation d'un mariage civil d'inspiration révolutionnaire	38
Chapitre 3 : La capacité de la femme mariée : entre Révolution et codification	40
	146

Section 1 : La volonté égalitariste révolutionnaire en trompe-l'oeil pour la femme mariée	40
A) L'avènement révolutionnaire d'une égalité entre les sexes hors mariage	41
B) La discontinuité révolutionnaire d'une égalité au sein du couple marié	43
1) Une incapacité en raison de sa qualité d'épouse	44
2) Une incapacité en raison de l'aliénation des facultés mentales	45
Section 2 : La rupture incontestable entre Révolution et Codification en matière de capacité juridique de la femme mariée	48
A) La continuité éphémère d'une plus grande capacité juridique féminine à travers les projets de Code civil	48
B) Un mari omniprésent dans l'esprit des rédacteurs du Code civil	51
Titre 2 : La dissolution possible du lien matrimonial : une avancée révolutionnaire indiscutable	54
Chapitre 1 : L'introduction du divorce sous la Révolution française	54
Section 1 : L'introduction des tribunaux familiaux	55
A) La création des tribunaux de famille par la loi des 16 et 24 août 1790	56
1) La consécration des tribunaux de famille	56
2) L'absence d'innovation de l'arbitrage familial	58
B) Le champ d'application et le fondement des tribunaux de famille	59
1) Une institution pacificatrice révolutionnaire	60
2) La fin d'une institution discutée	61
Section 2 : La mise en place du divorce sous la Révolution française	64
A) La rupture du mariage à l'initiative de la philosophie des Lumières	64
B) La mouvance révolutionnaire des contours du mariage permettant la rupture du lien conjugal	66
Chapitre 2 : La continuité restreinte de la rupture du lien conjugal à travers le Code civil	70
Section 1 : Une nette restriction législative du divorce	70
A) La discontinuité discutée du courant divorciaire révolutionnaire	70

B)La diminution incontestable du champ d'application du divorce	73
Section 2 : La conservation discutée du divorce	77
A)Un attachement certain au divorce	77
B)Des alternatives législatives éphémères empêchant le divorce	79
Deuxième Partie : une révolution dans les règles de la filiation	81
Titre 1 : La filiation dans le mariage	81
Chapitre 1 : La filiation légitime	81
Section 1 : La survivance révolutionnaire incontestée des règles d'Ancien régime	82
A)La continuité des règles en matière d'établissement du lien légitime	82
B)La possible remise en cause du lien de filiation : le désaveu de paternité	84
Section 2 : Vers une continuité codifiée des règles relatives à la filiation légitime	86
A)La prise en compte effective de la présomption de paternité	86
B)L'exception reprise en matière de présomption de paternité	87
Chapitre 2 : La filiation adoptive	89
Section 1 : L'adoption et la Révolution française	89
A)L'intérêt révolutionnaire éphémère pour l'adoption	90
B)L'adoption inachevée au sein de l'Assemblée législative	91
Section 2 : La continuité consacrée de l'adoption	93
A)Des avant-projets révolutionnaires novateurs en matière d'adoption	93
B)Un Code civil consécuteur d'une adoption révolutionnaire	95
Titre 2 : La filiation en dehors du mariage	97
Chapitre 1 : La filiation naturelle	97
Section 1 : La légère évolution révolutionnaire du statut des enfants naturels	98
A)Une position révolutionnaire encore sévère à l'égard des enfants naturels	98

B)L'évolution révolutionnaire du statut de l'enfant naturel	100
Section 2 : La discontinuité civiliste de la situation des enfants naturels	103
A)Les avant-projets du Code civil en quête de plus d'égalité entre les enfants naturels et légitimes	103
1)La position de Cambacérès et Jacqueminot vis-à-vis de la filiation naturelle	103
2)La vision de la commission gouvernementale à l'encontre des enfants naturels	105
B)Le mépris napoléonien envers les enfants naturels au sein du Code civil	106
Chapitre 2 : La filiation adultérine	109
Section 1 : Le faible intérêt révolutionnaire vis-à-vis des enfants adultérins	109
Section 2 : L'enfant adultérin oublié du Code civil	111
A)L'adultère envisagé par les projets de Code civil	111
B)L'enfant adultérin au sein du Code civil napoléonien	112
Titre 3 : Capacité et effets de la filiation	115
Chapitre 1 : La capacité des enfants au sein de la famille	115
Section 1 : La rupture révolutionnaire avec la puissance paternelle	116
A)Une philosophie des Lumières rejetant la puissance paternelle	116
B)L'abolition révolutionnaire de la puissance paternelle	117
Section 2 : La discontinuité du Code civil d'une plus grande capacité offerte aux enfants	121
A)Le rétablissement de la puissance paternelle	121
B)Les limites de l'autorité paternelle	123
Chapitre 2 : Les effets de la filiation entre Révolution française et codification	126
Section 1 : La filiation révolutionnaire en quête d'égalité successorale	126
A)Un régime successoral archaïque appréhendé par les révolutionnaires	126
B)La réaction révolutionnaire : les lois successorales de la Convention	127
	149

Section 2 : L'inégalité successorale du Code civil	130
A)La négation de l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes en droit successoral	130
B)La législation successorale inégale du Code civil napoléonien	131
Conclusion	133
Bibliographie :	134